



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

Antonio Cassatella

LA TRANSAZIONE AMMINISTRATIVA

2020



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

26

2020

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

Proprietà letteraria riservata

© *Copyright 2020*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-898-0
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-757-5.

Maggio 2020

Antonio Cassatella

LA TRANSAZIONE AMMINISTRATIVA

Università degli Studi di Trento 2020

INDICE

	Pag.
Introduzione. <i>Il tema ed il suo contesto</i>	IX

CAPITOLO PRIMO LA CONFLITTUALITÀ AMMINISTRATIVA E LA SUA COMPOSIZIONE NEGOZIALE

1. <i>Conflittualità giuridica e conflittualità amministrativa</i>	1
2. <i>La concezione normativa della conflittualità amministrativa e le sue differenti manifestazioni</i>	12
3. <i>La lite come manifestazione qualificata della conflittualità amministrativa</i>	21
4. <i>Gli strumenti funzionali alla composizione della lite</i>	34
5. <i>Aspetti problematici e linee di sviluppo della ricerca</i>	41

CAPITOLO SECONDO LA COMPOSIZIONE DELLA LITE MEDIANTE TRANSAZIONE: MODELLI, REGOLE E PRASSI

1. <i>Il modello del Codice civile e le sue ambiguità</i>	51
2. <i>Le transazioni dell'amministrazione tra Codice civile e discipline speciali</i>	64
3. <i>La differenziazione delle transazioni della p.a. rispetto al modello del Codice civile</i>	75
4. <i>Dalle norme alla prassi negoziale delle amministrazioni</i>	85
5. <i>Gli orientamenti della giurisprudenza e degli organi di controllo contabile</i>	95
6. <i>Frammentazione della fattispecie ed esigenze di una ricostruzione unitaria del fenomeno</i>	105

CAPITOLO TERZO
 LA TRANSAZIONE NELLA PROSPETTIVA
 DEGLI ORDINAMENTI STRANIERI
 E DEL DIRITTO EUROPEO

<i>1. Necessità ed oggetto dell'indagine</i>	111
<i>2. La transaction administrative e la sua riconduzione al modello di diritto comune nell'ordinamento francese</i>	117
<i>3. Il verwaltungsrechtlich Vergleichsvertrag come archetipo della transazione di diritto pubblico nell'ordinamento tedesco</i>	129
<i>4. La transacción come prodotto dell'interazione fra diritto comune ed amministrativo nell'ordinamento spagnolo</i>	141
<i>5. La diffusione del settlement in Inghilterra e Stati Uniti</i>	150
<i>6. Le transazioni amministrative nell'ambito dell'Ue</i>	163
<i>7. Incidenza degli esiti dell'indagine nella prosecuzione dello studio</i>	175

CAPITOLO QUARTO
 PROFILI RICOSTRUTTIVI:
 DALL'OPERAZIONE TRANSATTIVA
 AL CONTRATTO DI TRANSAZIONE

<i>1. Necessità di una ricostruzione del fenomeno a fronte della pluralità dei modelli transattivi</i>	185
<i>2. Unilateralità e consensualità nelle transazioni degli enti pubblici: la posizione della dottrina del primo Novecento</i>	189
<i>3. La discussa emersione degli accordi transattivi nel dibattito successivo</i>	201
<i>4. Una rivisitazione del fenomeno: la rilevanza dell'operazione transattiva</i>	218
<i>5. La transazione amministrativa come esito dell'operazione e come contratto</i>	232
<i>6. La transazione e gli altri strumenti di composizione negoziale della conflittualità</i>	240
<i>7. Il contratto di transazione come tecnica di regolamentazione suppletiva della fattispecie controversa</i>	246

CAPITOLO QUINTO
LA DISCIPLINA CONTRATTUALE:
PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

<i>1. L'incidenza del diritto comune e della legislazione speciale nella disciplina del contratto di transazione</i>	259
<i>2. Contenuto e regime delle decisioni dei contraenti</i>	266
<i>3. Presupposti, causa ed oggetto della transazione amministrativa</i>	279
<i>4. Validità, efficacia e stabilità della transazione amministrativa ...</i>	295
<i>5. I riflessi processuali della disciplina in rapporto alla tutela delle parti e dei terzi.....</i>	306
<i>6. La transazione amministrativa nelle liti soggettivamente complesse: struttura ed implicazioni processuali</i>	317
<i>7. La rilevanza della transazione nei giudizi di responsabilità amministrativa.....</i>	325

CAPITOLO SESTO
CONCLUSIONI: LA TRANSAZIONE
NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO

<i>1. Diritto comune e norme speciali nella qualificazione della fattispecie transattiva</i>	331
<i>2. Autonomia ed eteronomia nella disciplina del rapporto e nella composizione degli interessi delle parti</i>	338
<i>3. Legalità e risultato nella soluzione transattiva della lite</i>	346
<i>4. Tipicità ed atipicità contrattuale nella transazione amministrativa.....</i>	353
<i>5. Questioni aperte, tra diritto sostanziale e processuale</i>	360
Indice degli argomenti	367
Indice degli autori	377

INTRODUZIONE

IL TEMA ED IL SUO CONTESTO

Il tema a cui è dedicato questo studio si pone al centro di tre fondamentali questioni, inerenti allo stesso sviluppo delle tecniche di qualificazione dell'agire amministrativo.

La prima questione attiene ai rapporti fra diritto pubblico e diritto privato nella definizione del regime dell'attività amministrativa^I. Si tratta di un tema che incide sulla stessa identità del diritto amministrativo quale disciplina dotata di un sufficiente grado di autonomia, teorica e pratica, nella definizione dei limiti e delle garanzie che connotano l'operato dei pubblici poteri: identità che, secondo autorevoli ricostruzioni, non implica necessariamente che la qualificazione dei singoli fenomeni sia effettuata ricorrendo esclusivamente a categorie, principi e norme stabilite da determinati plessi legislativi, potendo essere il frutto della loro interazione^{II}.

La seconda questione attiene al problema rappresentato dalla disciplina dell'attività contrattuale dell'amministrazione^{III}.

^I Sull'incidenza della distinzione nella cultura giuridica italiana, cfr. almeno S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 144 ss.; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981, 14 ss.

^{II} Per tale impostazione, cfr. già V. E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO, a cura di, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 1077. Da tali premesse potrebbe desumersi anche l'incerta collocazione del diritto amministrativo nel quadro della più generale distinzione fra diritto pubblico e diritto privato: esemplare l'esposizione di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss. Per una ricognizione dei rapporti fra pubblico e privato nella definizione dell'agire amministrativo, salvi gli ulteriori approfondimenti bibliografici richiamati nel corso dei singoli capitoli, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 52 ss.

^{III} Rimangono fondamentali, al riguardo, le pagine di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica* (1938), in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 271 ss., nonché la successiva sintesi di M. NIGRO, *L'accordo nell'azione amministrativa* (1988), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1925 ss. Per una sintesi del dibattito cfr. anche M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 9 ss.

Per certi versi, esso costituisce il naturale terreno di sviluppo del problema dei rapporti inerenti al rapporto fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione dell'attività amministrativa, declinato in rapporto ad una determinata serie di fattispecie. Al contempo, questo tema pone ulteriori questioni, inerenti al problema generale relativo all'attuale significato del contratto quale categoria esplicativa dell'attività consensuale ed alla connessa individuazione delle caratteristiche proprie dei contratti della p.a. e della relativa disciplina^{IV}.

La terza questione attiene all'asserito mutamento dei paradigmi della giustizia amministrativa ed alla conseguente necessità di rimeditare il preteso monopolio del giudice (amministrativo ed ordinario) nella soluzione di controversie di cui siano parte i pubblici poteri^V.

Si tratta di aspetti che non attengono al tradizionale problema dei rimedi interni alla p.a., quanto alla più generale e recente diffusione di tecniche di *a.d.r.* nell'ambito di controversie ascritte alla esclusiva cognizione di organismi statuali (amministrativi e giudiziali). Si tratta di una prospettiva che enfatizza la composizione consensuale delle singole controversie mediante una ridefinizione degli assetti di interessi a vantaggio di tutte le parti del conflitto^{VI}.

La disciplina delle transazioni stipulate dalle amministrazioni, poco esplorata in dottrina nonostante la sua significativa rilevanza teorica e

^{IV} Si tratta di aspetti ampiamente rivisitati dagli stessi cultori del diritto civile: cfr., fra gli altri, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, 391 ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 25 ss. Per una sintesi dei principali problemi della contrattualità pubblica, salvo un rinvio a quanto emergerà nel corso del lavoro, cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che si accorda e che contratta*, Pisa, 2011, *passim*.

^V Si fa riferimento alla fortunata – ancorché impropria, rispetto alla funzione dei 'paradigmi' elaborati nell'ambito delle scienze sperimentali – espressione di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?* (2007), trad. it. Milano, 2010, specie 65 ss.

^{VI} Sulla genesi del fenomeno, cfr. M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolutions Processes within the Framework of the World-Wide Justice Access*, in *Mod. Law Rev.*, 1993, 282 ss. Nella dottrina italiana, una prima impostazione del tema è stata elaborata da M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1 ss. Anche sullo specifico punto si rinvia agli ulteriori contributi richiamati nel corso del lavoro.

pratica, rappresenta un terreno ideale per misurare le ricadute applicative dei postulati che giustificano impostazioni e sviluppi teorici delle tre questioni indicate^{VII}.

Sotto un profilo metodologico, studiare il fenomeno permette di misurare non solo la praticabilità di tali soluzioni in rapporto alle necessità concrete di individui, operatori economici ed amministrazioni, ma anche la coerenza interna di tali ricostruzioni e la loro compatibilità con l'assetto che l'ordinamento giuridico (statuale, per quanto più interessa) assume in un dato momento storico. Non è un caso che i maggiori studiosi del primo Novecento abbiano impostato le questioni inerenti all'ammissibilità ed al regime delle transazioni degli enti pubblici entro le cornici rappresentate dal rapporto fra pubblico e privato, dalla disciplina dei contratti dell'amministrazione e dall'incidenza della composizione negoziale della lite rispetto al sistema giudiziale vigente^{VIII}.

Ritornare, nel XXI secolo, su questi temi, non significa saggiare la perdurante attualità di tesi formulate decenni addietro, riallacciandosi ad insegnamenti tradizionali ed alla loro capacità di individuare metodi ricostruttivi capaci di sopravvivere agli stessi mutamenti del diritto positivo. Si tratta, semmai, di verificare quale sia l'attuale regime della transazione in rapporto al diritto positivo, alla prassi amministrativa e giurisprudenziale, ai contributi della dottrina ed al confronto con soluzioni praticate in altri ordinamenti.

L'impostazione della questione, e la risposta ai vari interrogativi che ad essa si riconnettono, sono necessariamente condizionate dal contesto in cui matura lo studio, sia in rapporto ai tre problemi di ordine genera-

^{VII} Come noto, l'unica monografia in tema si deve ad E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, pubblicata in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, rispettivamente 64 ss. e 205 ss. (nelle successive fasi dello studio si farà riferimento alla numerazione effettiva delle pagine). Va segnalato come il tema non sia stato oggetto di approfondita analisi da parte della dottrina straniera, salvo quanto si chiarirà *infra*, cap. III.

^{VIII} Per una prima impostazione, cfr. D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, III ed. Padova, 1932, 114 s., cui hanno fatto seguito i contributi di A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro It.*, 1934, I, 46 ss., dello stesso E. GUICCIARDI, *op. cit.*, *passim*; G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi* (1950), in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 511 ss.

le segnalati, sia in riferimento alla complessiva evoluzione del sistema giuridico e dei metodi di indagine del fenomeno amministrativo^{IX}.

Non ci si può pertanto esimere da una preliminare presa di posizione – ed assunzione di responsabilità – sul modo con cui questo studio si colloca rispetto a tali questioni di fondo.

Per quanto concerne la partizione fra diritto pubblico e privato, non vengono in immediato rilievo le pur importanti discussioni circa la linea di demarcazione della «grande dicotomia», quanto le questioni inerenti al suo impatto nell'ambito di uno studio 'di' diritto amministrativo, ossia di uno studio che ha come esclusivo oggetto la disciplina dell'attività delle amministrazioni^X.

A questo proposito, si reputa che le partizioni teoriche possano avere un valore orientativo, in coerenza con la loro attitudine a sintetizzare fenomeni di più vasta portata, ma che esse non possano condizionare in termini rigidi l'analisi dei singoli fenomeni, da effettuare sulla base dei dati offerti da disposizioni e prassi interpretative^{XI}.

In tal senso, il problema dell'individuazione della disciplina applicabile al caso concreto si risolve in una questione prettamente normativa, rispetto alla quale le tradizionali partizioni non possono operare come postulati idonei ad orientare gli esiti dell'analisi, né come criteri classificatori univoci. La stessa, tradizionale, dicotomia fra pubblico e privato non implica che ogni fatto o atto giuridico possa essere qualificato esclusivamente sulla base della logica binaria sottesa ad essa^{XII}.

Il problema della transazione diviene, quindi, questione di stretto diritto positivo, da iscrivere in un contesto in cui sono ormai superati sia i

^{IX} A riprova della pluralità delle tecniche di indagine, cfr. S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 15 ss.; M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 347 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 11 ss.; A. TRAVI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, specie 335 ss.

^X Per i profili teorico-generalì attinenti ai rapporti fra diritto 'pubblico' e 'privato', si fa rinvio a N. BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), in *ID.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss.

^{XI} Cfr. E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 679 ss.

^{XII} Cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 720.

pregiudizi anti-contrattualistici di matrice romantico-idealistica^{XIII} che i tentativi di ricostruire le singole fattispecie sulla base di astrazioni fondate sulla menzionata dicotomia, i cui postulati sono già stati oggetto di revisione^{XIV}.

Il riferimento alla specifica posizione istituzionale della p.a. non deve essere, con ciò, sottostimato. Non si può frettolosamente ritenere che la posizione della parte pubblica, anche rispetto alla transazione, sia del tutto equiparabile a quella di soggetti che perseguono il proprio interesse in una condizione di integrale autonomia.

Fermi questi basilari profili, si reputa, tuttavia, che il diritto positivo debba essere interpretato entro una cornice teorica che valorizza la funzione della transazione come strumento di regolazione dei rapporti fra le parti, ossia come un negozio che persegue interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento obiettivamente inteso, nel solco di autorevoli impostazioni teoriche^{XV}.

Il problema inerente alla possibilità di utilizzare negozi bilaterali transattivi nella soluzione di conflitti fra p.a. e terzi non sembra dunque più attuale, perché esso deve ritenersi superato sul piano teorico e del diritto positivo, nulla ostando alla possibilità di tutelare (anche) l'interesse pubblico mediante il ricorso a contratti ed accordi^{XVI}.

^{XIII} Fra gli altri, cfr. le pagine di G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato* (1910), rist. Torino, 1971, 104 ss.

^{XIV} Con specifico riferimento al tema in esame ed ai suoi sviluppi, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 205 ss., salvo il rinvio alla successiva trattazione per gli ulteriori e necessari riferimenti bibliografici.

^{XV} Cfr., pur da differenti angolazioni, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Torino, 1960, 165 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II ed., Napoli, 1969, rist. 2008, 87 ss. Per una sintesi del dibattito cfr. F. GALGANO, *Negozio giuridico (premesse problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.

^{XVI} Cfr. soprattutto l'impostazione fornita da F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo allo studio dei cc.dd. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1965, 94 ss. Gli sviluppi del fenomeno, anche in rapporto alle previsioni della l. n. 241/1990, sono ampiamente ripercorsi in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, *passim*.

Con questo, non si intende enfatizzare alcuna prevalenza assiologica della consensualità amministrativa sull'esercizio unilaterale del potere amministrativo, né ritenere che il ricorso al diritto privato da parte della p.a. rappresenti uno strumento di per sé idoneo a rendere più 'efficiente' ed 'efficace' l'agire amministrativo^{XVII}.

Si reputa che tali giudizi non possano essere razionalmente espressi in difetto di controprove rappresentate dall'evidenza empirica, salvo risolversi in aprioristiche petizioni di principio o valutazioni di ordine politico rispetto alle quali la posizione del singolo studioso non appare maggiormente legittimata di quella di cittadini, funzionari e giuristi di adeguata esperienza.

Più pragmaticamente, si tratterà di verificare come si possa utilizzare la transazione al fine di perseguire i fini istituzionali della p.a., nella consapevolezza che tale attività non può prescindere dalla necessaria cooperazione di soggetti portatori di interessi concorrenti, o confliggenti, con quello della parte pubblica: il problema attuale attiene, nella sua sostanza, al regime dell'attività contrattuale, colto nelle interazioni fra diritto comune e norme dettate per l'amministrazione^{XVIII}.

Tale regime non può essere individuato in astratto e con riferimento a tutte le manifestazioni della consensualità amministrativa, ma va ricostruito in rapporto a specifici tipi negoziali, muovendo dall'analisi del singolo istituto per verificarne le caratteristiche strutturali e funzionali^{XIX}. Diversamente, il rischio è quello di favorire un'indebita generalizzazione di discipline inerenti a determinati fenomeni, trascurandone le peculiarità.

Sotto questo profilo, la scelta di soffermarsi sul contratto di transazione non appare giustificata unicamente da ragioni di ordine storico o

^{XVII} Sul piano assiologico, la questione era già lucidamente avvertita da S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID., a cura di, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 19.

^{XVIII} Cfr. G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi. Profili generali*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.

^{XIX} Sul ragionamento tipologico applicato all'individuazione del regime del contratto cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, 133 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 121 ss.; ID., *Tipicità e atipicità dei contratti* (1983), in ID., *Il contratto dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 157 ss.

sistematico, legate al fatto che sia l'unico contratto espressamente preordinato dal Codice civile alla composizione della lite^{XX}.

Il tema rappresenta, infatti, un interessante caso di studio dalla prospettiva del diritto amministrativo nella parte in cui mostra come, accanto alla necessità di fondare l'analisi dell'attività negoziale della p.a. su tipi legali prestabiliti da legge, giurisprudenza e dottrina civilistica, si ponga il problema di verificare la congruenza del tipo contrattuale con le specifiche esigenze dell'amministrazione. Si tratta, in altri termini, di vagliare le ricadute concrete dell'interazione fra diritto comune e speciale cui rinvia l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 e di individuare i problemi che essa pone quando si passi dal piano dei principi a quello delle regole operative.

Per quanto concerne il rapporto fra transazione ed *a.d.r.*, non è obiettivo di questo scritto affrontare questioni di politica del diritto in ordine all'opportunità di incentivare il ricorso a tali strumenti, né prendere posizione sull'efficacia della giustizia amministrativa in ordine alla tutela dei diritti delle parti o dell'interesse pubblico^{XXI}.

Vale, al riguardo, quanto già osservato in ordine alla neutralità della ricerca rispetto al valore dell'amministrazione consensuale o negoziata: ogni riflessione, in argomento, postula valutazioni soggettive che non hanno particolare rilievo in assenza di controprove empiriche, e si risolve, quindi, in un'opzione di politica del diritto del tutto avulsa dagli obiettivi di una ricerca giuridica autenticamente intesa^{XXII}.

^{XX} Sugli antecedenti storici della disciplina codicistica, cfr. S. PARINI VINCENTI, *Tra tutto e niente. Studi sulla transazione civile dal XVII secolo al Codice del 1865*, Milano, 2018, 135 ss.

^{XXI} Per una sintesi recente e salvo un rinvio ai contributi richiamati nel corso del lavoro cfr. F. DANOVÌ, *Il tramonto della logica autoritativa del processo*, in F. DANOVÌ, F. FERRARIS, T. FRAGOMENI, A. MANIACI, A. MARCHESI, *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, specie 9 ss.; con specifico riguardo al diritto amministrativo, cfr. G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, *passim*.

^{XXII} Non si nega, con questo, la rilevanza di un metodo realistico nello studio del diritto – né la necessità di integrare la conoscenza giuridica con dati empirici – ma si continua a ritenere che uno studio di diritto possa avere ad oggetto una specifica parte della realtà, ossia la qualificazione formale di fenomeni preesistenti: restano attuali, sul

Il dibattito sulle *a.d.r.*, nella sua matrice nord-americana, è caratterizzato da una fitta discussione di tipo assiologico^{XXIII}, che per certi aspetti si è riverberata anche nel successivo dibattito europeo, nel quadro di politiche pubbliche tese a ridefinire il ruolo della giurisdizione nella gestione di determinate tipologie di controversie.

Minore importanza sembra essere stata dedicata agli strumenti con cui l'ordinamento positivo già consente di comporre in via stragiudiziale alcune controversie, fatti salvi i frequenti studi in materia di arbitrato. In questa prospettiva, riflettere sulla transazione appare importante, sia perché si tratta di uno strumento da sempre collocato – anche sul piano sistematico – fra diritto sostanziale e processuale, sia perché essa rappresenta, in termini tratlatizi, la principale forma di composizione autonoma della lite e, dunque, l'archetipo stesso delle *a.d.r.*, oltre che il possibile prodotto delle più svariate attività di mediazione e conciliazione demandate alle parti.

Rispetto alle macroquestioni individuate, un lavoro dedicato al tema della transazione può avere una qualche utilità, sul piano teorico e pratico, nel momento in cui si individuino gli aspetti problematici della vicenda e se ne colgano le caratteristiche in rapporto alla disciplina positiva vigente^{XXIV}.

punto, le riflessioni di S. ROMANO, *Realtà giuridica*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), rist. Milano, 1983, 210 s.

^{XXIII} Nel dibattito culturale statunitense i fondamenti assiologici delle *a.d.r.* – e, dunque, la loro stessa efficacia pratica – sono stati messi in rilievo già da diversi decenni, specie in rapporto al significato ed al ruolo di una giustizia non statale, finalizzata a garantire una immediata, reciproca e paritaria soluzione dei conflitti economico-sociali. Circa le matrici ebraico-cristiane del fenomeno, cfr. W. MCTHENIA, T.L. SHAFFER, *For Reconciliation*, in *Yale Law Journal*, 1985, 1660 ss., su cui cfr. le osservazioni critiche di O.M. FISS, *Out of Eden*, sempre in *Yale Law Journal*, 1985, 1669 ss.; ID., *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 1984, 1073 ss. Si tratta di argomentazioni pur sempre dotate di un forte margine di soggettività nella scelta del modello culturale entro cui ricondurre e collocare le *a.d.r.*; su altro versante, è noto il tentativo di analizzare la questione in chiave efficientistica, nel solco dei metodi di analisi economica del diritto: il riferimento è principalmente a S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: an Economic Analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 1995, 1 ss.

^{XXIV} In questa tecnica si ravvisa la possibilità di stabilire una sintesi fra esperienza giuridica concreta e scienza giuridica, intesa come riflessione avente ad oggetto le que-

Senza volersi ulteriormente cimentare su questioni inerenti ai metodi di studio del diritto amministrativo, l'esigenza di muovere dal diritto positivo appare imposta da tre ragioni.

La prima ragione è l'esigenza di delimitare l'oggetto dell'indagine in rapporto agli strumenti che possono essere concretamente utilizzati per la comprensione dei singoli problemi. Tali strumenti sono qui rappresentati dai criteri dell'ermeneutica e della logica giuridica, senza con questo negare che il medesimo fenomeno possa essere affrontato in chiave sociologica, economica o latamente politologica ed eclettica.

La seconda ragione è rappresentata dalla necessità di individuare l'interlocutore ideale a cui è destinato questo lavoro, in connessione con le tecniche argomentative utilizzate nel corso dell'indagine che ci si propone di effettuare^{XXV}. Nel presente studio tale interlocutore coincide con la cerchia degli studiosi di diritto e con chi quotidianamente opera utilizzando gli strumenti offerti dal diritto positivo: non si mira quindi ad offrire, *de iure condendo*, soluzioni ottimali destinate ai decisori politici o ad una – postulata – pubblica opinione.

La terza ragione è rappresentata dal necessario confronto con il principio di legalità, invitato di pietra di ogni studio di diritto amministrativo. La necessità di transigere o di ricorrere in termini più generali alle *a.d.r.* nella soluzione di questioni economico-giuridiche diffuse nella prassi postula, a monte, la difficoltà di risolvere i conflitti sulla base di regole univoche e capaci di prevenire l'insorgenza della lite solamente in forza della loro chiarezza e del loro contenuto precettivo^{XXVI}.

Se la transazione si inserisce in un contesto di crisi della legalità, ciò non esime dalla necessità di individuare almeno una "legalità della

stioni poste dalla prassi: cfr. già S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 113 ss.

^{XXV} Anche gli studi giuridici non sfuggono alle direttrici ricostruite da C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), trad. it. Torino, 1966-2013, 22 ss.

^{XXVI} Si tratta di un dato talmente notorio da non rappresentare – almeno nell'ottica dello studioso – una reale 'patologia' dell'ordinamento, quanto la riprova del fatto che anche il principio di legalità rappresenti, per molti aspetti, una mitologia giuridica: cfr. O. RANELLETTI, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, 1937, 28 s.

transazione”, delineandone presupposti e caratteristiche al fine di ricostruire il tipo legale della transazione dell’amministrazione – o transazione amministrativa –, derivante dall’interazione fra disciplina di diritto privato e di diritto pubblico.

Tale tipizzazione rappresenta l’obiettivo di questo studio, nella convinzione che attraverso la definizione di un tipo negoziale a cui ricondurre le molteplici forme di transazione diffuse nella prassi e nella disciplina di settore si possa contribuire all’impostazione ed alla soluzione dei problemi sottesi all’attività negoziale dell’amministrazione.

Si ritiene, infine, che la tipizzazione del contratto sia necessaria anche al fine di contribuire alla più ampia attività di riconduzione delle molteplici manifestazioni dell’agire amministrativo ad un ‘sistema’ dotato di una minima coerenza interna e di un’adeguata capacità orientativa rispetto alla prassi^{xxvii}.

Sembra utile anticipare la struttura complessiva del lavoro, che si sviluppa in sei capitoli.

Nel *Primo capitolo* si muove dal rilievo per cui la conflittualità è insita in ogni rapporto intersoggettivo. Lo stesso assunto vale per i rapporti di cui sia parte l’amministrazione. A partire da questa premessa si individua una nozione giuridica di conflittualità amministrativa, intesa come fenomeno di carattere generale entro il quale si inserisce il contratto di transazione.

Viene successivamente isolato il più specifico concetto di lite amministrativa, intesa come un conflitto suscettibile di composizione attraverso principi e disposizioni applicabili all’amministrazione, desunte dalla disciplina di diritto comune o da ulteriori previsioni espressamente applicabili all’amministrazione. Si procede, dunque, ad individuare le caratteristiche degli strumenti di composizione della lite, distinguendo quelli a carattere eteronomo (sentenza; lodo arbitrale; decisioni su ricorso a soggetti terzi) da quelli a carattere autonomo (contratti ed accordi variamente disciplinati, tecniche di collegamento negoziale).

Si nega, parallelamente, che alcuni provvedimenti autoritativi della p.a. tradizionalmente ricondotti alla nozione di autotutela amministrativa (annullamento d’ufficio, revoca) possano essere espressivi di una

^{xxvii} Cfr. M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 383 ss.

composizione autonoma delle liti, trattandosi di manifestazioni del potere pubblico finalizzate al perseguimento di differenti obiettivi.

Si pone, quindi, il problema fondamentale che giustifica la prosecuzione dello studio, attinente all'analisi della transazione quale peculiare strumento di composizione autonoma delle liti di cui sia parte la pubblica amministrazione. Si tratta di verificare se, ed in quale misura, il tipo contrattuale individuato dall'art. 1965 c.c. sia funzionale alla soluzione delle liti di cui sia parte la p.a.

Il problema viene sviluppato nel *Secondo capitolo*.

Si sintetizza, innanzitutto, il regime della transazione disciplinata dall'art. 1965 c.c., approfondendo le questioni legate all'efficacia del contratto ed alle modalità attraverso cui gli effetti costitutivi connaturati ad esso determinano la composizione della lite. Si profila, a tale riguardo, una essenziale distinzione fra effetti retroattivi e prospettivi della transazione, aventi rispettivamente ad oggetto l'eliminazione della lite pregressa e l'individuazione delle future condotte delle parti^{xxviii}.

Si procede all'esame della disciplina positiva delle transazioni di cui sia parte la pubblica amministrazione, caratterizzate dall'assenza di una regolamentazione generale e dalla parallela presenza di discipline settoriali (in materia di contratti pubblici, tutela ambientale, sanità) e norme speciali (previste dal t.u. sull'Avvocatura di Stato; dal t.u. degli enti locali) che danno per presupposto l'istituto. Sorge quindi l'esigenza di individuare i tratti differenziali delle transazioni stipulate dalla pubblica amministrazione rispetto al modello stabilito dal Codice civile.

Questi tratti non attengono tanto all'ammissibilità o all'oggetto della transazione, nei termini stabiliti dagli artt. 1965 e 1966 c.c., quanto alla disciplina dell'annullabilità e della risoluzione per inadempimento, caratterizzate da una minore stabilità di quella che emerge, secondo le previsioni del Codice civile, per le transazioni stipulate fra soggetti privati. Altro elemento differenziale attiene all'efficacia della transazione nei confronti di terzi.

L'analisi della disciplina legale di riferimento denota lacune e contraddizioni, ponendo in rilievo la difficoltà di esaurire l'analisi delle

^{xxviii} Si tratta di un passaggio indispensabile anche in rapporto allo studio di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 1 ss., che aveva come termini di raffronto la disciplina del Codice civile del 1865 e le conseguenti elaborazioni teoriche.

transazioni amministrative sul piano del solo diritto positivo. Ne deriva la necessità di ampliare l'indagine sia con riferimento alla prassi negoziale delle amministrazioni che con riguardo alla posizione assunta, in materia, dalla giurisprudenza ordinaria, amministrativa e contabile.

Prassi negoziale e giurisprudenza denotano la sussistenza di differenti modelli di transazione, individuabili in rapporto al relativo sinalagma negoziale (*do ut facias, facio ut facias*), che conferma l'assunto per cui il contratto di transazione può essere funzionale a produrre i più disparati effetti giuridici^{XXIX}.

Le varie pronunce giudiziali, in assenza di affidabili quadri sistematici e modelli teorici, trattano in maniera rapsodica i singoli aspetti del regime delle transazioni contestate in giudizio, sia ai fini del loro controllo giudiziale che, soprattutto, ai fini di una valutazione della responsabilità dei funzionari coinvolti nelle trattative e nella stipulazione del contratto.

L'esame combinato di disposizioni legali, prassi amministrativa e giurisprudenza denota la difficoltà di adattare il tipo contrattuale previsto dagli artt. 1965 ss. c.c. alle singole amministrazioni, ma evidenzia, al contempo, come il problema non possa essere risolto accettando passivamente la sussistenza di discipline speciali e settoriali di un fenomeno che solo nominalmente si può ricondurre alla 'transazione' codicistica.

L'esigenza di una ricostruzione unitaria della fattispecie transattiva, fondata su una rimeditazione del diritto positivo e della qualificazione teorica dell'istituto, è imposta da esigenze normative che trovano il proprio fondamento in valori costituzionali immanenti al sistema amministrativo. Si fa riferimento alla necessaria uguaglianza sostanziale fra individui e formazioni sociali nella fruizione di strumenti di composizione negoziale delle liti, del tutto frustrata da un approccio puramente casistico; alla dimensione assiologica della composizione negoziale della lite quale facoltà implicita nel diritto di difesa del privato nei confronti della p.a., e della p.a. stessa; alla correlata necessità di garantire il rispetto dei principi dell'azione amministrativa anche nell'ambito di attività di composizione negoziale della lite, definendo con maggiore

^{XXIX} Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Milano, 1975, 202 ss.

chiarezza presupposti, contenuto, effetti e limiti della transazione amministrativa.

A tali aspetti è dedicata la parte propriamente ricostruttiva dello studio, che è preceduta dall'esame delle soluzioni praticate in alcuni ordinamenti stranieri e nell'Unione Europea, cui è dedicato il *Terzo capitolo*.

Lo scopo di tale capitolo non è prettamente comparatistico. Gli altri ordinamenti non sono dunque esaminati in chiave di politica del diritto, alla ricerca di soluzioni potenzialmente più soddisfacenti di quella italiana, né in chiave prettamente epistemica, al fine di verificare convergenze e divergenze fra singoli sistemi e giungere, per tale via, alla migliore comprensione del sistema interno o all'individuazione di un modello teorico-generale di riferimento^{xxx}.

Più sommamente, si intende valutare se i limiti che caratterizzano l'emersione e l'elaborazione dell'istituto nell'ordinamento italiano siano propri di altri sistemi giuridici, individuando, parallelamente, le modalità attraverso cui i vari ordinamenti hanno cercato di far fronte alla questione della transigibilità delle liti amministrative.

Ne deriva che l'indagine può essere utile per verificare se i caratteri isolati nell'ordinamento italiano dipendano da ragioni comuni ad altri ordinamenti – ed assumano, in via induttiva, una valenza di ordine teorico-generale – o non siano, piuttosto, l'esito di contingenze derivanti da particolari assetti di diritto positivo e dalla sua incidenza su prassi amministrativa, giudiziale oltre che sulla stessa elaborazione teorica.

A tal fine, si è scelto di indagare alcuni sistemi che hanno dato specifiche ed originali soluzioni alle questioni emerse nella prima parte del lavoro: quello francese, in cui la *transaction* delle liti amministrative è

^{xxx} Per una ricognizione generale dei metodi comparatistici resta obbligato il rinvio a G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 928 ss.; R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 8 ss., e, in rapporto al diritto amministrativo, a M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 206 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, II ed. Bologna, 2019, *passim*. Per una riflessione critica cfr. anche S. CASSESE, *Beyond Legal Comparison*, in M. BUSSANI, L. HECKENDORN URSCHELER, a cura di, *Comparisons in Legal Development. The impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Ginevra, 2016, 227 ss.

un istituto consolidato, ancorché tradizionalmente limitato alla sola composizione delle liti aventi ad oggetto rapporti patrimoniali regolati prevalentemente dal diritto comune; quello tedesco, in cui il *Vergleichsvertrag* disciplinato dal § 55 *VwVfG* rappresenta una manifestazione tipizzata di contratto di diritto pubblico, in rapporto alla generali previsioni § 54 *VwVfG*, con notevoli potenzialità applicative; quello spagnolo, in cui la *transacción* si è andata diffondendo – anche in forza della disciplina procedimentale e processuale – quale strumento di composizione negoziale di una pluralità di liti, conservando i tratti fondamentali del contratto di diritto comune. Sono poi affrontati l’ordinamento inglese e statunitense, nei quali il *settlement* rappresenta un omologo funzionale della transazione, ossia uno strumento sufficientemente duttile da consentire il superamento di molteplici tipi di controversie.

L’indagine si amplia anche al diritto dell’Ue, qui inteso non solo come ordinamento sovranazionale necessariamente integrato con quello dei singoli Stati, ma come sistema entro il quale si pone il problema del regime giuridico degli accordi transattivi delle amministrazioni europee o dell’incidenza della disciplina europea sulle transazioni stipulate da parte delle amministrazioni nazionali^{XXXI}.

Al netto delle singole soluzioni praticate nei vari ordinamenti, l’analisi compiuta pone in luce tre dati: il contesto istituzionale, statale e sovrastatale, non è ostile alla diffusione di strumenti transattivi e denota, semmai, la tendenza a favorire e disciplinare le singole tecniche di composizione bilaterale del conflitto quale alternativa praticabile alla giurisdizione; il regime delle transazioni resta indefinito ed alla ricerca di una propria identità in tutti i sistemi presi in esame, in cui appare comunque ricorrente il tentativo di adattare schemi precostituiti dalle codificazioni o dal diritto privato alle peculiarità della lite amministrativa; la situazione italiana mostra alcuni aspetti di arretratezza rispetto agli altri sistemi continentali, dove si è assistito ad una progressiva regolamentazione dell’istituto, mediante specifiche previsioni (Germania, in parte Spagna) e tentativi di consolidazione della prassi (Francia).

^{XXXI} Su questi profili, in chiave generale, cfr. G. DELLA CANANEA, *L’Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, specie 33 ss.; L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, a cura di, *L’amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, *passim*.

Nel *Quarto capitolo* si formula una proposta teorica idonea a superare le difficoltà derivanti dalla prassi, anche in rapporto ai dati offerti dal confronto con le soluzioni praticate negli ordinamenti stranieri.

La tesi in esso formulata implica una preliminare ricognizione delle costanti che caratterizzano la transazione nell'ordinamento italiano ed un raffronto fra tali elementi e le proposte teoriche già elaborate, in materia, negli studi pubblicati negli scorsi decenni. Da un esame della dottrina italiana, emergono tutte le difficoltà ricostruttive derivanti dalle necessità di dare una qualificazione giuridica alla prassi contrattuale seguita dalla p.a. fin dal XIX secolo: il tema della transazione si intreccia, inevitabilmente, con le più ampie discussioni relative alla rilevanza del contratto quale strumento di esercizio di funzioni amministrative ed alla ammissibilità di figure contrattuali pubblicistiche, la cui disciplina andrebbe comunque individuata attraverso un confronto con le previsioni del Codice civile.

Su questo sfondo, si sottopongono a revisione critica le varie tesi espresse, in materia, dai pochi studiosi che si sono esplicitamente dedicati allo studio delle transazioni della p.a., cercando di collocarle nel contesto storico ed istituzionale di riferimento^{xxxii}: da questa angolazione, la classica distinzione di Guicciardi fra contratto di transazione ed atti con funzione transattiva si spiega principalmente in rapporto alle più generali questioni attinenti alla ricostruzione dell'attività contrattuale della p.a., a propria volta debitrice di teorie generali della statualità^{xxxiii}; la successiva e speculare posizione assunta da Miele in ordine

^{xxxii} L'operazione non sembra necessaria solamente in aderenza ad una concezione integrale del fenomeno amministrativo – e del diritto amministrativo – come accadimento storico, nei termini messi in luce, tra gli altri, da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, nonché da S. CASSESE, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in ID. *Diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010, 563 ss., ma anche come *caveat* metodologico: recentemente, in rapporto a questioni affini a quelle in esame, cfr. M. RAMAJOLI, *Gli accordi fra amministrazione e privati ovvero della ricostruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. Amm.*, 2019, 674 ss. In termini generali, rimane fermo il rinvio a R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 450 ss.

^{xxxiii} Con riferimento a Guicciardi, ed al peso della tradizione hegeliana, filtrata dalla letteratura giuridica tedesca e dal magistero di Donati, sulle più minute elabora-

alla piena ed integrale ammissibilità delle transazioni di diritto pubblico va colta anche in riferimento alla necessità di distaccarsi dai condizionamenti del concettualismo pandettistico^{XXXIV}; le più recenti riflessioni sul rapporto fra transazione amministrativa ed accordi pubblicistici si comprendono in rapporto all’impatto dell’art. 11 della l. n. 241/1990 sulla complessiva ricostruzione dell’attività consensuale della p.a.

Tutte le proposte teoriche elaborate in materia sono accomunate dalla tendenza a scindere le transazioni su questioni patrimoniali dalle transazioni aventi ad oggetto l’esercizio di funzioni – e potestà – pubblicistiche: l’impostazione guicciardiana, a questo riguardo, continua ad avere un peso preponderante, salva la possibilità di superare le preclusioni dell’Autore rispetto all’ammissibilità di contratti transattivi di diritto pubblico, che la dottrina tende oggi a risolvere mediante il richiamo all’art. 11 della l. n. 241/1990.

Si tratta di esiti non pienamente condivisibili. Essi determinano un’artificiosa scissione fra differenti figure contrattuali senza una giustificazione positiva o sistematica, anche in rapporto all’evoluzione del diritto dei contratti e non solo della consensualità amministrativa. Ne derivano le note difficoltà applicative inerenti all’individuazione del regime delle varie fattispecie. Si è quindi tentato di svincolarsi da quest’impostazione, mediante una ricostruzione unitaria della transazione amministrativa, intesa come tipo negoziale dotato di una propria, specifica, identità.

Sul piano tecnico ed argomentativo, si è scelto di porre in primo piano il contesto entro il quale le parti decidono di risolvere il conflitto in via transattiva, isolando a tal fine il concetto di “operazione transattiva”. Con tale locuzione si intende una particolare tipologia di operazione amministrativa^{XXXV}, mediante la quale le parti giungono alla composizione del conflitto attraverso le reciproche concessioni sottese alla disciplina dell’art. 1965 c.c.

zioni relative al funzionamento della p.a., cfr. M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000, 352 ss., anche in nota.

^{XXXIV} La discontinuità di Miele rispetto alla tradizione si coglie nelle pagine di M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele* (1987), in ID., *Scritti*, III, cit., 1939 ss.

^{XXXV} La questione verrà ampiamente approfondita *infra*, cap. IV, ma si fa rinvio sin d’ora a F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg., VI, Milano, 2002, 84 ss.

Come meglio si argomenterà nel corso del lavoro, qualora le parti intendano comporre la lite, l'esito dell'operazione transattiva non può che essere rappresentato da un contratto di transazione: figura che rientra appieno nel modello definito dall'art. 1321 c.c., distaccandosi sia dal contratto di diritto pubblico teorizzato da una parte della dottrina italiana, sia dall'accordo procedimentale a cui fanno riferimento le tesi che riconducono anche le transazioni della p.a. al modello generale dell'art. 11 della l. n. 241/1990.

Il *Quinto capitolo* approfondisce la disciplina del contratto e mira a ricostruire in termini autonomi il tipo negoziale della transazione amministrativa, derivante dall'interazione fra norme di diritto privato – contenute per lo più nel Codice civile – e norme speciali a cui rinvia l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990.

Affermare che la transazione amministrativa sia un tipo contrattuale riconducibile al modello dell'art. 1965 c.c. ed alla sua disciplina non comporta una piena identità rispetto al contratto di transazione di diritto comune, quanto un rapporto di somiglianza coerente con l'applicazione del metodo tipologico^{xxxvi}. Emergono i tratti che avvicinano la transazione amministrativa alla transazione di diritto comune ed i tratti che, all'opposto, permettono di distinguerne il regime giuridico, senza snaturarne le caratteristiche fondamentali.

I capitoli sono disposti secondo uno schema ricorsivo, utilizzando il cap. III come asse divisorio fra la prima e la seconda parte del lavoro. Le questioni poste nel cap. I costituiscono la base della ricostruzione teorica formulata nel cap. IV, mentre i problemi applicativi individuati nel cap. II sono rivisitati nel cap. V, in termini consequenziali rispetto alla proposta ricostruttiva. Nel *Capitolo Sesto*, dedicato ad una serie di conclusioni correlabili ai risultati dello studio, si ridefinirà il ruolo della transazione nel contesto del sistema amministrativo, in corrispondenza ai temi trattati in questa *Introduzione*.

Trento, 14 luglio 2019

^{xxxvi} Per gli opportuni riferimenti generali, cfr. C. BEDUSCHI, *op. cit.*, 133 ss.

CAPITOLO PRIMO

LA CONFLITTUALITÀ AMMINISTRATIVA E LA SUA COMPOSIZIONE NEGOZIALE

SOMMARIO 1. *Conflittualità giuridica e conflittualità amministrativa.* 2. *La concezione normativa della conflittualità amministrativa e le sue differenti manifestazioni.* 3. *La lite come manifestazione qualificata della conflittualità amministrativa.* 4. *Gli strumenti funzionali alla composizione della lite.* 5. *Aspetti problematici e linee di sviluppo della ricerca.*

1. *Conflittualità giuridica e conflittualità amministrativa*

Qualsiasi relazione intersoggettiva si trova esposta al conflitto, al punto che la necessità di neutralizzarne la portata rappresenta una delle principali ragioni giustificatrici dell'organizzazione sociale. Se non sul piano storico, il rilievo vale su quello simbolico, in termini colti da Aristotele agli albori della civiltà occidentale e rivisitati dai principali teorici politici della modernità¹.

Sviluppando tale assunto in prospettiva giuridica², ogni sistema giuridico può essere inteso come un insieme di tecniche di cooperazione

¹ Basti qui richiamare un passo di ARISTOTELE, *Politica*, trad. it. Milano, 2002, libro I, 253a, dove si definiva la natura dell'individuo «πολέμου επιθυμητής», ossia «desiderosa di guerra». Per ulteriori sviluppi, soprattutto fra i filosofi dell'età moderna che hanno avuto maggiore influenza nell'elaborazione delle categorie contemporanee, cfr. U. GROZIO, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), in ID., *I fondamenti del diritto. Antologia*, a cura di P. NEGRO, Napoli, 1997, 383 ss.; T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it., Milano, 2015, cap. XIII (127 ss.) e cap. XVII, (177 ss.); B. SPINOZA, *Trattato teologico politico* (1670), trad. it. Milano, 2014, cap. XVI, (521 ss.); J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1689), trad. it. Milano, 2016, cap. III, (83 ss.). Sull'impatto di tali teorizzazioni nella scienza giuridica cfr. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato* (1910), rist. Torino, 1971, 12 ss.

² Cfr. V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (fil. dir.)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 640 ss.; C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 13 ss.

preordinate a comporre conflitti intersoggettivi, entro una cornice di regole condivise dai singoli membri del corpo sociale³.

È comunque palese come nessun moderno meccanismo istituzionale sia idoneo ad eliminare ogni conflittualità, trattandosi di vicende connaturate alla vita associata, in termini lucidamente colti da Tocqueville nel XIX sec. e poi sviluppati in ambito filosofico e sociologico⁴.

Qualsiasi comunità è infatti composta da soggetti portatori di interessi concorrenti, frutto di aspirazioni individuali insopprimibili e destinate naturalmente a confliggere⁵.

Il pluralismo assiologico che caratterizza la maggior parte degli ordinamenti giustifica tale assunto⁶, perché ciascuno può reclamare l'interpretazione della norma idonea a massimizzare il proprio interesse in conformità ad una data graduazione di valori⁷.

³ Decisivi, in tal senso, gli apporti della c.d. sociologia del conflitto: cfr. T. N. CARVER, *The Basis of Social Conflict*, in *Am. J. Soc.*, 1908, 628 ss.; A. COSER, *Le funzioni del conflitto sociale* (1956), trad. it. Milano, 1967; J. FREUND, *Le droit comme motif et solution de conflits*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1974, 47 ss.; G. SIMMEL, *Il conflitto* (1908), in ID., *Il conflitto della cultura moderna e altri saggi*, trad. it. Roma, 1976, 87 ss. Per ulteriori riferimenti cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Milano, 2008, 355 ss.; V. FERRARI, *Pubblico e privato (sociologia dir.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 690 ss.; V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano, 1981, 73 ss.

⁴ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1848), trad. it. Torino, 1968, 22 ss. Per gli sviluppi segnalati, cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, II. ed. riv. a cura di P. PIOVANI, Milano, 1962, 150 ss.; O. KAHN FREUND, *Il lavoro e la legge* (1972), trad. it. Milano, 1974; N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, in *Lab. Pol.*, 1982, 5 ss.

⁵ Cfr. T.N. CARVER, *op. cit.*, 633; D. DRUCKMAN, K. ZECHMEISTER, *Conflict of Interests and Value Dissensus: Propositions in the Sociology of Conflict*, in *Human Relations*, 1974, 449 ss.; W.J.M. MACKENZIE, *Power, Violence, Decision*, London, 1975, 90 ss. Cfr. pure C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed., Padova, 1991, 4 ss.

⁶ Una lucida diagnosi si riscontrava già in C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. Milano, 2013, cap. III, (151 ss.).

⁷ Cfr. R. JHERING, *La lotta per il diritto* (1872), in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, trad. it. Milano, 1989, 85 ss. Si tratta di idee riproposte nell'ambito dell'analisi economica del diritto: cfr. G. NAPOLITANO, *L'analisi economica e il diritto pubblico*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 32 ss.

Per ora, si può intendere il conflitto in un'accezione generica⁸, che indica il contrasto volto all'affermazione di un valore, e dell'interesse che questo sottende, a scapito di altri valori ed interessi percepiti come concorrenti⁹.

Ad un livello basilare, e prossimo allo stato di natura hobbesiano, ogni conflitto contrappone i singoli individui¹⁰. Nelle forme più articolate, esso può sovente contrapporre i più vari gruppi sociali e le stesse organizzazioni pubbliche portatrici di interessi in possibile contrasto¹¹.

Ciascun ordinamento può essere inteso, in questa prospettiva, come il contesto istituzionale entro cui i conflitti fra interessi pubblici vengono ritualizzati in procedure funzionali alla loro composizione¹².

Ricorrendo ad un ordine di idee elaborato nell'ambito della scienza del diritto amministrativo, la dimensione conflittuale dell'ordinamento è efficacemente rappresentata dall'istituzionalismo romaniano, qui inteso come un tentativo di razionalizzazione giuridica del conflitto sociale¹³. In alcuni scritti di Romano si percepisce, infatti, l'inevitabile conflittualità che caratterizzava, all'inizio dello scorso secolo, sia i rapporti

⁸ Cfr. S. BATTAGLIA, a cura di, *Grande dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1964, 533.

⁹ Accentua questa prospettiva G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 151.

¹⁰ Sul rapporto fra raffigurazioni dello Stato di natura, teoria politica e diritto in Hobbes cfr. R. TUCK, *Hobbes* (1989), trad. it. Bologna, 2001, 75 ss.

¹¹ Con riferimento alla società del secondo dopoguerra e oltre, cfr. R. DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale* (1957), trad. it. Roma-Bari, 1963, 359 ss. È scontato che il conflitto possa contrapporre fra loro gli stessi Stati: cfr., da ultimo, M. DANI, *Il diritto europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 67 ss.

¹² Sulla ritualità quale elemento coesistente della dimensione civile e religiosa delle società arcaiche, cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, II ed., Torino, 2017, 57 ss.

¹³ Fra i contributi recenti sull'istituzionalismo romaniano, spicca soprattutto A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi nell'ordinamento giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2011, 333 ss.; nella letteratura meno recente, cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini*, I, Milano, 1972, 244 ss. La rilevanza del conflitto nel pensiero romaniano era chiara già a M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), ora in *ID., Scritti*, IV, Milano, 2004, 342 ss., che sulla base di essi costruì la teoria della discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi potenzialmente confliggenti, ossia come riduzione del conflitto sociale affidata alle cure degli apparati amministrativi.

fra ordinamenti, sia le componenti sociali di ciascun ordinamento statale, incidendo sulla complessiva organizzazione dello Stato e sul rapporto dialettico fra poteri pubblici e soggetti privati¹⁴.

La medesima tecnica d'indagine è utilizzabile anche con riferimento ai problemi inerenti all'attuale evoluzione dei sistemi statuali e sovra-statali¹⁵, dove si è diffusa la metafora dell'arena pubblica, che postula una concezione dei singoli ordinamenti come terreni di scontro fra interessi e valori¹⁶.

¹⁴ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in ID., *Scritti minori*, I Milano, 1990, 379 ss.; ID., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), in ID., *Scritti minori*, II, cit., 351 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico*, II ed. rist. Macerata, 2018, *passim*; ID., *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), rist. Milano, 1983, 22 s. Efficace il compendio offerto dall'A. in ID., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, III ed., Padova, 1937, 84 s., con riferimento alla conflittualità degli interessi 'fra' amministrazioni, fermo restando, *ivi*, 85, «un interesse superiore [dello Stato] a quelli particolari che eventualmente vengono in conflitto fra loro, [che] esige che questi ultimi si compongano e si armonizzino» (corsivi aggiunti). Sono nette le assonanze con la tesi di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), I, Padova, 1986, 179 s. La conflittualità insista nella teoria romaniana è condivisa da SAL. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati* (1955), in ID., *Scritti minori*, Milano, 1980, 477.

¹⁵ Cfr. già le pagine, per molti aspetti anticipatorie, di A. AMORTH, *Il problema della struttura dello Stato in Italia (Federalismo, Regionalismo, Autonomismo)* (1945), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, cit., 734 ss. Con riferimento al diritto amministrativo, cfr. F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno* (1959), in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1828 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, specie 5 ss.; M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo* (1968), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 795 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infecunda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 597 s. Da ultime, cfr. le periodizzazioni proposte da S. CASSESE, *Lo Stato come problema storico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 183 ss.

¹⁶ Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 74 ss. Sulle trasformazioni della statualità nel contesto della globalizzazione economico giuridica ci si limita a richiamare lo stesso S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 17 ss.; ID., *Chi governa il mondo?* Bologna, 2013, 15 ss.; ID., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* Bologna, 2016, 71 ss. In differenti prospettive, dove l'accento sulle problematiche tipiche del diritto amministrativo contemporaneo è più sfumato, cfr. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 87 ss.; M.R.

Va da sé che queste raffigurazioni e metafore agevolano una percezione sintetica delle singole vicende storiche, ma sono meno utili per l'analisi delle specifiche forme di conflittualità e delle tecniche volte a limitarne le potenzialità disgregative.

Rispetto alla nozione latamente intesa, è necessario isolare una concezione restrittiva di conflitto, definibile alla stregua di un contrasto che si risolve esclusivamente attraverso l'applicazione di norme giuridiche¹⁷.

Il fatto che i conflitti giuridici possano caratterizzare qualsiasi rapporto intersoggettivo spiega l'ulteriore necessità di un'analisi più dettagliata della questione, evitando di incorrere in astrazioni poco proficue sul piano analitico¹⁸. Per questa ragione si limita l'indagine alla conflittualità amministrativa¹⁹.

Che la conflittualità caratterizzi anche il ruolo dell'amministrazione, nei suoi rapporti con soggetti terzi o altri plessi amministrativi, è di

FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000, 57 ss.

¹⁷ Cfr. già G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), trad. it. Milano, 2016, § 85 (195), dove il conflitto veniva definito come «*die Kollision, in der die Sache aus einem Rechtstgrunde angesprochen wird*». Per ulteriori riflessioni teorico-generalì, cfr. E. BETTI, *op. cit.*, 6; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 14. Più recentemente, cfr. G. DE NOVA, *Gli interessi in conflitto e il contratto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 241 ss.; U. MATTEI, *Il conflitto di interessi come categoria ordinante*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2014, 248. Rispecchia questo ordine di idee la tradizionale distinzione fra conflitto economico e giuridico: cfr. T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori* (1929), ora in *Id.*, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 230; *Id.*, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1924, 308 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 5 ss.; S. SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1939, 201 ss. In questa logica si pone più recentemente anche A. M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 9 s. Per alcune persuasive critiche alla distinzione, su cui si avrà comunque modo di tornare, cfr. F. CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953, 372 ss.; *Id.*, *La transazione*, II ed., Torino, 1966, 16 ss.

¹⁸ Dimensione teorico generale ed esigenze applicative sono avvertite da E. BETTI, *op. cit.*, 6 ss.; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 15 e 166 ss.

¹⁹ Ciò, muovendo dal presupposto che la natura disaggregata dell'organizzazione statale (e sovrastatale) possa determinare conflitti di interessi fra i differenti apparati cui vengono attribuiti poteri e responsabilità nell'attuazione delle politiche pubbliche: cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 78 ss.

immediata evidenza, né mancano tesi volte ad utilizzare questa categoria come chiave interpretativa della stessa realtà contemporanea²⁰.

Preme sottolineare come lo stesso diritto dell'amministrazione possa essere storicamente – e concettualmente – rappresentato come una tecnica di razionalizzazione del conflitto²¹.

Basti considerare come la moderna elaborazione delle categorie ordinanti dei rapporti fra amministrazione e cittadini coincida, in larga parte, con l'individuazione delle tecniche di tutela idonee alla soluzione della conflittualità intersoggettiva, in quanto espressive della giuridicità dell'ordinamento²².

La parallela valorizzazione del principio di legalità dell'azione amministrativa non può essere dissociata – specie nei classici contributi di Zanobini²³ e Donati²⁴ – da una concezione relazionale della norma giuridica, intesa come strumento di definizione dei limiti del potere pubblico e delle prerogative individuali, per prevenire e ridurre

²⁰ Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica*, cit., 74 ss.; U. MATTEI, *op. cit.*, 250 s.

²¹ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 21 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 66 ss. Per recenti profili storici, cfr. P. SCHIERA, *La comune storia europea del diritto amministrativo e della sua scienza*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013, 62 ss.

²² Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 589 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 509 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico* (1970), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, cit., 872 ss.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 215 ss.

²³ Cfr. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, I, VIII ed., Milano, 1958, 28 ss.

²⁴ Cfr. D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale* (1910), in ID., *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 67 ss., specie 72; ID., *Principii*, cit., 25 e 35. Per ulteriori sviluppi di questa linea di pensiero, anche se non interamente compiuti, cfr. G. BERTI, *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1967, 224 ss. Su questi aspetti del pensiero donatiano sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS, a cura di, *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, 3 ss.

l'insorgenza di conflitti connessi all'allocazione di beni ed alla gestione di specifici interessi²⁵.

Similmente, la distinzione fra norme di relazione ed azione profilata da Guicciardi esprimeva il tentativo di conferire rilevanza giuridica all'attività interna dell'amministrazione, nella parte in cui essa costituiva l'antecedente degli atti destinati ad incidere sui rapporti fra amministrazione e terzi, creando o risolvendo conflitti²⁶.

Queste teorizzazioni maturarono soprattutto all'interno dello Stato liberale di matrice ottocentesca, ponendo l'accento sui conflitti fra autorità pubblica e libertà individuale²⁷. Con la progressiva emersione dello Stato sociale si misero in rilievo anche i conflitti fra apparati amministrativi, derivanti dalla natura disaggregata dell'organizzazione statale e dalla pluralità dei centri di imputazione di interessi pubblici concorrenti, aventi una propria rilevanza costituzionale²⁸.

²⁵ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 8 ss.

²⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 81 ss., per quanto sia stata sviluppata soprattutto in ID., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (1937), ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 1 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, rist. I ed. 1942, Padova, 1994, 10 ss. Sulle implicazioni, e le stesse contraddizioni, di questa teorizzazione cfr. G. FALCON, *Norme di relazione e norme di azione (tradizioni e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)* (1974), ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, 1 ss. e, successivamente, E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo* (1975), ora in ID., *Diritto e processo: scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 310 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, 1 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, specie 133 ss.; F. VOLPE, *Norme d'azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 80 ss. Fra i contributi più recenti cfr. F. ROMOLI, *Norme di azione e norme di relazione tra rapporto e processo*, in L.R. PERFETTI, a cura di, *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2011, 505 ss.

²⁷ Ci si rifà alla formula di M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 66 ss.

²⁸ Interessi che, a propria volta, dovevano ritenersi espressivi di politiche pubbliche variamente elaborate dalle singole maggioranze parlamentari o dagli stessi governi. Cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, 148 ss.; ID., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Una postilla* (1973), in ID., *Scritti*, VI, Milano, 2005, 619 ss. Il problema è pienamente colto pure da F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo* (1962), ora in ID., *Scritti*, III, cit., 2177 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 21 ss.; S. CASSE-

Si tratta di una chiave di lettura che permette di cogliere lo stesso sviluppo dei singoli istituti di diritto amministrativo quale tecnica di gestione e soluzione del conflitto nella cornice dello Stato (liberale e sociale) di diritto.

Figure ed istituti quali l'atto²⁹, il potere discrezionale³⁰, il procedimento³¹, la funzione amministrativa come modo di esercizio del potere³², sono categorie esplicative del tentativo di dare struttura ai conflitti sottesi all'esercizio della potestà decisionale dell'amministrazione, orientandone l'esercizio in conformità ai parametri costituzionali di ragionevolezza, imparzialità e giustiziabilità³³.

Tralasciando queste peculiari suggestioni, preme sottolineare come i meccanismi di giuridificazione dei conflitti non siano in grado di garan-

SE, *Cultura e politica*, cit., 37 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 224 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 153 ss. Per un inquadramento generale cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, II ed. Roma-Bari, 2003, 343 ss.

²⁹ Basti qui rinviare ad A. AMORTH, O. RANELLETTI, *Atti amministrativi* (1937), ora in A. AMORTH, *op. cit.*, I, Milano, 1999, 153 ss.; O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1921, 16 ss.; ID. *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (1894), in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, 35 ss. Per una sintesi cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss., nonché D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann., III, Milano, 2010, 46 ss.

³⁰ Cfr. necessariamente M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 75 ss.

³¹ Fondamentali, a questo riguardo, gli apporti della scuola partenopea di U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo* (1931), in ID., *op. cit.*, 454 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), rist. Milano, 1964, 31 ss.

³² Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione* (1950), ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2006, 991 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo* (1952), sempre in ID., *Scritti*, II, cit., 1117 ss.

³³ Essenziale il rinvio a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti*, III, cit., 1429 ss. Fra i contributi successivi, sono particolarmente efficaci le pagine di M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990: ovvero del nesso di strumentalità triangolare fra procedimento, atto e processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 459 ss.; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 ss.

tire la pacificazione sociale, nel momento in cui il sistema normativo di riferimento non sia dotato di sufficiente stabilità e coerenza³⁴.

Si tratta di precondizioni difficilmente realizzabili nell'ambito dello Stato pluralista e degli stessi ordinamenti contemporanei, dove si sono demitizzati gli assiomi della razionalità della legge e della completezza dell'ordinamento³⁵, ponendo radicalmente in dubbio la stessa capacità regolativa delle fonti, in difetto di interventi integrativi dell'interprete³⁶.

La fisiologica inflazione normativa, la pluralità delle fonti dell'agire pubblico, lo scadimento delle tecniche legislative³⁷, i processi di inte-

³⁴ Cfr. J. FREUND, *op. cit.*, 47 ss.; N. LUHMANN, *op. cit.*, 5 ss.

³⁵ Emblematica la posizione G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 21 ss. Una ricca analisi del fenomeno si rinviene pure in E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto* (1953), ora in ID., *Stato di diritto in trasformazione* (1964), trad. it. Milano, 1973, 31 ss.; ID., *Lo Stato della società industriale* (1971), trad. it. Milano, 2011, 118 ss.; J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, trad. it. Torino, III ed. 2007, 21 ss. Nella dottrina italiana, cfr. S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, 17 ss. Il legame fra mutamenti dell'organizzazione statale e legalità amministrativa si coglie efficacemente in S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1973, 124 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 32 ss.

³⁶ In una prospettiva teorico-generale, che travalica le singole esperienze statuali, cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it. Napoli, 1983, 102 ss.; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), trad. it. Napoli, 2007, 168 ss.; J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e costruzione giuridica* (1965), trad. it. Bologna, 2009, 25 ss.; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), trad. it. Milano, 1970, 187 ss. Un parallelo dibattito si registra anche nella dottrina italiana, specie ad opera di L. BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza (Dialogo tra giurista e filosofo)*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1957, 1054 ss.; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980. Fra i contributi recenti, cfr. U. NEUMANN, *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 51 ss.; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015; G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. Dir.*, 2006, 461 ss.

³⁷ Che il problema non sia recente lo conferma il discorso di Bergamo di Spaventa, che già nel 1880 rilevava come, nel periodo post-unitario, fosse aumentato «con leggi speciali... il potere discrezionale dell'amministrazione pura... abbandonando a questa

grazione dei differenti sistemi giuridici in ordinamenti ‘multilivello’³⁸, non hanno solamente reso incerta l’individuazione della singola regola applicabile alla soluzione dei conflitti³⁹, ma hanno allargato il perimetro

tutt’i rapporti di diritto pubblico con le amministrazioni locali». Nella dottrina successiva cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico* (1910), ora in ID., *Scritti*, I, cit., 5 ss.; F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1930, 424 ss., cui hanno fatto seguito M. ALLARA, *L’eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, 238 ss.; T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e realtà sociale* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 103 ss.; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell’amministrazione* (1954), ora in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003, 927 ss.; G. GROSSO, *La crisi della legalità*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1960, 565 ss. Con specifico riferimento alle problematiche della normazione amministrativa, cfr. più recentemente S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 389 ss.; M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 683 ss.; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011; F. MERUSI, *Sulla decostruzione del diritto amministrativo*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 27 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2000, 97 ss.; A. SANDULLI, *La razionalizzazione normativa*, in G. VESPERINI, a cura di, *I governi del maggioritario. Obiettivi e risultati*, Roma, 1998, 31 ss. Per una verifica settoriale, cfr. T. BONETTI, *Iperτροφία normativa e azione amministrativa nel governo del territorio: alcune considerazioni*, in *Scienze regionali*, 2016, 130 ss.

³⁸ Cfr. almeno S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, 1135 ss.; G. DELLA CANEANA op. cit., 33 ss.; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario* (1991), in ID., *Scritti*, cit., 219 ss. Sull’impatto del diritto europeo sulla normazione amministrativa cfr. S. TORRICELLI, *L’europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in B. MARCHETTI, L. DE LUCIA, a cura di, *L’amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 247 ss.; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008.

³⁹ Con riferimento alla legalità amministrativa, una panoramica delle principali questioni può cogliersi in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Milano, 2008; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAIITA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell’azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 4 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004. Fra i contributi dedicati al tema, a partire da F. SATTA, op. cit., 32 ss., cfr. almeno S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordi-*

della conflittualità stessa, che comprende la preliminare identificazione del contenuto precettivo della singola norma applicabile⁴⁰.

Ne derivano la stessa difficoltà di qualificare gli apparati amministrativi come arbitri del conflitto sociale e la necessità di riconoscere come la stessa amministrazione divenga parte dei conflitti interni ai singoli ordinamenti. Il riferimento all'imparzialità amministrativa, nei termini dell'art. 97, comma 2, Cost., implica il dovere di organizzare gli apparati in modo da consentire la rappresentazione di tutti gli interessi rilevanti, ma non è sufficiente a trasformare l'amministrazione in un soggetto autenticamente 'terzo' rispetto agli interessi in conflitto⁴¹.

Benché si tratti di fenomeni che rispecchiano la crescente complessità delle relazioni giuridiche e dei rapporti fra ordinamenti, espressivi – secondo alcuni – di un'irreversibile entropia⁴², si reputa doveroso cogliere alcuni indici di riconoscimento della conflittualità amministrativa, così da poter focalizzare l'analisi del tema sugli strumenti che rendono attualmente possibile la loro composizione.

namento liberal-democratico, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 739 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, 201 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 11 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 87; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 91 ss.; ID., *Presentazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità*, cit., specie 29 ss.

⁴⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, 442 ss.

⁴¹ Per una sintesi del dibattito, cfr. U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 132 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 119 ss. Che l'amministrazione non sia mai terza rispetto agli interessi in conflitto, alla stregua di un giudice, è del resto confermato anche dalla recente giurisprudenza costituzionale: cfr. Cort. Cost., 31.1.2019, n. 13.

⁴² Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 207 ss.; M.S. GIANNINI, *Esperienza scientifica e diritto amministrativo* (1981), in ID., *Scritti*, VII, Milano, 2005, 799 ss. Sulle conseguenze della complessità, cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 363 ss.; ID., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva 'quantistica'*, Milano, 2013, 27 ss.

2. La concezione normativa della conflittualità amministrativa e le sue differenti manifestazioni

Ad uno sguardo più ravvicinato, è agevole cogliere come la semantica della ‘conflittualità’ abbia notevole capacità evocativa, ma scarsa utilità analitica e pratica, designando più l’effetto che l’oggetto di comportamenti e relazioni in cui si fronteggiano differenti necessità, pretese o aspirazioni⁴³.

Ciò spiega perché lo studio del conflitto attenga più alla sociologia che alla scienza giuridica, se per essa si intende l’analisi sistematica di strutture normative esistenti e delle connesse prassi applicative, colte nella loro dimensione prescrittiva⁴⁴.

Ai fini della prosecuzione dell’indagine, è dunque necessario sviluppare una nozione specifica di conflittualità amministrativa, in rapporto ad altre manifestazioni del fenomeno. Per quanto sia caratterizzata da un ineliminabile tasso di soggettività, la definizione del perimetro della ricerca rimane comunque essenziale al fine di orientare gli sviluppi dello studio che si vuole effettuare.

A questo proposito, sembra riduttivo definire la conflittualità in rapporto alle sole caratteristiche dei soggetti coinvolti o in riferimento al generico contesto istituzionale entro cui emergono i conflitti. Soggetti e contesto sono condizioni necessarie, ma non sufficienti, a delineare in termini compiuti il concetto.

Il fatto che l’amministrazione sia necessariamente parte del conflitto non è sufficiente a definire le peculiarità della vicenda. L’ampiezza del concetto di amministrazione in senso soggettivo rischia di vanificare ogni tentativo definitorio, posto tale nozione ricomprende una congerie

⁴³ Si tratta di conclusioni formulate nello stesso ambito sociologico, nei termini di A. PIZZORNO, *Come pensare il conflitto*, in ID., *Le radici della politica assoluta*, Milano, 1993, 185 ss., dove si osservava come una teoria generale del conflitto non possa essere disgiunta da una teoria generale dell’ordine.

⁴⁴ Cfr. E. PARESCHE *op. cit.*, 688 ss., e, nella letteratura più recente, A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 16 ss.; G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, II ed., Torino, 2012, 18 ss.

di enti pubblici e soggetti formalmente privati ma variamente preposti all'esercizio di attività e funzioni amministrative⁴⁵.

Il fatto che il conflitto emerga nell'ambito delle attività amministrative in cui si concretizza l'esercizio di molteplici funzioni pubbliche è a propria volta rilevante ai fini della individuazione del perimetro della conflittualità amministrativa, ma non è un dato di per sé esaustivo.

La stessa nozione di attività amministrativa non è altro che la sintesi verbale di fenomeni disomogenei, che vanno dall'esercizio di funzioni pubbliche all'attività per servizi o prestazioni materiali, passando per fenomeni di nuovo conio come la regolazione economica, per tacere di zone di confine come l'esercizio di attività formalmente giudiziali o legislative, benché materialmente amministrative⁴⁶.

Senza enfatizzare le ravvisate difficoltà definitorie, si aggiunga come l'attività amministrativa possa essere svolta mediante una pluralità di strumenti soggetti a regimi giuridici differenziati, come atti generali,

⁴⁵ Le questioni attinenti alla nozione 'soggettiva' della pubblica amministrazione ed alle difficoltà di inquadramento sistematico che essa comporta sono efficacemente sintetizzate da A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, a cura di, *Diritto amministrativo*, I, II ed. Bologna, 1998, 12 ss. Per ulteriori approfondimenti, entro quadri evolutivi di ordine generale, cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 2003, 171 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 915 ss.; V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 179 ss.

⁴⁶ Anche sul punto può essere utile rinviare ad A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 3 ss. Sulla latitudine ed ambiguità del concetto cfr. E. CASSETTA *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 521 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 96 ss.; ID., *L'attività*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 733 ss.; F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 84 ss.; P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa e i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017, 13 ss. Si tratta di esiti coerenti con gli studi che hanno sottolineato, accanto al pluralismo organizzativo, la pluralità dei modi di esercizio delle funzioni pubbliche: cfr. F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 134 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa* (1988), in ID., *La democrazia come problema*, Bologna, 1994, I,2, 301 ss.

provvedimenti e contratti, prestazioni materiali basate su *standards* e linee guida di variabile origine⁴⁷.

È quindi preferibile determinare il perimetro della conflittualità su una base normativa, valorizzando, a questo fine, le caratteristiche delle norme finalizzate a comporre il conflitto⁴⁸.

Si fa riferimento all'insieme delle norme di attribuzione del potere, di relazione, di azione e modali preordinate al superamento dei conflitti di interesse fra amministrazione e terzi (siano essi soggetti privati o altri soggetti pubblici)⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. A. AMORTH, *op. cit.*, 274 ss.; E. PRESUTTI, *istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904, 44 ss., S. ROMANO, *Corso*, cit., 13. Il problema della connessione fra attività autoritativa di diritto comune resta costante anche nel dibattito passato e recente: in passato, cfr. A. BONONI, *Contratto amministrativo*, in *Dig. It.*, III, Torino, 1898, 422 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), II ed., Padova, 1960, 530; E. PRESUTTI, *op. cit.*, 415 ss. Nella letteratura recente, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 17 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 1 ss.; C. MARZUOLI, *Pubblico, privato e statuto costituzionale dell'Amministrazione (alcune note)*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016, 471 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 57 ss.; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 137 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 661 ss.; F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 549 ss.

⁴⁸ Sul piano dell'analisi della fattispecie, cfr. G. FALCON, *Convenzioni e accordi*, cit., 1. Si evita di utilizzare, in questa sede, la dicotomia fra di diritto 'privato' e 'pubblico', sia a fronte del carattere relativo della distinzione e stessa storicità dei criteri utilizzati per delimitare i rispettivi ambiti della normativa di riferimento, sia in considerazione del fatto che anche fra gli estensori delle più raffinate tassonomie non si è mancato di rilevare come i rapporti fra amministrazioni e terzi siano tipica materia di 'confine'. Per una ricognizione generale, vanno tenute ferme le pagine di M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 394 ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 696 ss., oltre a M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico* (1994), in ID., *Scritti*, IX, Milano, 2006, 349 ss. e S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti fra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 389 ss.

⁴⁹ Per una scomposizione analitica delle norme che definiscono presupposti e limiti dell'attività dell'amministrazione, cfr. almeno E. CASSETTA, *op. cit.*, 11. ss.; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L'attività*, IV ed., Padova, 2016, 16 ss., entrambi sulla scia di E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 10 ss.; similmente, cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed. Milano, 1964, 19 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 133 ss. Nella letteratura più recente, cfr. F. VOLPE, *op. cit.*, 80 ss.

Il criterio prescinde, quindi, dalla tratatizia, e incerta, distinzione fra norme di diritto privato e pubblico, per valorizzare la comune finalità delle disposizioni invocabili nella soluzione del conflitto, ossia la loro attitudine a regolare determinate categorie di fattispecie e rapporti. Ne deriva che la conflittualità amministrativa può essere intesa come quella categoria di conflitti suscettibili di composizione attraverso norme giuridiche applicabili all'amministrazione, siano esse stabilite dal Codice civile o da discipline settoriali⁵⁰.

In tal senso, essa si distingue dalla generica conflittualità intersoggettiva, che può essere risolta mediante l'esclusiva applicazione di norme riferibili a qualsiasi rapporto patrimoniale, senza che assuma alcuna rilevanza la disciplina applicabile nei confronti delle amministrazioni, in rapporto alla loro peculiare posizione nell'ordinamento.

Esemplificando, la conflittualità amministrativa può dunque sussistere quando sorgano questioni inerenti all'applicazione del libro III del Codice civile, nella parte in cui esso regola il regime del demanio e dei beni patrimoniali dell'amministrazione, oltre che i limiti imposti alla proprietà privata nell'interesse pubblico, trattandosi di norme di relazione che fissano i limiti di godimento della proprietà pubblica e privata in conformità alle previsioni dell'art. 42 Cost.⁵¹.

Lo stesso avviene quando si faccia questione di occupazioni usurpative, per violazione delle norme di attribuzione, di relazione e di azione

⁵⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 394 ss.; S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 696 ss., ma anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed. Milano, 1993, 347 ss.

⁵¹ Che il regime della proprietà pubblica e privata ai sensi dell'art. 42 Cost. debba essere distinto in rapporto alle caratteristiche delle singole fattispecie ed alla disciplina impressa dal legislatore alle varie categorie di beni emerge in V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, nonché M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008. Circa l'impatto della pianificazione urbanistica sul regime della proprietà immobiliare cfr. per tutti A. PREDIERI, A.M. BARTOLI, *Piano regolatore* in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 641 ss. Resta indispensabile il rinvio, in chiave teorico-generale, a S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*.

volte a contemperare l'interesse alla realizzazione di opere pubbliche con la tutela della proprietà privata⁵².

Similmente accade quando vengano in rilievo questioni inerenti all'aggiudicazione o l'inadempimento di contratti pubblici, sulla base delle previsioni del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di norme di attribuzione, relazione ed azione che fissano i limiti dell'attività contrattuale delle amministrazioni⁵³.

Analogamente, la conflittualità amministrativa sussiste quando la controversia abbia ad oggetto l'esercizio delle prerogative degli azionisti pubblici rispetto alla nomina ed alla revoca degli amministratori di società partecipate o fondazioni, nei termini attualmente stabiliti dal d.lgs. n. 175/2016 e dalle varie leggi settoriali che contengono norme di attribuzione, relazione ed azione funzionali alla gestione dei vari enti⁵⁴.

Lo stesso può dirsi quando il conflitto riguardi l'arricchimento senza causa dell'amministrazione⁵⁵, o quando venga in rilievo la responsabili-

⁵² Cfr. F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, 393 ss., nonché R. CARANTA, *Espropriazione per pubblica utilità (procedimento)*, in *Enc. Dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 421 ss.; A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 854 ss.; U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, II ed., Torino, 1995, 313 ss.

⁵³ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ed. Torino, 2012, 371 ss. e 535 ss., anche con riferimento all'impatto del diritto europeo in materia. Per altri sviluppi, cfr. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, nonché – su un piano più generale – G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 239 ss.

⁵⁴ Sul modello organizzativo e le peculiarità della disciplina cfr. M. CAMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Ann.*, Milano, 2012, 1190 ss.; M. CAMELLI, M. DUGATO, a cura di, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, *passim*; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società a partecipazione pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997. Sul d.lgs. n. 175/2016 cfr. G.M. BUTA, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 496 ss.

⁵⁵ Sul tema, più esplorato in giurisprudenza che in dottrina, cfr. C. CICERO, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg., Torino, 2010, 31 ss.; S.A. ROMANO, *Gestione di affari altrui nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 164 ss. Nella letteratura più risalente, cfr. E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, *passim*.

tà extracontrattuale da comportamento o provvedimento, dove si intenda l'art. 2043 c.c. come norma di relazione preordinata a sanzionare il danno derivante dall'illecito esercizio delle prerogative della stessa p.a.⁵⁶.

In via residuale, rientrano nella definizione proposta tutte le controversie aventi ad oggetto l'esercizio o il mancato esercizio delle singole funzioni amministrative attribuite ai singoli apparati, o a soggetti privati, nei termini previsti dall'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990 e dalle singole norme di azione e modali applicabili alle varie fattispecie⁵⁷.

La prospettiva prescelta incide sulla stessa struttura del conflitto, selezionandone i tratti rilevanti. Preme sottolineare come tali caratteristiche possono essere individuate a prescindere dalla selezione delle posizioni giuridiche soggettive delle parti e del giudice potenzialmente competente a dirimere la controversia, venendo semmai in prioritario rilievo il modo attraverso cui l'ordinamento conforma la singola fattispecie⁵⁸.

⁵⁶ Si condivide la posizione di chi propone di ricostruire il fenomeno sulla base di categorie ordinanti che valorizzano la specificità del modello della responsabilità extracontrattuale della p.a.: G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo* (2009), in ID., *Scritti*, cit., 561 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1 ss. Per una rassegna delle differenti ipotesi ricostruttive cfr. pure F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007, 120 ss.

⁵⁷ Sull'esercizio privato di pubbliche funzioni cfr. R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 177 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di pubbliche potestà ai privati*, Torino, 2005, con rinvio alla letteratura tradizionale in materia, a partire da G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, a cura di, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1935, 338 ss.

⁵⁸ Cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., 21. Deve incidentalmente osservarsi come la tradizionale dicotomia fra norme di relazione e norme di azione, benché originariamente sorta in ambito giuspubblicistico, possa essere utilmente impiegata anche con riferimento all'attività di qualsiasi soggetto dell'ordinamento, ove si rettifichi l'originaria distinzione finalistica guicciardiana: se per l'A., infatti, le norme di relazione erano preordinate alla tutela del privato (delimitando il potere dell'amministrazione) e quelle di azione alla tutela dell'interesse pubblico (indirizzando l'esercizio della funzione amministrativa), in tale contesto deve negarsi che la distin-

Per quanto rischi anch'esso di dilatare fisiologicamente la categoria della conflittualità amministrativa, il criterio prescelto appare conforme alle indicazioni del legislatore, nei termini fissati dall'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990. Secondo il diritto positivo, il perimetro della conflittualità amministrativa comprende, pertanto, questioni che possono essere risolte tramite le norme applicabili all'attività autoritativa⁵⁹, come pure attraverso le norme riferibili alle restanti attività, quando dispongano diversamente dalla disciplina residuale che regola ogni rapporto intersoggettivo⁶⁰.

zione fra le due norme dipenda da ragioni finalistiche (specie considerando come entrambe le tipologie di norme possano essere previste a tutela dell'interesse del privato e dell'amministrazione: cfr. G. FALCON, *Norme di relazione*, cit., 8 ss.). Si ritiene, dunque, che esse individuino due possibili momenti della medesima fattispecie, il primo attinente alla delimitazione delle sfere di attribuzione o delle posizioni giuridiche soggettive delle parti, il secondo all'individuazione dei modi attraverso cui l'ordinamento condiziona il loro esercizio: fenomeno che, sotto il profilo strutturale, non è proprio della sola normazione amministrativa. Per una serie di indicazioni cfr. SAL. ROMANO, *op. cit.*, 492 ss. e 533 ss.; ID., *Autonomia privata* (1956), sempre in ID., *Scritti*, cit., 601 ss. e 650 ss.

⁵⁹ Per una revisione della nozione di autoritatività, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 665 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?*, in *Dir. Amm.*, 2011, 759 ss., nonché B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 1 ss.

⁶⁰ Sulla distinzione fra attività riconducibili all'esercizio di funzioni autoritative ed attività riconducibili alla disciplina di diritto comune, ribadita dall'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 353 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in AA.VV. *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, 553 ss.; ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modalità negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 217 ss.; ID., *Il negozio come strumento dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Autorità e consenso*, cit., 77 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 301 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 405 ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato dell'amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 649 ss.; F.G. COCCA, *La teoria*, cit., 29 ss.; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 73 ss. Per una ricognizione del dibattito inerente alla disciplina dell'art. 1, comma 1, *bis*, della l. n. 241/1990 cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto*

Delineati i profili giuridici della vicenda, deve ulteriormente precisarsi come la rilevanza dei conflitti finisca per variare in rapporto alle modalità ed agli strumenti predisposti dallo stesso ordinamento per la loro composizione⁶¹.

Si può innanzitutto isolare l'ipotesi in cui il conflitto venga risolto attraverso una concorde applicazione delle norme invocate, il che postula il riconoscimento di un pregresso errore di valutazione da almeno una delle parti. Così può avvenire nel caso di una sanzione disposta a seguito di un condiviso accertamento delle effettive caratteristiche dimensionali di un abuso edilizio; della rideterminazione del compenso spettante ad un appaltatore a seguito della verifica delle riserve apposte in sede di esecuzione del contratto; dell'accordo attraverso cui si ridefiniscono gli oneri connessi alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria collegate all'esecuzione di un piano attuativo⁶².

Il conflitto può essere superato pure attraverso la definizione di un assetto di interessi percepito dalle parti come aderente a canoni di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, che esprimono il raggiungimento di un equilibrio fra le differenti posizioni emerse in occasione di proce-

privato, cit., 17 ss.; ID., *Amministrazione pubblica*, cit., 1 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in www.giustamm.it, 2006, 1 ss.; M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 163 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 69 ss.; L. IANNOTTA, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2006, 353 ss.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 17 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *op. cit.*, 17 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 481 ss.; N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, 78 ss.

⁶¹ Cfr. C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 327 ss.

⁶² Si tratta di ipotesi in cui il conflitto può essere superato mediante negozi di accertamento o atti di ricognizione del debito. Cfr. L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, 44 ss., e, recentemente, M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

dimenti discrezionali attuativi delle varie politiche pubbliche⁶³. Ciò accade quando la decisione sia conforme agli apporti partecipativi di privati, o si traduca in accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento unilaterale, che esprimono una co-determinazione dell'assetto di interessi ad opera dei partecipanti⁶⁴.

Nei casi anzidetti, la conflittualità risulta assorbita nell'assetto di interessi cui giungono amministrazione e terzi, e lo stesso conflitto viene superato mediante la produzione degli effetti giuridici propri di ciascuno strumento utilizzato per porvi fine⁶⁵, per quanto ciò non escluda potenziali reazioni di terzi pregiudicati dall'accordo così raggiunto⁶⁶.

⁶³ L'assunto per cui la decisione discrezionale è idonea ad esprimere un equilibrio fra differenti interessi può ricondursi ad una concezione dell'agire amministrativo come potere di scelta in un contesto problematico, nei termini descritti da H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo* (1947), II ed., trad. it. Bologna, 1967, 43 ss. Per ulteriori sviluppi, cfr. J.G. MARCH, *Decisioni e organizzazioni* (1988), trad. it. Bologna, 1993, specie 253 ss. Nella letteratura giuridica, cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa* (1986), trad. it. Milano, 1998, 125 ss. e 138 ss. Tentativi di rivisitare il problema della concezione gianniniana della discrezionalità come ponderazione di interessi destinata a garantire l'efficiente allocazione degli interessi nell'ambito del procedimento si devono alla dottrina che, negli ultimi decenni, si è occupata dei profili giuridici dei procedimenti decisionali: cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 67 ss. e 331 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 81 ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 287 ss.

⁶⁴ Cfr., pur da differenti impostazioni, F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello* (1978), in ID., *Scritti*, IV, cit., 3474 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1980, 437 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento* (1993), in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 348 ss. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo*, cit., 1446 ss.

⁶⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed. Roma, 1951, 116, nonché R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, 247.

⁶⁶ Nella letteratura recente, cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 95 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 25 ss.

Diversamente avviene in altri frangenti, dove, invece, il conflitto si radicalizza fino ad assumere il rilievo di un fatto giuridico suscettibile di autonoma analisi.

3. *La lite come manifestazione qualificata della conflittualità amministrativa*

Sovente il conflitto può radicarsi fino ad assumere i caratteri della lite, ossia una contesa che si radicalizza al punto di necessitare dell'intervento di un terzo per stabilire quale fra le parti abbia 'ragione' o 'torto'⁶⁷. All'ampia diffusione gergale del termine non corrisponde, però, un'adeguata nozione giuridica del concetto. Non sono parimenti sviluppate le implicazioni che esso può assumere al fine di individuare gli strumenti idonei alla composizione della lite.

L'esistenza di un conflitto qualificato come la lite è data semplicemente per assunta dal legislatore in numerose disposizioni di diritto sostanziale – prima fra tutte, ma non unica, la disciplina della transazione, ai sensi dell'art. 1965 c.c.⁶⁸ – mentre è meno frequente in ambito processuale⁶⁹.

Il legislatore evita tuttavia definizioni, situando la lite sull'incerta linea di confine fra diritto sostanziale e processuale, senza diffondersi in

⁶⁷ Sulla lite come conflitto qualificato cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 5; E. VALSECCHI, *La transazione*, II ed. Milano, 1986, 174.

⁶⁸ Fanno espresso riferimento alla 'lite' gli artt. 350, n. 3, c.c.; 764 c.c.; 1132 c.c.; 1483 c.c.; 1586 c.c.; 2377 c.c.; 2957 c.c., talora utilizzandolo come sinonimo di causa pendente, talaltra in accezione autonoma. Piuttosto frequente l'utilizzo del termine nella normazione amministrativa: fra i vari esempi, meritano una particolare menzione l'art. 3, comma 1, n. 4), della l. n. 154/1981, in materia di elezioni negli enti locali, dove si stabilisce l'incompatibilità con la carica di consigliere regionale, provinciale, comunale del soggetto che abbia «lite pendente, in quanto parte in un procedimento civile od amministrativo, rispettivamente, con la regione, la provincia o il comune» (ma v. già art. 22 della l. 23 ottobre 1859 n. 3702, dove la «lite vertente» era causa di inleggibilità).

⁶⁹ Cfr. artt. 3, 183 bis, 410, 412, 420, 643, 696 bis, c.p.c. Il termine è del tutto assente nella disciplina del d.lgs. n. 104/2010.

collegamenti con concetti affini, come quelli di *res dubia*, *res litigiosa*, causa, processo e simili⁷⁰.

La carenza definitoria non esprime solamente una tendenza connaturata alla legislazione italiana, ma rappresenta la non casuale ricaduta di lontane dispute teoriche. Proprio a partire dalla rilevanza giuridica del concetto di lite, la dottrina processualcivilistica degli anni Trenta si era interrogata sulla struttura generale del processo e sulla sua funzione⁷¹.

La questione, originata dallo studio del contratto di transazione⁷², venne inizialmente posta da Carnelutti, che poneva nella lite il baricentro della propria sistematica processuale, valorizzandone la portata soprattutto in una prospettiva di politica del diritto, legata al suo coevo progetto di riforma del codice di procedura civile⁷³.

Nel pensiero dello Studioso, essa era intesa come un conflitto fra due applicazioni concorrenti della medesima norma (sostanziale o

⁷⁰ Cfr. C. VITERBO, *La res dubia e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, 220 ss. Altri riferimenti in A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 13 ss.; L. PUCCINI, *op. cit.*, 172 ss.; E. VALSECCHI, *op. cit.*, 199 ss.

⁷¹ Ne riferiva già E. VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1944, 196 ss.; ID., *La transazione*, cit., 199 ss. Nella dottrina recente, una sintesi del dibattito è offerta anche da M. FORNACIARI, *op. cit.*, 42 in nota e 131 ss.

⁷² Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1914, 573 ss.

⁷³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, I, cit., 130 ss.; ID., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928, 23 ss., dove la lite era definita come situazione che si verifica quando «taluno pretende la tutela di un suo interesse in contrasto con l'interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell'interesse o mediante la contestazione della pretesa». Fra i corollari di questa concezione figurava l'idea per cui lo scopo del processo era rappresentato dalla composizione della lite, da cui derivava che, in difetto di lite, il processo dovesse ritenersi 'improprio', ossia espressivo di una funzione sostanzialmente amministrativa (giurisdizione volontaria). A Carnelutti si deve anche il tentativo di codificare il concetto di lite nel progetto di riforma del di c.p.c. del 1926 (artt. 86-103): secondo l'art. 87 del progetto, «due persone sono *in lite* quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente il suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa, o, pur non contrastandola, non vi soddisfa» (corsivo aggiunto). Su tali vicende cfr. F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Il giusto processo civ.*, 2010, 319 ss.; ID., *Storie di processualisti e di oligarchi: la procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 279 ss. e 321 ss.; G. TARELLO, *Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1974, 512 ss.

strumentale) e, quindi, fra due modi di condotta formalizzati in una pretesa ed in una contestazione⁷⁴. Ciò consentiva di distinguere la lite dal rapporto meramente ‘incerto’, posto che la prima poteva prescindere dalla situazione di incertezza delle parti, e che il secondo poteva sussistere anche in difetto di una lite⁷⁵.

Se il distinguo fra situazione incerta e litigiosa risultava lineare, non altrettanto poteva dirsi per quello fra conflitto e lite. In tale direzione si mossero le critiche di Calamandrei, che, proprio sottolineando l’assenza di un’autonomia concettuale della lite, ne desunse l’inutilità teorica e – soprattutto – pratica, anche ai fini della possibile riforma del codice di rito⁷⁶.

Si trattava, ad ogni modo, di una critica ingenerosa, mossa da specifiche contingenze e dalla necessità di difendere la concezione chiovendiana del processo come strumento di attuazione dell’ordinamento⁷⁷. La difficoltà definitoria poteva infatti giustificare la ricerca di una differen-

⁷⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., 130 s. ID., *Lite e funzione processuale*, cit., 23 ss. In senso adesivo, pur con alcune riserve, cfr. S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in M. D’AMELIO, E. FINZI, diretto da, *Commentario del codice civile. Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, 460; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 9. Per una rivisitazione dei problemi sottesi al concetto di ‘pretesa’ cfr. V. TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Torino, 2003, 85 ss.

⁷⁵ Cfr. pure E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 199; VITERBO, *op. cit.*, 226 ss.

⁷⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928, 17 e 92 ss., il quale contestava anche la complicazione derivante dalla necessità di individuare nella ‘questione’ il connettivo fra lite e processo, nei termini prospettati dal medesimo Carnelutti, contro il quale si argomentava la sufficienza del concetto di ‘domanda’, e dei relativi elementi costitutivi delineati dalla concezione chiovendiana (specie con riguardo alla *causa petendi* ed al *petitum*). Ulteriori critiche alla tesi di Carnelutti, tacciata di essere contraddittoria nei suoi svolgimenti temporali, si devono a E. VALSECCHI, *Transazione e negozio*, cit., 198, in nota; ID., *La transazione*, cit., 201.

⁷⁷ L’obiettivo della polemica è esplicitato in P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 98. Sulla vicenda cfr. F. CIPRIANI, *Storie*, cit., 321 ss.; G. TARELLO, *Francesco Carnelutti*, cit., 516 ss. Affermare che il processo era funzionale alla soluzione della lite – nei termini di Carnelutti – implicava, infatti, il ridimensionamento delle prerogative del giudice in ordine alla definizione dell’oggetto del giudizio ed all’utilizzo di poteri dispositivi preordinati alla soluzione della controversia; viceversa, la prospettiva ‘pubblicistica’ di Chiovena (e Calamandrei), comportava il riconoscimento di una maggiore centralità del giudice nella gestione della controversia.

te linea di demarcazione fra i due fenomeni, senza dover forzosamente giungere alla radicale esclusione della loro reciproca autonomia, negando aprioristicamente la stessa rilevanza giuridica del concetto di lite e della disciplina positiva che ad essa rinviava.

La persistente necessità di dare un'autonoma collocazione alla lite è testimoniata da un successivo contributo di Betti, che, al pari di Carnelutti, tentava di valorizzare il concetto nell'ambito di una teoria generale del diritto preordinata ad armonizzare dimensione sostanziale e processuale del sistema giuridico⁷⁸. Anche per Betti, dunque, la lite assumeva una piena centralità sistematica, designando un conflitto sostanziale fra «due apprezzamenti unilaterali circa la sussistenza, o il modo di essere, di un rapporto o stato giuridico» ossia fra «due opposte aspirazioni ad avere ragione»⁷⁹.

Se questo argomento permetteva di distinguere la lite dalla controversia successivamente dedotta in giudizio attraverso la domanda, non bastava tuttavia ad individuare una netta linea di confine rispetto al conflitto giuridico, che, al pari della lite, aveva rilevanza sostanziale ed esprimeva l'inconciliabilità delle ragioni vantate dalle parti⁸⁰.

Le stesse perplessità caratterizzavano anche una serie di studi successivi, di ispirazione tardo pandettistica⁸¹, dove il concetto di lite veni-

⁷⁸ Sul metodo di Betti cfr. G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, Milano, 1978, 165 ss.; G. LURASCHI, a cura di, *Questioni di metodo: diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996.

⁷⁹ Cfr. E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, 208 ss., secondo il quale il baricentro del sistema andava semmai individuato nel concetto di 'ragione', intesa come volontà di vedere applicata una certa interpretazione della legge al caso concreto. Lo stesso Betti riteneva, in ogni caso, che la propria posizione non fosse lontana da quella di Carnelutti, distinguendosi da essa solo per il fatto di non considerare la lite come un rapporto (oggetto di giudizio), in considerazione dell'inconfutabile rilievo, *ivi*, 209, per cui «il rapporto litigioso è soltanto l'oggetto ipotetico della lite, perché un rapporto giuridico fra le parti, il quale viene affermato dall'attore, potrebbe in realtà anche non sussistere». Con alcuni adattamenti, la tesi fu profilata anche da N. JAEGER, *Processo, lite, controversia penale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 423 ss.

⁸⁰ Cfr. lo stesso E. BETTI, *Ragione*, cit., 210 s.

⁸¹ L'equiparazione fra lite e situazione incerta si deve principalmente alla dottrina tedesca ed all'influenza di Windscheid, che individuava nella ricognizione, nella tran-

va talvolta riassorbito in quello di *res dubia* o situazione incerta⁸², talaltra in quello di incertezza determinata da un manifesto disaccordo fra due o più parti, senza tuttavia giungere a risultati appaganti⁸³.

L'autonoma rilevanza della lite veniva ad ogni modo ribadita da chi si poneva sulla scia di Carnelutti e Betti, per quanto si ricadesse nella sovrapposizione fra lite e conflitto. Si definiva infatti la lite ora come il conflitto di apprezzamenti fra soggetti che si affermavano titolari di situazioni di vantaggio nei confronti della controparte⁸⁴, ora come posizione di reciproco contrasto che due soggetti assumevano rispetto ad un diritto⁸⁵.

Altri infruttuosi tentativi di reimpostare il problema su differenti premesse si ebbero ad opera degli studiosi impegnati nella definizione della lite quale presupposto del contratto di transazione.

Benché si trattasse di contributi tesi a valorizzare la dimensione sostanziale del concetto, il risultato fu paradossalmente quello di ricondurre il concetto di lite a quello di controversia⁸⁶ o di processo⁸⁷. Essa

sazione, nel compromesso e nel giuramento decisorio l'insieme dei negozi con funzione di accertamento: cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (1882), II, trad. it. Torino, 1930, 604 ss. Sul punto cfr. anche L. PUCCINI, *op. cit.*, 29 ss.

⁸² Cfr. E. VALSECCHI, *Transazione e negozio*, cit., 200; ID. *La transazione*, cit., 202, secondo il quale l'incertezza costituiva una caratteristica ineliminabile della lite futura, nei termini positivamente riconosciuti dall'art. 1965 c.c., non potendosi escludere un intrinseco legame fra situazione litigiosa e situazione incerta.

⁸³ Cfr. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 51; F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 371 ss. Entrambe le tesi hanno il pregio di evidenziare come il rapporto fra lite ed incertezza sia giuridicamente da intendersi nei termini di un rapporto fra antecedente (lite) e conseguente (incertezza). Sul punto cfr. anche subito *infra*.

⁸⁴ Cfr. N. IRTI, *Norma giuridica e processo civile*, in R. ORECCHIA, a cura di, *La norma giuridica. Diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1960, 156 s.

⁸⁵ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XIX ed., Milano, 2007, 13 s.

⁸⁶ Cfr. P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, a cura di, *Commentario del Codice Civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1974, 224 ss.

⁸⁷ Cfr. R.A. CAPOTOSTI, *La res litigiosa come presupposto del contratto di transazione*, in *Foro It.*, 1958, IV, 4 ss.; per alcuni spunti cfr. F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 405, sulla base di un'interpretazione dell'art. 1965 c.c. condotta alla luce delle fonti

perdeva, quindi, ogni autonoma rilevanza, e finiva per risolversi nella *res* litigiosa intesa quale oggetto del processo, in posizioni che collimavano con l'originaria tesi carneluttiana.

Oltre che di scarsa utilità, la sovrapposizione risultava contraddittoria, in considerazione del fatto che lite e processo non potevano – e non possono – intendersi come sinonimi o equivalenti funzionali. Il rilievo, opposto da Calamandrei a Carnelutti, circa l'esistenza di liti che non sfociano necessariamente in un processo, come pure di processi che non presuppongono alcuna lite, risulta tranciante ed attuale⁸⁸.

Si aggiunga come le titubanze della dottrina non abbiano trovato conforto nella prassi giurisprudenziale, che, nel corso dei decenni, ha continuato ad utilizzare degli ipotetici equipollenti semantici di lite, come quelli di *res dubia*⁸⁹ o litigiosa⁹⁰, specie al fine di identificare i presupposti della transazione. Entrambe sono definite come «discordanti valutazioni in ordine a certe situazioni reali o giuridiche e ai rispettivi

dottrinali francesi del XIX sec. – specie Domat – secondo le quali la transazione sarebbe stata finalizzata a porre fine al *procès*.

⁸⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 9 ss., in rapporto al processo civile di esecuzione. Una critica di ordine teorico-generale alla tesi di Carnelutti si deve pure a chi rileva come lo stesso processo penale rappresenti un ulteriore esempio di processo senza lite: cfr. G. GUARNERI, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1112 ss.

⁸⁹ Sulla *res dubia* come presupposto della transazione, cfr. A. BUTERA, *Transazione*, in *Dig. It.*, XVIII, Torino, 1925, 1673 ss.; E. GROPPALLO, *La natura giuridica della transazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1931, 326 ss., nei confronti dei quali avevano espresso serie critiche F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1940, 3 ss.; F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 362; L. PUCCINI, *op. cit.*, 172 ss.; C. VITERBO, *op. cit.*, 220 ss. La tesi è superata dall'orientamento che afferma la natura costitutiva e dispositiva della transazione, in cui la soluzione della controversia non implica un accertamento della situazione dubbia, ma il suo componimento mediante reciproche concessioni. Ne riferisce A. PALAZZO, *La transazione*, in P. RESCIGNO, diretto da, *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, XIII, Torino, 1985, 301 ss.; ID., *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIX, Torino, 1999, 388 ss. Sul punto cfr. pure F. ARANGIO, *Transazione (postilla agg.)*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 2005, 1; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 17; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *Transazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 2; A. PALMIERI, *op. cit.*, 36 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 15 ss.; R.A. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 8.

⁹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 11.11.2015, n. 23087; Cass. civ., sez. III, 3.4.2003, n. 5139; Cass. civ., sez. II, 21.10.1996, n. 8620.

diritti ed obblighi delle parti», ma, con ciò, non sembra andarsi mai oltre una nozione generica di conflitto⁹¹.

Per quanto più attiene all'oggetto di questo studio, i limiti del dibattito di ordine teorico-generale avviato da Carnelutti e Calamandrei ebbero una significativa incidenza sugli studi inerenti alle caratteristiche della lite amministrativa, condizionandone gli autonomi sviluppi.

L'unico Autore ad affrontare espressamente il problema fu Guicciardi, che, nel suo studio dedicato alle transazioni degli enti pubblici, aderiva pedissequamente alla tesi di Carnelutti, senza però trarre da essa le implicazioni di ordine processuale che ne avevano giustificato l'elaborazione e frenato il successo⁹². Le conclusioni di questa dottrina non sono mai state rivisitate nei decenni successivi, anche nell'ambito dei più recenti studi in materia di accordi transattivi, che accettano implicitamente le discusse premesse della scuola patavina⁹³.

⁹¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav, 16.2.2004, n. 2932; Cass. civ., sez. I, 1.9.1995, n. 9229; Cass. civ., sez. III, 22.9.1986, n. 5702. Con riferimento a questa giurisprudenza, cfr. F. ARANGIO, *op. cit.*, 1, M. FORNACIARI, *op. cit.*, 135 s.

⁹² Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 16, con riferimento allo stesso F. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, cit., 345. Va precisato come il concetto di lite venisse sostituito con quello più generico di 'controversia' in E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 296 ss.

⁹³ Cfr. G. MIELE, *op. cit.*, 511 ss., e, in ordine cronologico, P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 868 ss.; C. FERRARI, *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; L. FORMENTIN, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIX, Torino, 1999, 315 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. Amm.*, 2005, 223 ss.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO, a cura di, *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 97; M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, a cura di, *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010, specie 203 ss.; in G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso nei rapporti tra privati e amministrazione*, in D. CORLETTO, a cura di, *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012, 10 ss.; B. RAGANELLI, *I volti della giustizia: brevi riflessioni in tema di alternative alla tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Amm. in cammino*, 2012, 18 ss. Per alcuni profili processuali, cfr. invece G. D'ANGELO, *Accordi transattivi e giurisdizione esclusiva amministrativa*, in *Urb. e App.*, 2011, 663 ss.; G. MISSERINI, *Accordo sostitutivo del provvedimento, transazione e giurisdizione esclusiva del g.a.*, in *Urb. e App.*, 2009, 1185 ss.

Le incertezze attorno alla definizione del concetto di lite non sono dissipate neppure facendo riferimento alle soluzioni praticate in ordinamenti stranieri, dove problemi analoghi si sono posti con riferimento alla *litigation* francese, al *pleito* spagnolo, o alla *litigation* inglese⁹⁴.

Non sembrano chiarificatori gli esiti del dibattito nell'ordinamento tedesco, dove la distinzione pandettistica fra *res litigiosa* e *res dubia* è riemersa, anche nella normazione positiva, nel riferimento ai concetti di *Streit* e *Ungewissheit*, ciascuno dei quali appare suscettibile di differenti interpretazioni⁹⁵.

Senza attardarsi in questioni terminologiche complicate dai problemi di ordine comparatistico sollevati da questi rapidi rinvii, pare sufficiente far leva su quanto emerso per evidenziare come la necessità di distinguere la lite dal conflitto non sia confinata nell'ordinamento italiano, ma esprima un'esigenza generale, derivante dal fatto che la normativa sostanziale conferisce alla situazione litigiosa una propria autonomia logico-giuridica.

Seguono questa chiave di lettura anche i più recenti studi civilistici dedicati al contratto di transazione, caratterizzati dalla rivisitazione delle tesi di Carnelutti e Betti nel definire la lite come un conflitto giuridico formalizzato dalle parti attraverso un contrasto fra pretesa e contestazione⁹⁶.

⁹⁴ In Francia e Spagna le questioni sono state affrontate richiamando lo stesso dibattito italiano: cfr. fra gli altri L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Parigi, 1947, 40 ss.; L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, rist. III ed., Barcellona, 2008, 7 s. La *litigation* (o *lawsuit*) designa, in termini empirici, un generico conflitto giuridico, la cui soluzione dipende in larga misura dall'intervento di un terzo: cfr., anche per gli ampi riferimenti, A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harv. Law. Rev.*, 1976, 1281 ss.; L.L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Hav. Law. Rev.*, 1978, 359 ss. Si avrà comunque modo di tornare ampiamente sul tema *infra*, cap. IV.

⁹⁵ Cfr. W. VON RINTELEN, *Der verwaltungsrechtliche Vergleichsvertrag*, Berlin, 2002, 55 ss., con riferimento alla disciplina del § 779 BGB e del § 55 VwVfG, specie 84 s., dove per *Streit* si individua un documentato disaccordo (*Uneinigkeit*) fra le parti circa la sussistenza, il contenuto o gli effetti di un rapporto giuridico (*Rechtsverhältniss*). Anche sul punto si rinvia *infra*, cap. IV.

⁹⁶ Cfr. F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 367; E. DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 818; M. FRANZONI, *op. cit.*, 16 s.; G. GITTI,

Pare nondimeno evidente come non basti porre l'accento sulla mera contrapposizione formale fra pretesa e contestazione per cogliere i tratti differenziali della lite rispetto ad un generico conflitto di interessi. Per ovviare a ciò, occorre semmai focalizzare l'attenzione sul rapporto di esclusione reciproca che caratterizza le pretese e la stessa interpretazione delle norme che si ritengono applicabili a favore della singola parte⁹⁷.

Questo elemento non si ravvisa nei comuni conflitti. In presenza di una lite, invece, le parti qualificano i propri interessi al rispetto di una determinata interpretazione della norma come 'primari', e nessuna accetta che la soluzione della controversia avvenga mediante la degradazione del proprio interesse a 'secondario' e sacrificabile⁹⁸. Tale esito sarebbe in contrasto con la qualificazione del dato controverso, formulata da ciascun contendente nel momento in cui la lite è sorta⁹⁹.

Si ritiene, dunque, che la lite possa essere intesa alla stregua di un conflitto giuridico avente ad oggetto un'utilità che ciascuna parte reputa integralmente spettante ad essa sulla base delle norme che, nelle rico-

L'oggetto della transazione, Milano, 1999, 209 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 103 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 174 e 211 ss.

⁹⁷ Cfr. E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 211 ss., dove la pretesa è individuata nella «esigenza della subordinazione dell'interesse altrui al proprio», per quanto occorra aggiungere come la subordinazione debba fondarsi su ragioni giuridiche reciprocamente escludenti. Di conflitto fra apprezzamenti 'unilaterali' aveva già trattato E. BETTI, *Ragione e azione*, cit., 208 e 211, senza sviluppare ulteriormente il concetto, che pareva riferito alla contrapposizione formale delle parti in lite: così da individuare nella unilateralità la caratteristica della pretesa (o della domanda), in quanto atto di parte. Ancor meno nitida la posizione di F. CARNELUTTI, *Lezioni*, I, cit., 131, dove si faceva riferimento alla lite come effetto di una «applicazione diversa della norma giuridica».

⁹⁸ Si tratterebbe, in chiave economica, di un gioco a somma zero (*winner takes all*), dove non si ammettono soluzioni di compromesso: cfr. A. CHAYES, *op. cit.*, 1282.

⁹⁹ Cfr. già L. PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa* (1932), in ID., *Studi di sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, 1968, 10. Contributi particolarmente significativi si devono alla sociologia del diritto: cfr. V. AUBERT, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, in *Journal of Conf. Res.* 1963, 28 ss., dove, sulla base della distinzione fra conflitti di interessi e di valori, si giungeva a sottolineare come i primi potessero essere risolti attraverso soluzioni di compromesso, mentre i secondi determinavano una stasi dovuta al rapporto di reciproca esclusione fra valori in gioco.

struzioni unilaterali proposte, trovano favorevole applicazione alla situazione controversa¹⁰⁰.

Ogni vicenda alla base di un conflitto giuridico può quindi determinare una lite, qualora le posizioni delle parti in ordine all'invocata individuazione di una norma ad essi favorevole risultino in concreto inconciliabili, per ragioni dipendenti dal modo attraverso cui esse pretendono di applicarla al caso concreto¹⁰¹.

Per cogliere le ricadute di quanto si è appena osservato possono venire utili alcune esemplificazioni tratte dalla conflittualità amministrativa, benché il medesimo modello possa essere esteso ad ogni tipo di situazione controversa.

Ad esempio, nell'esecuzione di un appalto, la lite potrà sorgere nel momento in cui vi siano interpretazioni incompatibili circa il fatto che ha giustificato l'apposizione di una riserva¹⁰². Nell'ambito di un procedimento di sanatoria edilizia, la lite potrà avere ad oggetto la consistenza delle singole opere, oltre che la loro qualificazione ai sensi della disciplina di riferimento¹⁰³. In un procedimento di riesame, la lite sorgerà nel momento in cui le parti offrano interpretazioni inconciliabili circa la

¹⁰⁰ In questo consiste il carattere propriamente 'giuridico' del conflitto secondo F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 6. Incidentalmente, questa nozione spiega pure perché la lite non riguardi l'applicazione di norme penali incriminatrici: queste ultime non hanno ad oggetto immediato l'allocatione di beni o la definizione di conflitti di interesse in rapporto a regole di attribuzione e competenza, ma sanzionano condotte antigiuridiche.

¹⁰¹ In tal senso V. AUBERT, *op. cit.*, 29, il quale efficacemente evidenziava, sotto un profilo sociologico, come il passaggio da un generico conflitto a quella che in questa sede si è definita come 'lite' dipendesse, in ultima analisi, dalla condotta delle singole parti e dalla loro attitudine a spostare l'oggetto stesso del conflitto da questioni economiche a questioni di valore connesse a percezioni ed apprezzamenti personali ed unilaterali di ciò che si riteneva 'giusto' o 'dovuto'.

¹⁰² Cfr. Cass. civ., sez. I, 14.2.2017, n. 3841; Cass. civ., sez. I, 9.11.2016, n. 22846; Cass. civ., sez. I, 9.2.2016, n. 2537; Cass. civ., sez. I, 10.9.2014, n. 19025; Cass. civ., sez. I, 14.2.2014, n. 3548; Cass. civ., sez. I, 6.12.2013, n. 27384; Cass. civ., sez. I, 9.10.2012, n. 17197.

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11.9.2017, n. 4269; Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2017, n. 3606; Tar Campania, Napoli, sez. III, 8.9.2017, n. 4312; Cons. Stato, sez. VI, 7.8.2017, n. 3929; Cons. Stato, sez. VI, 28.7.2017, n. 3795.

rilevanza dell'affidamento del destinatario dell'atto favorevole in ordine alla conservazione degli effetti da esso scaturenti¹⁰⁴.

Se la distinzione fra conflitto e lite si limitasse ad un profilo contestutistico si rischierebbe, tuttavia, di privarla del necessario rigore, essendo evidente come la distinzione fra i due fenomeni discenderebbe da valutazioni soggettive delle parti. Esse risulterebbero prive di rilevanza giuridica, nella parte in cui finirebbero per attenersi ai 'motivi' che legittimano il dissidio, ossia alla sfera intellettuale e volitiva del soggetto.

L'esigenza di dare una forma alla lite, per attribuire ad essa una autonoma rilevanza giuridica, implica, dunque, che lo stesso concetto di pretesa – sfuggente pure in sede teorico-generale – debba trovare una ulteriore specificazione¹⁰⁵.

A tale proposito, si può ritenere che la lite sorga nel momento in cui una parte manifesti espressamente il suo intento di non accettare soluzioni che non corrispondano alla propria valutazione normativa della fattispecie controversa: in questa manifestazione unilaterale di un volere può individuarsi la stessa pretesa, rispetto alla quale si staglia, di regola, la pretesa opposta della controparte¹⁰⁶.

Le pretese devono essere quindi precisate in qualunque atto stragiudiziale idoneo a manifestare tale volontà, come pure negli atti di iniziativa processuale, nella parte in cui esse esprimono il *petitum* sostanziale

¹⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25.1.2017, n. 293; Cons. Stato, sez. III, 17.11.2015, n. 5259; Cons. Stato, sez. IV, 20.2.2014, n. 781; Tar Lazio, Latina, sez. I, 21.3.2016, n. 173; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 18.2.2016, n. 351; Tar Veneto, sez. II, 5.3.2014, n. 284; Tar Campania, Salerno, sez. I, 4.12.2012, n. 2190.

¹⁰⁵ Secondo F. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, cit., 299, per pretesa si dovevano intendere «l'opinione del diritto» (profilo cognitivo) e l'affermazione di un diritto» (profilo volitivo) che, in pendenza di processo, diveniva «materia della domanda». Fenomeno, questo, ben distinto dalla *Anspruch* di matrice pandettistica, contestata pure da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 16, in nota. Per una sintesi critica del problema, cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (1955), in ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 51 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 44 ss.; A. GENTILI, *Pretesa*, in ID., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 261 ss.

¹⁰⁶ Per le premesse di ordine teorico-generale alla base di questa concezione cfr. A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 470 ss.

della domanda¹⁰⁷. Nel caso dell'amministrazione, la pretesa deve essere contenuta in un provvedimento o in un atto scritto, nel quale si esprima l'univoca posizione della p.a. in ordine alla modalità di interpretazione ed applicazione della norma alla base della richiesta; eventualmente, la negazione della pretesa potrebbe essere rappresentata da un semplice comportamento giuridicamente significativo, come il silenzio serbato a seguito di una diffida o di un'intimazione¹⁰⁸.

Pretesa e contropretesa sono, dunque, elementi indispensabili per l'individuazione dei tratti strutturali della lite e per la fissazione dello

¹⁰⁷ Cfr., coerentemente, F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., 299. Ciò permette di chiarire anche la distinzione fra lite già sorta o che può sorgere fra le parti, ossia fra lite attuale e potenziale, cui fa rinvio l'art. 1965 c.c. La questione, vivacemente dibattuta nella dottrina privatistica, può essere qui risolta osservando come la lite già sorta sia quella che vede la formale e documentata contrapposizione fra pretesa e contestazione, essendo indifferente che ciò avvenga in un momento anteriore o posteriore alla proposizione della domanda giudiziale (nei normali giudizi di cognizione, sia innanzi al g.o. che al g.a.). La lite che può sorgere – ossia potenziale – è invece quella in cui la pretesa non è seguita da una specifica contestazione, ma da altro contegno o inerzia comunque indicativi della mancata adesione al quadro prospettato dall'altra parte: si pensi all'omessa adozione di comportamenti richiesti mediante una lettera di intimazione. Su una posizione analoga cfr. P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 225 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 16 s.; diversamente, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 9, secondo il quale la lite già sorta è da intendersi come la *res in iudicium deducta*, per quanto si incorra nel rischio di scindere arbitrariamente il fenomeno in un momento sostanziale (lite potenziale) o processuale (lite attuale)

¹⁰⁸ Ciò, in coerenza con il formalismo che caratterizza la manifestazione di ogni decisione amministrativa, in termini ricostruiti da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 256 ss. In senso analogo, ancorché con specificazioni avulse dalla tematica in oggetto, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 58 s. Sul provvedimento come manifestazione di una 'pretesa', cfr. G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991, 341 ss. Ciò vale essenzialmente per i provvedimenti di carattere ablatorio, o per atti comunque sfavorevoli nei confronti del destinatario, la cui contro-pretesa si traduce in un interesse oppositivo alla produzione degli effetti contemplati dalla decisione amministrativa. Non è del resto mancato chi ha sostenuto che nella stessa motivazione del provvedimento possa essere individuata l'esternazione della *causa petendi* della pretesa amministrativa, sulla falsariga della *Anspruch* pandettistica: cfr. C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, III, 1943, 7 ss.

stesso oggetto della contrapposizione fra le parti. Sulla base di questi elementi è quindi possibile tracciare una linea di demarcazione fra lite ed incertezza, come pure fra lite e processo.

In termini generali, la lite non dovrebbe postulare un necessario stato di incertezza delle parti in ordine alla *res* controversa, tanto che i litiganti possono essere pienamente consapevoli della fondatezza, o meno, delle proprie pretese¹⁰⁹.

Così ragionando, l'incertezza non sarebbe un presupposto della lite, ma ne rappresenterebbe, semmai, un effetto, nella parte in cui la situazione litigiosa determina un'alea in ordine alle modalità di ottenere effettiva tutela della pretesa fatta valere nei confronti della controparte: tale alea esprime lo iato che sussiste fra l'affermazione della pretesa e la sua concreta attuazione nei confronti della controparte, attraverso gli strumenti dell'autotutela o della tutela processuale¹¹⁰.

Deve tuttavia avvertirsi come queste notazioni generali debbano essere temperate nel caso in cui la parte in lite sia l'amministrazione: se valgono anche nei confronti della p.a. le osservazioni circa i legami fra lite ed incertezza, è dubbio – sul piano giuridico, più che fattuale – che la p.a. possa radicalizzare un conflitto essendo certa dell'infondatezza

¹⁰⁹ Si tratta di un aspetto già rilevato in dottrina, che, in ciò, ravvisa la stessa distinzione fra *res dubia* e *res litigiosa*: cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, cit., 299; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 8; L. LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, 419 ss.

¹¹⁰ Per una prima impostazione del problema, cfr. già C. VITERBO, *op. cit.*, 227, dove si evidenziava come l'incertezza potesse essere intesa sia come incertezza dell'esito della lite – il che pareva all'A. lapalissiano – sia come incertezza del fatto o del diritto alla base della lite. In ambito sociologico-giuridico, il legame effettuale fra lite ed incertezza è ben colto da V. AUBERT, *op. cit.*, 28. Su un piano teorico-generale, cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), rist. Milano, 1968, 77 ss.; S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961 59 ss. Circa lo iato sussistente fra pretesa e soddisfazione della pretesa, cfr. T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 697 ss.; E. T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 48 ss.; C. VOCINO, *Sulla c.d. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, cit., 611 ss. Recentemente, anche in rapporto alle implicazioni sulla teoria generale del processo, cfr. V. TAVORMINA, *op. cit.*, 77 ss.

delle proprie pretese: osterebbe a tale conclusione il principio di legalità dell'azione amministrativa, nelle sue implicazioni istituzionali¹¹¹.

Per quanto concerne i rapporti fra lite e processo, si deve concludere che quest'ultimo rappresenti un possibile strumento di eliminazione della lite attraverso l'applicazione delle norme invocate dalle parti ad opera di un organo terzo ed imparziale dotato del potere di giungere ad una decisione sufficientemente stabile, giungendo per tale via a neutralizzare l'incertezza che scaturisce dal contrasto¹¹².

Il rapporto di strumentalità così delineato resta, comunque, relativo: la composizione della lite non è l'unica funzione del processo, a fronte di fenomeni assimilabili a processi senza lite, oltre che della più generale impossibilità di individuare nel processo un fenomeno unitario¹¹³.

In tal senso sono probanti anche i contributi della scienza del diritto amministrativo, che, specie per opera di Benvenuti, ha evidenziato come il processo sia un metodo decisionale applicabile ad ogni funzione dello Stato, a prescindere dal fatto che la premessa dell'esercizio della funzione sia rappresentata da una situazione litigiosa¹¹⁴.

4. *Gli strumenti funzionali alla composizione della lite*

Definito il concetto di lite, è possibile sviluppare il tema degli strumenti funzionali alla sua composizione. Sulla base di una consolidata

¹¹¹ Nella giurisprudenza contabile, la necessità della *res dubia* ai fini della stipulazione della transazione è affermata costantemente: cfr. Corte dei Conti, sez. II app., 24.5.2012, n. 315; Corte dei Conti, Marche, sez. giurisdiz., 1.6.2006, n. 549.

¹¹² Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, I, cit., 25; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 17 ss.

¹¹³ Sulla pluralità dei modelli processuali cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, 131 ss.; E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale del)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1068 ss.; ID., *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 827 ss., in posizione critica nei confronti di chi ravvisa nel processo uno strumento di soluzione del conflitto di interessi (concetto che, per l'A., ha carattere metagiuridico; in ciò criticandosi la tesi carneluttiana).

¹¹⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento*, cit., 1117 ss. Per una ricostruzione del pensiero di Benvenuti cfr. E. ROTELLI, *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della Repubblica*, Venezia, 2011, 56 ss.

bipartizione, sembra utile distinguere le tecniche di composizione della lite a carattere eteronomo o autonomo¹¹⁵.

Gli strumenti di composizione eteronoma implicano che la decisione sulla lite sia affidata alla valutazione di un terzo estraneo ai contendenti ed ai loro interessi, sia esso designato dalla legge o dalle parti¹¹⁶.

Essi comprendono, oltre alla tutela giudiziale, istituti quali i ricorsi amministrativi¹¹⁷, l'arbitrato rituale ed irrituale¹¹⁸, come pure le *a.d.r.* in

¹¹⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., 21 ss.; F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 376 ss.; ID., *La transazione*, cit., 18 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 45 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit. 175; S. SATTA, *op. cit.*, 202 ss.

¹¹⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., 24 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 55 ss. Per un'efficace impostazione della tematica cfr. G. DE STEFANO, *Contributo allo studio del componimento processuale*, Milano, 1959, 1 ss.

¹¹⁷ La natura eteronoma della tecnica di tutela è evidente soprattutto in rapporto alle caratteristiche della decisione sul conflitto, superando, da questo punto di vista, anche i dubbi di chi esclude che i ricorsi gerarchici propri o in opposizione escludano la terzietà del decisore: cfr. M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 815 ss.; ID., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, 37 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, 528. Per una discussione recente delle problematiche inerenti al sistema dei ricorsi cfr. A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi*, cit., 98 ss.; D. CORLETTI, *I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi*, *ivi*, 115 ss. Fra gli studi monografici recenti, cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

¹¹⁸ Cfr. A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative* (1980), in ID., *Scritti*, cit., IV, 2155 ss.; E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo. I. Le fonti*, Padova, 1957; M. LA TORRE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1935, 327 ss.; G. MIELE, *Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova Rass.*, 1950, 1841 ss. Nella dottrina successiva, cfr. L. ACQUARONE, C. MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 367 ss.; G. CAIA, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989; S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 311 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 87 ss.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 227 ss.; M. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. It.*, 2019, 1237 ss.; F. PUGLIESE, *Arbitrato e p.a. dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, 707 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2000, 249 ss.; F.G. SCOCA, *L'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive*, in

cui la lite sia decisa da un soggetto estraneo alle parti, come avviene in alcune ipotesi di conciliazione e mediazione¹¹⁹.

L'analisi di tali strumenti resta estranea a questo studio, per non dilatarne l'oggetto fino a ricomprendervi fenomeni eterogenei ed insuscettibili di trattazione unitaria.

La composizione autonoma della lite implica, invece, che la soluzione della controversia discenda da un accordo fra le parti, che stabiliscono di superare lo stallo derivante dal conflitto mediante la ridefinizione dell'assetto di interessi che le vede contrapposte.

Giur. It., 2019, 1237 ss.; G. VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, 8 ss.; M. VITALE, *L'arbitrato*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1333 ss.; A. ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205/2000: problemi e prospettive*, in *Dir. Amm.*, 2001, 343 ss. Sull'arbitrato irrituale cfr. M. DELSIGNORE, *op. cit.*, 69 ss.; L. PENASA, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1270 ss.; A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2001, 717 ss.

¹¹⁹ Per un inquadramento delle tipologie di *a.d.r.* applicate all'amministrazione cfr. L. GIANI, *La tutela non giurisdizionale*, in F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2013, 664. Sulla diffusione delle *a.d.r.* nel diritto amministrativo sia concesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e caratteri*, in *Dir. Form.*, 2004, 1226 ss., e, successivamente F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda 2009*, Napoli, 2010, 121 ss.; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO, a cura di, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 317 ss.; B. MARCHETTI, *A.d.r. e amministrazione pubblica*, in G.P. CIRILLO, a cura di, *Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2017, 323 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1 ss. Per un'impostazione del dibattito nel diritto italiano cfr. E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, 321 ss., nonché M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione*, cit., 1 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 743 ss.

L'accento posto sulla consensualità degli atti permette di distinguere il problema in esame dalle questioni inerenti alla natura ed estensione dell'autotutela amministrativa, caratterizzata dall'emanazione di atti unilaterali, in quanto finalizzati a superare i conflitti sulla base degli apprezzamenti della sola amministrazione¹²⁰.

Escluso, dunque, che gli istituti ed i procedimenti menzionati possano assurgere a strumenti di composizione autonoma della controversia, restano da delineare gli effettivi contorni di un fenomeno che appare, di per sé, alquanto frastagliato e di difficile individuazione, oltre che raramente indagato in chiave sistematica dai cultori del diritto amministrativo¹²¹.

Almeno in prima approssimazione, deve ritenersi che gli strumenti di composizione autonoma della controversia coincidano con l'insieme degli atti negoziali bilaterali (o plurilaterali) attraverso cui p.a. e terzi pongono fine alla lite, sulla falsariga dei tipi previsti dal Codice civile o dei modelli elaborati dalla prassi contrattuale¹²².

¹²⁰ Il rapporto fra autotutela e conflittualità è stato individuato da F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss. anche con riferimento alla partizione fra autotutela decisoria sugli atti e sui rapporti, ed autotutela esecutiva. Su quest'ultima, cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici*, cit., 320 ss. Per un riepilogo cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; C. CORAGGIO, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 80 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 27 ss. Per una efficace critica della concezione benvenutiana, caratterizzata da un eccesso di genericità cfr. G. FALCON, *Esecutorietà*, cit., 246.

¹²¹ Cfr. *supra*, *Introduzione*. Nella manualistica tradizionale, cfr. le sintetiche notazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 419; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed. a cura di M.A. SANDULLI, Napoli, 1989, 603 s. e 735, con riferimento alle transazioni degli enti pubblici.

¹²² Cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 176 ss. Nella letteratura più recente, il tema è rivisitato soprattutto nell'ambito del dibattito inerente alla diffusione ed al potenziamento delle *a.d.r.*, nei termini ricostruiti – con riferimento alle controversie regolate dal diritto civile – da V. VARANO, a cura di, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, nonché da F. FERRARIS, *Mediazione civile e commerciale*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Milano, 2016, 624 ss.; T. GALLETTO, *A.d.r.*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2011, 1 ss.; E. SILVESTRI, *Concilia-*

Basti considerare il contratto di transazione ed il negozio atipico di accertamento¹²³, oltre che le molteplici forme di collegamento negoziale finalizzate alla composizione di liti pregresse¹²⁴.

A riprova dell'ampiezza degli strumenti disponibili, non sono mancate proposte ricostruttive volte ad attribuire tali finalità a sequenze negoziali composte da un negozio di programma e da ulteriori negozi di esecuzione, attraverso cui si possono accertare situazioni controverse o determinare nuovi assetti di interessi finalizzati a risolvere la lite¹²⁵.

zione e mediazione, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 277 ss. Sul punto cfr. anche AA.VV., *Un progetto di riforma delle a.d.r.*, Napoli, 2017.

¹²³ In passato, parte della dottrina sosteneva che il negozio di accertamento, finalizzato alla eliminazione della *res dubia* mediante accordo fra le parti, potesse rappresentare una figura teorico-generale, di cui la transazione rappresentava – accanto a rinuncia e confessione – una specie. Sul piano ricostruttivo e dogmatico, la tesi era ampiamente condizionata dal dibattito tedesco, in cui, a fronte della specifica disciplina del *Vergleich* nel § 779 *BGB*, la transazione risultava preordinata all'eliminazione dell'incertezza: cfr. F. CARNELUTTI, *Note*, cit., 1 ss. Per una sintesi delle principali questioni attinenti al rapporto fra accertamento e transazione cfr. F. CARRESI, *Concetto e natura*, cit., 393 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 75 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, Messina, 1934, 3 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 8 ss.; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio*, cit., 181 ss.; ID., *La transazione*, cit., 234 ss. Nella dottrina recente cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 252 ss.; M. FORNACIARI, *op. cit.*, 130 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 501 ss. e, da ultima, C. MOSER, *Il negozio di accertamento: ammissibilità, efficacia, struttura oggetto e trascrivibilità*, in R. GIOVAGNOLI, a cura di, *Approfondimenti di diritto civile*, Torino, 2019, 369 ss.

¹²⁴ La possibilità di comporre la controversia attraverso una pluralità di contratti tipici o atipici fra loro collegati, in funzione latamente transattiva, era profilata già da E. GROPPALLO, *op. cit.*, 324; R. NICOLÒ, *op. cit.*, 55. Nella dottrina successiva cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 44 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 456; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 123 ss. Per inquadramenti sistematici, cfr. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

¹²⁵ Cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, in ID., *Scritti*, cit., 800 ss.; la tesi dell'A. è sviluppata da F. ROMANO, *Aspetti del procedimento transattivo sotto il profilo della pretesa temeraria*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1960, specie 632 ss. La tesi implica che la transazione possa essere intesa come atto esecutivo posto in attuazione di un programma, o come programma che dà luogo ad ulteriori atti esecutivi del contratto normativo. Su quest'ultima figura, cfr. C. COLOMBO, *op. cit.*, 183 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; R. FERCIA, *Contratto normativo*,

Da tale punto di vista, non si può astrattamente escludere la possibilità di attribuire una funzione transattiva alla combinazione di atti consensuali ed unilaterali della p.a., come nel caso in cui gli accordi integrativi o sostitutivi previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990 siano utilizzati nell'ambito di procedimenti di secondo grado finalizzati alla rimozione o modifica di precedenti atti amministrativi in cui si sia sostanzialmente la pretesa della p.a.¹²⁶.

Se gli atti unilaterali di riesame sono preordinati alla tutela del solo interesse pubblico di riferimento, nel caso in cui l'accordo procedimentale incida sull'attività di riesame nulla esclude la possibilità che la fattispecie nascente dal confronto fra le parti possa assumere una funzione pacificatoria¹²⁷.

La stessa vicenda potrebbe riscontrarsi anche nel caso di procedimenti esecutori conclusi con accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, qualora si ravvisi nella pretesa esecutoria della p.a. e nella resistenza della controparte una tipica manifestazione della lite ammini-

in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2013, 198 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, *passim*; ID., *Contratto normativo*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 155 ss.; S. MAIORCA, *Normativo (contratto)*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino 1995, 170 ss.; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000.

¹²⁶ Sia concesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Note in materia di transazione ed atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi*, cit., 227 ss. Che i provvedimenti di secondo grado – specie l'annullamento d'ufficio – potessero essere preordinati alla soluzione di controversie fra p.a. e privati emergeva già in A. DE VALLES, *op. cit.*, 46 ss., mentre la tesi era negata da E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 77 ss. Per una sintesi delle principali problematiche cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e l'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo* (2003), in ID., *Scritti*, cit., 439 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi*, cit., 46 ss. Nella dottrina recente, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017, 197 ss.; M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 621 ss.

¹²⁷ Sull'impossibilità di attribuire tale funzione all'atto unilaterale, in quanto potenzialmente idoneo a creare un conflitto, anziché a risolverlo, cfr. A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. Tar*, 2006, 2186 ss.

strativa¹²⁸. Anche in tal caso, infatti, il ruolo assunto dalla controparte nell'integrazione o determinazione consensuale dell'interesse pubblico potrebbe incidere sulla complessiva funzionalizzazione della fattispecie alla composizione del conflitto.

Sul piano teorico-generale, la possibilità di attribuire a tali accordi una funzione transattiva potrebbe essere giustificata ricorrendo alla nozione di autotutela consensuale, elaborata con riferimento ai rapporti privati ma estensibile all'amministrazione in forza dell'applicazione congiunta della disciplina generale dell'art. 11 della l. n. 241/1990 e delle disposizioni del capo IV *bis* della stessa legge relative alle tipologie di atti di riesame ascritti all'autotutela amministrativa¹²⁹.

Resta da stabilire in che termini questi modelli negoziali possano essere adattati ed utilizzati nella composizione della conflittualità amministrativa. Il problema si pone sia nel caso in cui siano i negozi originariamente elaborati nell'ambito del diritto comune ad essere utilizzati a tale scopo, sia nel caso in cui l'accordo amministrativo assuma scopi pacificatori idonei ad incidere sulla stessa causa negoziale¹³⁰.

La questione non è certo inedita, ma assume una notevole estensione in rapporto alle attuali dimensioni dell'amministrazione. Se, alla fine del XIX secolo, Mantellini poteva affermare che «ove sia in lite lo Stato, è giuoco forza ricorrere ad altre leggi, che non al codice civile»¹³¹,

¹²⁸ Cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012; ID., *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, 2011, 273 ss.; R. LEONARDI, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 1023 ss. M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. Amm.*, 2007, 343 ss.; F. SAIITA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995; ID., *Esecutorietà*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *op. cit.*, 437 ss.

¹²⁹ Su tale concetto cfr. E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.; C.M. BIANCA, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, agg., IV, Milano, 2001, 132 ss.

¹³⁰ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 229 ss.

¹³¹ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, I, Firenze, 1879, 1. Si tratta di posizioni da cogliere in rapporto al complessivo sviluppo dei rapporti fra diritto pubblico e privato nella dottrina del XIX sec., nei termini ricostruiti, fra gli altri, da N. BOBBIO, *op. cit.*, 145 ss., e, più recentemente, B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*,

chi ritorna sul tema deve interrogarsi sul senso di antiche distinzioni in un contesto ampiamente rinnovato, in cui sono le stesse categorie ordinanti entro cui si collocavano le precedenti proposte ricostruttive ad essere soggette a revisione¹³².

5. Aspetti problematici e linee di sviluppo della ricerca

La composizione negoziale della lite non può essere isolata dal più generale contesto normativo ed istituzionale che caratterizza l'attività negoziale della p.a., specie per quanto attiene ai limiti attraverso cui lo stesso diritto positivo ammette che i singoli apparati possano concludere con terzi contratti o accordi preordinati all'allocazione di risorse patrimoniali o all'esercizio di funzioni amministrative latamente intese¹³³.

2016, 193 ss.; I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della grande dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 343 ss.

¹³² Cfr. L. FERRI, *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 75 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato*, cit., 414 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, 29 ss., SAL. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato* (1963), in *Id.*, *op. cit.*, 1131 ss., che qui si richiamano a riprova del fatto che anche da parte dei cultori del diritto privato vi è da decenni la consapevolezza della necessità di rivisitare le fondamenta del fenomeno in rapporto all'emersione di nuove forme e modalità di esercizio consensuale o negoziale della funzione amministrativa. In termini critici rispetto all'intero fenomeno ed alla perdita di garanzia connessa alla permutabilità delle discipline cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 250 ss.; F. MERUSI, *Sulla decostruzione*, cit., 30 Su un piano più neutrale sembra porsi G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 238 ss.

¹³³ Fra i contributi anteriori all'entrata in vigore della l. n. 241/1990 (che segna anche in questa specifica materia uno spartiacque fra 'lacuna' e parziale regolazione del fenomeno), cfr., in ordine cronologico, gli studi monografici di M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare* (1937), rist. Firenze, 1954; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, II ed. Milano, 1956; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1960; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., *passim*; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni ammini-*

Vengono in rilievo le questioni inerenti al regime dell'attività negoziale dell'amministrazione, nei termini attualmente stabiliti dalle menzionate disposizioni degli artt. 1, comma 1 *bis* e 11 della l. n. 241/1990, che impongono di verificare a quali condizioni la normativa applicabile alla p.a. permetta il ricorso a strumenti contrattuali di soluzione delle singole categorie di controversie¹³⁴.

strative, Milano, 1966; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974; G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico: strutture e tipi*, Milano, 1978; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 49 ss.; G. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1984; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 70 ss.; S. MUTI, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; A. MASUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988. Per un'analisi del fenomeno nella prospettiva gius-privatistica, cfr. L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988; V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009. Fra i saggi di minor estensione, cfr. G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 50 ss.; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, 35 ss.; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, 1469 ss.; G. TREVES, *Diritto amministrativo e diritto civile*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., 457 ss.; N. MARZONA, *Attività amministrativa e uso del contratto*, in *Econ. Pubbl.*, 1979, 33 ss.; M. NIGRO, *L'accordo nell'azione amministrativa* (1988), in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., 1927 ss.; A. M. SANDULLI, *Spunti sul regime dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione* (1953), in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1990, 191 ss.; ID., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione* (1965), *ivi*, 347 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1983, 290 ss.; A. PIZZI, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime amministrativo applicabile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1985, 288 ss.

¹³⁴ Cfr. almeno gli studi critici di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti*, cit., 279 ss.; M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, a cura di, *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un*

Il problema non concerne la sola ammissibilità degli strumenti, ma anche alla loro disciplina, e va quindi inteso come il corollario della più ampia e generale questione inerente al concorso fra norme del Codice

decennio di giurisprudenza, Rimini, 1987, II, 433 ss.; M.S. GIANNINI, *Codice civile*, cit., 349 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione* (1966), ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 37 ss.; F. PIGA, *Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo* (1979), in ID., *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985, 111 ss.; S. RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, 483 ss.; F. TEDESCHINI, *Moduli privatistici di azione nella azione della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto pubblico e privato. Tendenze attuali verso la scomposizione e l'interazione della concezione classica*, Milano, 1976, 13 ss. Fra i contributi successivi, cfr. F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 744 ss.; G. CAIA, *Diritto amministrativo e strumenti di diritto privato*, in AA.VV. *Giornate di studi in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 1997, 201 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in S. CASSESE, G. GUARINO, a cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, 25 ss.; ID., *Il negozio come strumento dell'azione amministrativa*, cit., 77 ss.; G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2001, 25 ss.; V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. Amm.*, 1999, 193 ss.; C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994, 237 ss.; ID., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI, a cura di, *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 52 ss.; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, *op. cit.*, 161 ss.; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2001, 7 ss.; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, cit., 21 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, 237 ss.; ID., *Il diritto privato*, cit., 661 ss. Con specifico riferimento all'attività contrattuale della p.a., cfr. R. CARANTA, *I contratti*, cit., 4 ss.; A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, specie 161 ss.; C. FRANCHINI, a cura di, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007; M. GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012; A. MASSERA, *Lo Stato che si accorda*, cit., *passim*; ID., *I contratti*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato*, II, cit., 1547 ss.

civile e disposizioni di settore nell'individuazione della singola fattispecie negoziale¹³⁵.

¹³⁵ Fra gli altri, cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 77 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, 64 ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 268 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 60 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1996, 175 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 2009; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 31 ss. R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Torino, 1993; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, 30 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 75 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 79 ss.; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998, 155 ss.; C.P. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra amministrazioni*, Padova, 2014, 107 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Milano, 2004. Nella dottrina privatistica cfr. A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli "accordi" tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999. Un contributo che muove da un'impostazione generale per approfondire questioni legate al diritto urbanistico si deve a M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015, 263 ss. Fra i saggi di minor estensione cfr. N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 1 ss.; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 83 ss.; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 124 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La disciplina generale*, cit., 118 ss.; G. D'AURIA, *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana, oggi*, in *Pol. Dir.*, 1998, 201 ss.; M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo*, in L. DEL FEDERICO, S. CIVITARESE MATTEUCCI, a cura di, cit. 73 ss.; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia*, in *Dir. Amm.*, 1997, 225 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 103 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica (1997)*, in *Id.*, *Scritti*, cit., 403 ss.; *Id.*, *Note sugli accordi di diritto pubblico e su alcuni temi contigui (1998)*, *ivi*, 477 ss.; G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI, a cura di, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e tra-*

Le ricadute pratiche delle riflessioni maturate in argomento sono evidenti specie in rapporto alle tutele esperibili a fronte delle patologie relative alla formazione o all'esecuzione del negozio¹³⁶.

La ricchezza del tema impone, a propria volta, di individuare uno specifico punto di partenza dell'indagine, preordinata ad approfondire le caratteristiche delle transazioni della p.a., per ora intese come contratti riconducibili al tipo individuato dall'art. 1965 c.c.¹³⁷.

La scelta è imposta sia dall'esigenza di concentrare l'oggetto della ricerca, sia da considerazioni attinenti all'autonomia concettuale della transazione rispetto ad altre tecniche di composizione della lite. Tale spiccata autonomia dipende dal fatto che si tratta dell'unico contratto tipico espressamente preordinato alla composizione della lite, al punto di rappresentare, sia sul piano storico che sistematico, il prototipo delle altre *a.d.r.*¹³⁸.

La disciplina del Codice civile costituisce, pertanto, il termine di paragone funzionale a distinguere la transazione da altri atti e negozi fun-

sformazioni dell'amministrazione, Milano, 1990, 77 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1303 ss.; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 206 ss.; G. SCIULLO, *Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, a cura di, *op. cit.*, 33 ss. Per una sintesi delle principali questioni cfr. M.C. ROMANO, *Accordi tra privati e pubblica amministrazione nel procedimento*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 399 ss.

¹³⁶ Per l'ampiezza delle argomentazioni, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15.8.2017, n. 2258; Cons. Stato, sez. IV, 19.8.2016, n. 3653; Cons. Stato, Ad. Plen., 20.6.2014, n. 14.

¹³⁷ Si rinvia *infra*, cap. II, par. 1, per i successivi ragguagli: può comunque anticiparsi come la causa della transazione debba essere individuata nella composizione della lite, mentre l'oggetto del contratto sia individuabile – secondo le tesi – nei comportamenti in cui si estrinsecano le pretese delle parti. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 115 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, *cit.*, 165 ss.

¹³⁸ Cfr. F. CARRESI, *Concetto e natura*, *cit.*, 404 ss.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, *cit.*, 453 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, 14; ID., *La transazione*, *cit.*, 3 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, *cit.*, 176.

zionalmente preordinati a comporre la lite mediante l'attività dispositiva delle parti¹³⁹.

Ciò consentirà, pertanto, di verificare in quali termini la disciplina del Codice, e la tradizione interpretativa ad essa sottesa, possano essere riferite anche alla soluzione consensuale della conflittualità amministrativa. Si potranno dunque cogliere i termini attraverso cui la disciplina contenuta negli artt. 1965 c.c. può essere integrata – e ridefinita – in rapporto alle singole questioni interpretative nascenti dalla disciplina applicabile in via esclusiva alla stessa amministrazione.

Questa opzione teorica si traduce nell'esigenza di adattare il tipo definito dal Codice civile alle caratteristiche dell'azione amministrativa, nei modi desumibili dagli artt. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990, intesa, in questa fase della ricerca, come norma di principio finalizzata ad armonizzare la disciplina di diritto comune con le peculiarità della posizione istituzionale della p.a.¹⁴⁰.

Deve però evidenziarsi come tali riferimenti normativi siano utili a focalizzare l'oggetto del problema, ma non forniscano, di per sé, una soluzione adeguata alle questioni sistematiche, concettuali ed interpretative sottese allo studio. Tali previsioni non sembrano incidere, infatti, su una basilare questione interpretativa, posta da Guicciardi con riguardo alla qualificazione delle transazioni dell'amministrazione, ma di portata teorico-generale.

Nell'impostare l'analisi dell'istituto, Guicciardi si chiedeva, infatti, «se, e fino a qual punto, le norme e i principi che valgono per il contratto di transazione regolato dal codice civile abbiano una portata che trascende gli istituti specifici... per porsi quali norme e principi propri di una categoria generale del negozio transattivo», di cui le transazioni degli enti pubblici sarebbero state una *species*¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1230 ss. Con riferimento alla più generale distinzione fra transazione ed atti con funzione transattiva, cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 196 ss.

¹⁴⁰ Su questi profili, si rinvia in ogni caso *infra*, cap. IV, par. 1 e 5, e V, par. 1 e 3. Sulla qualificazione dell'art. 1, comma 1 *bis*, come norma rilevante anche ai fini della complessiva disciplina dell'attività amministrativa, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 1 ss.; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 79 ss.

¹⁴¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 124.

A prescindere dalla soluzione data al problema dallo stesso Guicciardi – su cui si avrà comunque modo di tornare in sede di analisi teorica delle proposte ricostruttive formulate in materia¹⁴² – resta ferma la necessità di verificare le tecniche di integrazione delle previsioni del Codice civile con la disciplina applicabile all'amministrazione, isolando le norme di principio e le loro deroghe al fine di individuare il regime più appropriato per la singola fattispecie di riferimento¹⁴³.

I limiti della disciplina attualmente stabilita dalla l. n. 241/1990, non possono comunque ascrivere all'incuria del legislatore, ma simboleggiano un caso emblematico di lacuna ideologica¹⁴⁴, derivante dalla difficoltà di ricostruire in termini sistematici i rapporti fra differenti plessi normativi¹⁴⁵, e dall'evidente impaccio di dare attuazione all'esigenza di 'unità' del diritto sottesa ai vari tentativi di riforma dell'agire amministrativo¹⁴⁶.

A ciò, si aggiunga la difficoltà di individuare, anche all'interno della disciplina di diritto privato, un insieme di regole e principi pacificamente estensibili nei confronti dell'amministrazione. Se già Cammeo pone-

¹⁴² Cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.

¹⁴³ Per una sintesi delle questioni interpretative sottese all'art. 1, comma 1 *bis*, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato*, cit., 17 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale*, 1 ss.; M. GOLA, *op. cit.*, 164; F. LIGUORI, *op. cit.*, 35 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 354 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 142 ss.; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 79 ss. Sembra dunque eccessivo affermare l'«inutilità» dell'art. 1, comma 1 *bis*, nel senso di B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza*, cit., 1 ss., posto che la norma non si limita a descrivere una distinzione consolidata, ma a dettare criteri interpretativi utili a risolvere questioni applicative derivanti dall'iterazione fra norme di diritto comune e norme speciali nella disciplina di determinate fattispecie complesse. Per quanto l'art. 1, comma 1 *bis*, sia formulato in termini generici, nulla esime l'interprete dalla necessità di valorizzare le potenzialità applicative del principio, anche in rapporto alla sua collocazione sistematica. Sul punto, cfr. più ampiamente *infra*, cap. V, par. 1.

¹⁴⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 257 ss., dove si utilizza il termine con riferimento alla mancata regolazione di un fenomeno per volontà stessa del legislatore, anche in rapporto alla difficoltà di dettare una specifica disciplina.

¹⁴⁵ Cfr. G. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 57 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 229 ss.

¹⁴⁶ Sull'esigenza di unità del diritto cfr., nella dottrina recente, i rilievi di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 53 ss. Sulle implicazioni metodologiche del problema, cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 347 ss.

va, in termini problematici, la necessità di distinguere fra principi applicabili ai negozi unilaterali e bilaterali quale modello per l'attività amministrativa¹⁴⁷, la situazione è ancora più complicata a causa della progressiva disgregazione dello stesso diritto privato, nei termini riconosciuti dalla stessa dottrina civilistica¹⁴⁸.

Qualsiasi comprensione sistematica del diritto dell'amministrazione implica, pertanto, una realistica presa d'atto delle trasformazioni della normazione positiva e delle prassi interpretative che ad essa si connettono¹⁴⁹, assumendo quali ragionevoli ipotesi di lavoro tanto la specialità reciproca di disposizioni e norme ricondotte alla dicotomia fra diritto privato e diritto pubblico, quanto la necessità di ricostruire i tratti della vicenda mediante l'iterazione fra i due plessi di norme¹⁵⁰.

Non si intende, con ciò, negare l'utilità della distinzione a fini orientativi, ma è doveroso chiarire come essa non possa ipotecare i risultati dell'indagine restringendo in partenza il suo oggetto o imponendo la

¹⁴⁷ Cfr. F. CAMMEO, *op. cit.*, 525 ss. Su questa tesi, cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 116 ss.; B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 244 ss.

¹⁴⁸ Si tratta di fenomeni colti già diversi decenni addietro, e felicemente sintetizzati, da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, del quale cfr. anche il più recente ID., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 17 ss. Per ulteriori contributi cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 57 ss.; M. BARCELONA, *op. cit.*, specie 728 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1115 ss.; ID., *La codificazione nella crisi della globalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 873 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, su cui L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, sempre in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 25 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 57 ss. Per un'indagine teorico-generale cfr. L. FRANZESE, *Il contratto oltre il diritto privato e pubblico*, Padova, 1998, 3 ss.

¹⁴⁹ Si condivide la posizione di M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 347 ss.

¹⁵⁰ Cfr. già E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., 17. Sulla necessità di attenuare la distinzione fra diritto pubblico e privato cfr. pure G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 53 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 357 ss., nonché, con esiti analoghi, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., 441 s.

sceita di rigidi criteri selettivi, con l'effetto di pregiudicare la comprensione del problema colto nella sua dimensione effettuale¹⁵¹. Le vicende inerenti all'individuazione dei tratti caratteristici della singola fattispecie negoziale vengono ad inserirsi nel più generale quadro problematico, connesso alla necessità di rivedere le distinzioni fra le categorie ordinanti ereditate dalla tradizione¹⁵².

Questo accade perché gli istituti del diritto privato possono essere strumentali alla soddisfazione dell'interesse pubblico, senza il necessario sacrificio delle garanzie che devono contraddistinguere qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo nella cornice dello Stato costituzionale di diritto¹⁵³. Sono al contempo mutate la normazione positiva e le prassi sottese a quelle astrazioni, e, con esse, gli stessi termini del rapporto fra amministrazione ed individuo¹⁵⁴.

Restano da cogliere le implicazioni del discorso con specifico riguardo al tema che si è scelto di approfondire, muovendo da un'analisi positiva della questione, che comprende tanto gli indici normativi di riferimento quanto la loro applicazione ad opera della prassi amministrativa e giudiziale.

¹⁵¹ Di particolare interesse la recente pubblicazione delle lezioni tenute nell'a.a. 1972-1973 da S. PUGLIATTI, *Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, *passim*, con riferimento alla prefazione di M. TRIMARCHI, *L'ultimo corso di lezioni di Salvatore Pugliatti*, 17 ss. Sul punto, cfr. G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018, 61 ss.

¹⁵² Si aggiunga come la stessa distinzione fra diritto privato e pubblico, e la prevalenza dei principi riconducibili all'uno o all'altro plesso in caso di lacune, dipenda da opzioni ideologiche, nei termini sottolineati da N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., 257 ss.

¹⁵³ Si tratta di una conclusione pacificamente condivisa dalla dottrina maggioritaria: fra gli altri, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato*, cit., 17 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 216 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 144 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 159 ss.

¹⁵⁴ Cfr. M. GIORGIANNI, *Il diritto privato*, cit., 403 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, 25 ss., e, più recentemente, N. LIPARI, *Le categorie*, cit., 152 s.

CAPITOLO SECONDO

LA COMPOSIZIONE DELLA LITE MEDIANTE TRANSAZIONE: MODELLI, REGOLE E PRASSI

SOMMARIO 1. *Il modello del Codice civile e le sue ambiguità.* 2. *Le transazioni dell'amministrazione tra Codice civile e discipline speciali.* 3. *La differenziazione delle transazioni della p.a. rispetto al modello del Codice civile.* 4. *Dalle norme alla prassi negoziale delle amministrazioni.* 5. *Gli orientamenti della giurisprudenza e degli organi di controllo contrabile.* 6. *Frammentazione della fattispecie ed esigenze di una ricostruzione teorica del fenomeno.*

1. *Il modello del Codice civile e le sue ambiguità*

Lo studio più ravvicinato del tema prescelto deve muovere dalla ricognizione della disciplina del Codice civile, nella parte in cui essa rappresenta il termine di paragone per procedere alle successive verifiche e comparazioni fra differenti modelli negoziali. Al contempo, si potranno individuare le basi normative e concettuali da cui hanno preso abbrivio le discussioni attorno a struttura, funzioni ed effetti della transazione¹.

La stessa dottrina civilistica non manca di sottolineare la dimensione problematica del fenomeno, che si riverbera sulla sua generale qualificazione giuridica e sulle caratteristiche della relativa disciplina².

¹ Una sintesi delle principali problematiche si può cogliere in E. DEL PRATO, *op. cit.*, 813 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 1 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 1 ss.; L. V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 1 ss.; A. PALAZZO, *Transazione*, cit., 387 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 3 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 339 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 173 ss., salvo un rinvio alle varie opere citate in nota. Per specifici aggiornamenti, anche alla luce della legislazione di settore, cfr. C. CICERO, *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg., Torino, 2012, 1053 ss., nonché G. GITTI, *La transazione*, in E. GABRIELLI, F.P. LUISO, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 69 ss.

² Si è già osservato, nel precedente capitolo, come il contratto abbia un rilievo sostanziale e, almeno in parte, processuale, in quanto esso concorre con la tutela processuale ordinaria quale mezzo di composizione della lite. Ne danno atto, fra gli altri, A.

Queste difficoltà non devono, tuttavia, stupire, ove si consideri come la codificazione dell'istituto, sia nel 1865 che nel 1942, abbia imposto al legislatore una scelta fra le differenti opzioni teoriche inerenti alla sua qualificazione³, emerse nel corso dell'epoca medievale e moderna attraverso un'interpretazione di ambigue fonti giustinianee⁴.

In origine, la semantica del *transigere* designava le convenzioni attraverso cui le parti intendevano superare controversie sorte nell'ambito dei propri rapporti negoziali, con funzioni latamente conciliative⁵. Risalgono al II sec. d.C. le fonti che consentono di qualificare la *transactio* come un negozio giuridico attraverso cui si "passava oltre" (*transagere*) ad una questione dubbia o ad una lite dagli esiti incerti, in termini compendati in un frammento ulpiano inserito nel Digesto⁶.

La vaghezza delle fonti ha determinato la frammentazione interpretativa del fenomeno, che si coglie anche nella moderna terminologia e nelle corrispondenti discipline positive.

In termini generici, ma coerenti con l'originaria accezione del negozio, la transazione designa qualsiasi accordo finalizzato alla composizione di interessi, come mostra l'uso gergale derivante dall'anglicismo

BUTERA, *op. cit.*, 1670; E.T. LIEBMAN, *La risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, 261 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 3 ss., e, successivamente, C. CICERO, *Transazione*, cit. 1053 ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 813 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 1 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 339 ss.

³ Per riferimenti comparatistici, a cui si accompagnano critiche nei confronti del legislatore del 1865 e del 1942, cfr. E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 180, e, recentemente, C. CICERO, *Transazione*, cit., 1056 ss.

⁴ Cfr. G. MELILLO, *Transazione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 771 ss.; S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai Codici*, Milano, 2011, 69 ss. Sull'evoluzione dell'istituto in età medievale e moderna cfr. F. TREGGIARI, *Transazione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 79 ss.

⁵ Si fa riferimento a D.2.15.1: «qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causam rem certam et indubitam liberalitate remittit». Sul punto cfr. G. MELILLO, *op. cit.*, 778 ss.; S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa*, cit., 5 ss.

⁶ Cfr. S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa*, cit., 69 ss., nonché E. GROPPALLO, *La natura giuridica*, cit., 323 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 176 ss.

*transaction*⁷. In senso tecnico, la transazione designa il contratto attraverso il quale si superano i conflitti fra le parti attraverso reciproche concessioni (*aliquid datum vel retentum*): con la variante tedesca, rappresentata dal § 779 *BGB*, in cui la transazione può porre espressamente fine alla situazione incerta ed alla lite⁸; o francese (ed italiana), rappresentata dall'art. 2044 del *Code Napoleon* (e dell'art. 1965 c.c.)⁹, dove la transazione pone fine alla lite, senza espresso riferimento alla situazione incerta¹⁰.

Le definizioni contenute nei Codici hanno essenziale valenza descrittiva, ma non possono esaurire la disciplina dell'istituto, anche in rapporto a figure contermini¹¹.

Si pone, quindi, il problema di trarre dalle frammentarie disposizioni di legge tutte le conseguenze derivanti in tema di causa, oggetto ed efficacia del contratto di transazione¹².

⁷ Lo rilevano opportunamente, tra gli altri, M. FRANZONI, *op. cit.*, 1; A. PALMIERI, *op. cit.*, 8.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 185.

⁸ Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 9; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio*, cit., 190; ID., *La transazione*, cit., 191. Di qui, la stessa possibilità di qualificare la transazione come una specie del negozio di accertamento sulla *res dubia*, funzionale al superamento della lite: per una ricostruzione degli antecedenti storici della codificazione del *BGB* cfr. F. TREGGIANI, *op. cit.*, 811 ss.

⁹ Con riferimento alle previsioni dell'art. 1764 del Codice civile del 1865, cfr. A. BUTERA, *op. cit.*, 1668 ss.; E. GROPPALLO, *La natura*, cit., 324 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 6 s.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 191.

¹⁰ Il *Code Napoleon* non conteneva alcun riferimento alle reciproche concessioni, la cui necessità parve comunque pacifica per la dottrina dell'epoca, così da condizionare la codificazione italiana del 1865 e 1942, in cui il riferimento alle reciproche concessioni è esplicito: ne riferisce ampiamente F. CARRESI, *op. cit.*, 415. Per un raffronto fra la disciplina del Codice del 1865 e quella del 1942, volta a dare all'istituto una disciplina più «rigorosa» di quella originaria cfr. S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 448 ss.; opposto il giudizio – critico – nei confronti della codificazione del '42 espresso da C. FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1950, 452 ss.; non più generoso il giudizio di E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 180 s.

¹¹ L'assunto è comune in tutta la letteratura intervenuta in materia, specie con riguardo ai rapporti fra transazione e negozio atipico di accertamento. Sul punto cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 819 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 4 ss.; L. V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 1 ss.; A. PALAZZO, *Transazione*, cit., 387 ss.; L. PUCCINI, *op. cit.*, 165 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 21 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 501 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 232 ss.

Non è possibile effettuare, in questa sede, un'analitica rassegna delle questioni che ha sollevato, sia in dottrina che in giurisprudenza, la disciplina della transazione, dovendosi fare rinvio ai numerosi ed approfonditi studi dedicati al tema da parte della scienza civilistica.

Rimane opportuno, tuttavia, segnalare alcuni fra i punti nevralgici del dibattito, utili a chiarire come l'analisi delle transazioni amministrative vada incontro ad un duplice ordine di problemi: definire la disciplina essenziale del modello di riferimento, individuato dal Codice civile; verificare i tratti differenziali della transazione amministrativa rispetto a tale modello.

Con riferimento al primo ordine di problemi, già la natura della transazione appare discussa¹³. Al netto dell'isolata tesi che negava la sua natura contrattuale¹⁴, basti considerare la diversità di opinioni inerenti alla struttura del contratto¹⁵.

Esso è stato variamente descritto come un negozio attraverso cui tutti i contratti, tipici ed atipici, possono essere funzionalizzati alla solu-

¹² Lapidario, in tal senso, il giudizio espresso da S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 453, in rapporto alla problematica del negozio di accertamento; in termini affini F. ROMANO, *op. cit.*, 606. Sulle reciproche concessioni come elemento caratterizzante la transazione rispetto ad altri negozi cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento*, cit., 13 ss.; ID., *La transazione*, cit., 67 ss. Nella dottrina più recente cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 823 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 4 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 3 ss.; A. PALAZZO, *op. cit.*, 297; S. RUPERTO, *op. cit.*, 343 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 349 ss.

¹³ Per una sintesi della questione cfr. A. PALMIERI, *op. cit.*, 5 ss.

¹⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La transazione*, cit., 187 s., secondo il quale la transazione era l'effetto di due dichiarazioni unilaterali disomogenee, ma collegate da un nesso di condizionalità reciproca, come la rinuncia ed il riconoscimento. Al riguardo cfr. le immediate repliche di P. D'ONOFRIO, *La transazione e il contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953, 490 ss.; ID., *Della transazione*, cit., 220 ss., in cui vengono sintetizzate le varie critiche addotte nei confronti della proposta ricostruttiva di Carnelutti, cui si imputava soprattutto di muovere da una malposta concezione della bilateralità del contratto. Per ulteriori osservazioni critiche cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 10 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 91. Da un differente punto di vista, lo stesso E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 109 ss. negava la natura contrattuale della transazione avente ad oggetto l'esercizio di potestà amministrative, ma ciò a fronte della generale inammissibilità del contratto di diritto pubblico.

¹⁵ Per una sintesi recente, cfr. G. GITTI, *La transazione*, cit., 80 ss.

zione della lite¹⁶; come un mezzo di rafforzamento di un rapporto pregresso¹⁷; come un contratto tipico sotto il profilo causale e sinallagmatico, ma a contenuto ed effetti variabili in funzione della lite da comporre¹⁸; come una convenzione esecutiva di un precedente accordo¹⁹; come un contratto normativo successivo²⁰. La stessa dottrina che ha profilato la sussistenza degli atti con funzione transattiva ridimensiona l'autonomia del contratto di transazione, che si risolve in un negozio dispositivo transtipico²¹.

Queste difficoltà di inquadramento hanno condotto parte degli studiosi ad elaborare schemi classificatori ulteriori, ricorrendo a concetti di ordine teorico-generale, così da collocare la transazione fra i negozi di secondo grado con funzione regolativa²², fra le forme di autotutela con-

¹⁶ Cfr. E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1929, 141. In termini critici, cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 54; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 90 ss., e, più recentemente, S. RUPERTO, *op. cit.*, 216.

¹⁷ É questa, la tesi, isolata, di F. DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva: contributo alla dottrina del documento contrattuale*, Milano, 1948, 108 ss.

¹⁸ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 94, in opposizione alle tesi che negavano la natura contrattuale della transazione, come pure di quelle che ravvisavano nella stessa un negozio giuridico suscettibile di integrazione mediante tecniche di collegamento negoziale.

¹⁹ Cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 806 ss., dove si afferma che la transazione sarebbe priva di una causa autonoma, rispecchiando la causa del contratto originariamente stipulato fra le parti. Va da sé che ciò non spiega quale causa abbia la transazione mista o quella avente ad oggetto liti che non postulano alcun rapporto fra le parti della controversia. Per uno sviluppo della tesi cfr. F. ROMANO, *op. cit.*, 629 ss.

²⁰ Cfr. G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 135 ss.; ID., *La transazione*, cit., 80 ss.

²¹ Cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 485, dove si afferma che entro lo schema funzionale del contratto di transazione «può essere ricompreso qualsiasi tipo di operazione che importi una disposizione di diritti e si sostanzi in una reciprocità di sacrifici». Sul punto cfr. anche E. DEL PRATO, *op. cit.*, 813 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 136 ss.; A. PALAZZO, *op. cit.*, 389.

²² Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 179 ss., che annoverava la transazione fra i negozi regolamentari. Per alcuni riferimenti a tale concezione cfr. P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 224; F. CARRESI, *Transazione*, 487; ID., *Della transazione*, cit., 232 ss.; N. IRTI, *Norma giuridica e processo civile*, 319. Per una critica della categoria cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962, 322 s.; più recentemente, analoghe critiche sono state sollevate S. RUPERTO, *op. cit.*, 284.

sensuale²³, o fra le manifestazioni di autonomia privata preordinate alla composizione di conflitti²⁴.

Nella letteratura recente sembra essersi ormai preso atto della difficoltà di tipizzare il contratto oltre una certa soglia, preferendo accentuare la sua funzionalizzazione a risolvere la lite tramite le concessioni reciproche delle parti²⁵.

Oltre alle specifiche questioni attinenti alle caratteristiche del sinalagma negoziale²⁶, dell'oggetto del contratto²⁷, dell'errore e della risoluzione²⁸, i più discussi e rilevanti problemi attengono alla funzione ed all'efficacia del negozio.

Per quanto concerne il primo aspetto²⁹, la transazione non si ritiene preordinata a garantire la sola circolazione di beni e servizi nel rispetto

²³ Cfr. F. ROMANO, *op. cit.*, 631 ss., mentre risulta maggiormente critica la posizione dello stesso E. BETTI, *Autotutela*, cit., 529 ss.

²⁴ Cfr. A. PALMIERI, *op. cit.*, 11.

²⁵ Cfr. C. CICERO, *Transazione*, cit., 1056 ss.; ma già E. DEL PRATO, *op. cit.*, 814; A. PALAZZO, *op. cit.*, 299.

²⁶ Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 111 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 339 ss.

²⁷ Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 129 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 144 ss.

²⁸ Per un'impostazione del dibattito inerente alla disciplina del Codice del 1865 cfr. A. BUTERA, *op. cit.*, 1669 ss.; E. GROPPALLO, *Sui casi di nullità della transazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1932, 325 ss. Con riguardo alla disciplina vigente, cfr. M. BACCIGALUPI, *Note sull'errore nella transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, 587 ss.; F. CARESI, *Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, II, 451 ss.; L. LAUDISA, *op. cit.*, 413 ss.; M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, 250 ss., nonché il più recente contributo di I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012, 56 ss.

²⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla causa*, 576; R. NICOLÒ, *op. cit.*, 54 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 7. Il dibattito inerente alla identificazione della causa della transazione nella dottrina civilistica è ampiamente documentato da S. RUPERTO, *op. cit.*, 250 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 244 ss. Rispetto agli orientamenti tradizionali, sembra opportuno aggiungere come il dibattito sulla causa del contratto debba essere colto soprattutto in riferimento al fenomeno della c.d. causa in concreto del singolo negozio, nei termini isolati da giurisprudenza e dottrina (su rinvia anche infra, nota 301. Cfr., con specifico riguardo alla transazione, S. RUPERTO, *op. cit.*, 252, dove si osserva come la causa debba essere individuata non solo in rapporto all'astratta funzione del negozio, ma anche agli interessi concretamente perseguiti dalle parti. Per una ricostruzione del fenomeno, cfr. R. SACCO, *Causa*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg., Torino, 2014, 37 ss.

delle autonome valutazioni delle parti. Si è posto l'accento sul fatto che il contratto può anche essere preordinato a soddisfare interessi che trascendono le necessità patrimoniali dei litiganti³⁰: aspetto già intuito ad inizio del XIX secolo³¹, nel solco della tradizione romanistica e canonistica³².

Anche quando non si siano subite le suggestioni della dottrina ottocentesca, che individuava nella transazione un equivalente negoziale della sentenza³³, si è spesso rilevato come questa tipologia contrattuale rappresenti uno strumento di pacificazione sociale³⁴, operando come una libera alternativa alla giurisdizione³⁵.

³⁰ Cfr. A. BUTERA, *op. cit.*, 1669; F. CARNELUTTI, *Lezioni*, I, cit., 16; E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 1 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 277; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 178 ss. Più recentemente, cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 485.

³¹ Cfr. il discorso tenuto il 28 ventoso dell'anno XII dal tribuno J. ALBISSON, *Rapport sur la loi relative aux transactions*, in J.B. FIRMIN-MARBEAU, *Traité des transactions*, II ed. Parigi, 1832, 315, dove la transazione aveva «l'effet ordinaire... d'étouffer l'esprit de dissension, si fatal au repos de la société»; G. COLIZZI, *Saggio analitico di giurisprudenza naturale e sociale*, V, Perugia, 1835, 415 s., che definiva la transazione un istituto conforme ai precetti della «legge naturale», nella parte in cui contribuiva a porre fine a liti che «nelle civili società disturbano la quiete e la felicità delle famiglie».

³² Cfr. i riferimenti a passi ciceroniani in L. NEPPI MODONA, *La transazione in diritto romano*, Bologna, 1889, 10 ss.

³³ Il problema, anche con riferimento alla disciplina dell'art. 1772 c.c. del 1865 ed all'influenza della dottrina francese in merito, è discusso da G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 3 ss. Va rammentato come anche in ambito tedesco si fosse profilata l'assimilazione fra transazione e sentenza, nei termini di F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 1840-1849, VII, trad. it. Torino, 1896, 7 ss. Nella dottrina italiana, cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., 154 ss.; E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 261 ss.

³⁴ Come evidenzia F. TREGGIARI, *op. cit.*, 792 ss., non sono mancati ordinamenti – come quello franco di età carolingia – in cui la transazione era coattivamente imposta (ossia 'imperata') a garanzia della stessa pace sociale. Sulla transazione come fattore di pacificazione cfr. pure A. BUTERA, *op. cit.*, 1669; E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 1 ss.; G.B. SILVESTRI CAMAGNA, *Transazione*, in *Nov. Dig. It.*, II, Torino, 1940, 273. Il medesimo fine è sotteso alla transazione di diritto canonico, nei termini di P. COLELLA, *Transazione (dir. can.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 873.

³⁵ Cfr., E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 262, in cui si osserva come «principio dispositivo e libertà di transigere e compromettere vanno di pari passo»: rilievo non secondario con riguardo alle liti di cui sia parte la pubblica amministrazione, nei termini che si chiariranno anche *infra*, cap. IV, par. 2 e V, par. 2 e 3. Sul punto cfr. L. LAUDISA, *op. cit.*,

Le stesse tesi che ravvisano nella transazione il prototipo delle moderne *a.d.r.*, e ne sottolineano la duttilità quale strumento di autonoma composizione del conflitto, non fanno altro che rivisitare queste antiche intuizioni nei termini della moderna sociologia giuridica: riconoscendone, da un lato, il primato storico; dall'altro, il rilievo sistematico³⁶.

Il contratto di transazione viene così inteso come un meccanismo istituzionale che contribuisce alla riduzione dei costi di funzionamento degli apparati giudiziari, favorendo un'efficiente allocazione di risorse private e pubbliche³⁷.

413 s.; A. PALMIERI, *op. cit.*, 5 ss. Cfr. pure C. VOCINO, *op. cit.*, 687 ss., secondo il quale negoziazione e composizione giudiziale della lite sarebbero espressive di attività di integrazione ed attuazione del precetto normativo analoghe sotto il profilo dei metodi conoscitivi, e distinte in rapporto alla differente efficacia e stabilità degli strumenti.

³⁶ Si tratta di orientamenti maturati in ambito anglo-americano, ma con importanti effetti sulla stessa circolazione internazionale dei modelli di *a.d.r.* Per una sintesi delle principali questioni cfr. J.P. GOULD, *The Economics of legal Conflicts*, in *The Journal of legal Studies*, 1973, 279 ss.; R.A. POSNER, *An economic Approach to legal Procedure and judicial Administration*, in *Journal of legal Studies*, 1973, 399 ss.; J.F. REINGANUM, L. L. WILDE, *Settlement, Litigation and the Allocation of Litigation Costs*, in *Rand Journal of Economics*, 1986, 557 ss.; S. SHAVELL, *op. cit.*, 5 ss.; ID., *Suit, Settlement, and Trial: a theoretical Analysis under alternative Methods for the Allocation of legal Costs*, in *Journal of Legal Studies*, 1982, 55 ss., dove sono analizzati i benefici economico-sociali derivanti dalla promozione delle tecniche di composizione autonoma dei conflitti in luogo del ricorso al giudice o ad altri soggetti istituzionalmente preposti allo scopo.

³⁷ L'assunto può essere condiviso ove si ritenga che il contratto abbia acquisito una funzione economico-sociale complessa, risultando strumentale alla soddisfazione degli interessi pubblici sottesi alla certezza e stabilità delle relazioni fra consociati, espressiva di utilità sociale ai sensi dell'art. 41 Cost. L'evoluzione è tracciata, fra gli altri, da T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico* (1959), in ID., *Problemi giuridici*, cit., 37 ss.; G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. Dir. Com.*, 1997, 24 ss.; L. FERRI, *op. cit.*, 38 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato*, cit., 403 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, 29 ss.; SAL. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato*, cit., 1092 ss. Per un inquadramento cfr. G. ALPA, *Le stagioni*, cit., 57 ss., nel solco di E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 190; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 795 ss. Per una recente ricostruzione cfr. pure G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in AA.VV. *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2015, 151 ss.

Tralasciando ogni giudizio di valore circa i fondamenti e le implicazioni di questi schemi interpretativi³⁸, preme osservare come tale ordine di idee valorizzi la capacità regolativa della transazione, ossia la sua idoneità a porsi quale fonte negoziale di un rapporto giuridico non conflittuale, in luogo della conflittualità pregressa³⁹.

L'accento posto dagli studi recenti sulla funzione economico-sociale della transazione ha avuto la non secondaria conseguenza di rinverdire il dibattito sull'efficacia del contratto⁴⁰.

Si tratta dell'autentico nucleo problematico dell'istituto, anche perché la definizione degli effetti giuridici della transazione dipende dalle premesse concettuali inerenti alla natura del fenomeno⁴¹.

Se, nella vigenza del Codice del 1865, risultava di gran lunga prevalente la tesi dell'efficacia dichiarativa della transazione⁴², oggi è indiscussa l'efficacia costitutiva del contratto⁴³.

³⁸ Già alcuni decenni addietro la dottrina statunitense ha espresso una serie di dubbi circa la funzione sociale della composizione negoziale delle liti, rilevando come la sostituzione del giudice possa incidere sul livello di protezione delle libertà individuali, col rischio di esporre a maggiore soccombenza la parte priva di risorse economiche idonee a condizionare lo svolgimento delle trattative. In questi termini, con esemplificazioni riferite all'esperienza statunitense, cfr. O.M. FISS, *op. cit.*, 1669 ss. Per una discussione del problema, sia concesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1203 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 481 ss. Va osservato come tali preoccupazioni, inerenti alla dimensione assiologica delle *a.d.r.* nell'ambito delle politiche di deflazione del contenzioso, trascendono l'oggetto della ricerca giuridica prettamente intesa, risolvendosi in valutazioni inerenti alla compatibilità dei singoli strumenti con le opzioni valoriali di ciascuno studioso.

³⁹ Si tratta di un profilo colto da tutti gli studiosi che non si sono limitati ad accettare la mera efficacia costitutiva della transazione, ma hanno variamente tentato di porre in luce la sua attitudine regolativa: cfr. già M. GIORGIANNI, *Il negozio*, cit., 75 ss., nonché E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 221 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 140; L. LAUDISA, *op. cit.*, 415; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 349 ss.

⁴⁰ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 51 ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 9 s.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 144 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 356 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 229 ss.

⁴¹ Cfr. soprattutto G. GITTI, *La transazione*, cit., 80 ss.

⁴² Per un'analitica esposizione della tesi cfr. A. BUTERA, *op. cit.*, 1749; R. NICOLÒ, *op. cit.*, 4 ss.; V. POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, 24 ss.; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, 60 ss. Con riferimento ai mutamenti indotti dalla disci-

L'efficacia costitutiva è intesa ora come sostituzione della situazione giuridica litigiosa⁴⁴, ora come la modificazione del rapporto controverso, assorbito in un nuovo assetto negoziale⁴⁵, o, ancora, come efficacia innovativa connaturata al contratto⁴⁶.

Lungi dall'essere risolto con la definitiva affermazione dell'efficacia costitutiva del negozio, il dibattito si è successivamente incentrato sulla scomposizione dei caratteri strutturali dell'efficacia⁴⁷, o sulla possibilità di attribuire alla transazione ulteriori effetti, come quello preclusivo⁴⁸, normativo⁴⁹, o propriamente transattivo⁵⁰.

plina del Codice del 1942, cfr. E. VALSECCHI, *Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, 424.

⁴³ Gli indici positivi più rilevanti, oltre alle disposizioni in materia di trascrizione, sarebbero rappresentati dalla disciplina dell'art. 1976 c.c., incompatibile con la natura dichiarativa dell'accordo, e dalla mancata riproduzione dell'art. 1972 dell'abrogato Codice, che attribuiva alla transazione l'efficacia della sentenza passata in giudicato. Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 2; S. RUPERTO, *op. cit.*, 356 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 277 ss.; M. SEGNI, *op. cit.*, 252 ss.

⁴⁴ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale*, cit., 20 ss.; ID., *La transazione*, cit., 277 ss. Similmente, cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 271 ss.

⁴⁵ Cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 65 ss. In termini affini cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 300; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., 76; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 2.

⁴⁶ Cfr. S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 459. Cfr. pure SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 806 ss.; L. PUCCINI, *op. cit.*, 252.

⁴⁷ Cfr. i contributi inerenti alla natura retroattiva o prospettiva della transazione, in termini documentati, tra gli altri, da F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 292 ss., nonché E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; A. PALAZZO, *op. cit.*, 299; S. RUPERTO, *op. cit.*, 356 ss.

⁴⁸ Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 492 ss., dove si distingue fra efficacia dichiarativa, costitutiva e preclusiva, attribuendo a quest'ultima la capacità di determinare una trasformazione della realtà preesistente in via autonoma, senza conservare né innovare la situazione progressa (come avviene per l'efficacia dichiarativa e costitutiva). Ne deriva che l'efficacia preclusiva opera essenzialmente su un piano prospettivo, ossia *pro futuro*, scindendo ogni legame con il passato. Sul punto cfr. R. DE STEFANO, *op. cit.*, 69 ss.; A. PALAZZO, *op. cit.*, 299 ss.; F. PANUCCIO DATTOLA, *La transazione novativa*, Milano, 1996, 17 ss. Per una critica della teoria e delle sue applicazioni cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 272 ss.

⁴⁹ Cfr. G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 140 ss.; L. LAUDISA, *op. cit.*, 415.

La ricchezza delle teorie emerse in materia è rimarchevole, oltre ad assumere uno specifico rilievo in rapporto alle potenziali applicazioni dell'istituto nell'ambito della conflittualità amministrativa.

Non sono mancate, peraltro, le tesi volte a contemperare le differenti posizioni, sottolineando come la transazione abbia sia l'effetto necessario di confermare, o modificare, la preesistente situazione, che l'effetto, eventuale, di sostituire la situazione preesistente con un nuovo assetto di interessi⁵¹.

Gli studi più recenti hanno criticato sia l'una che l'altra tesi, negando che l'efficacia costitutiva della transazione si possa risolvere nella mera sostituzione o modifica del rapporto preesistente, considerati come effetti inidonei a cogliere le peculiarità del fenomeno rispetto ad altri meccanismi negoziali⁵². Questi contributi evidenziano, in particolare, come l'efficacia della transazione debba essere apprezzata sia per la sua capacità di incidere sul rapporto litigioso pregresso, sia per la sua attitudine a stabilire un assetto di interessi incontrovertibili anche per il futuro⁵³.

Al riguardo, alcune tesi sottolineano come dalla combinazione di effetti costitutivi e preclusivi derivi la fissazione di regole di condotta che impegnano le parti anche per l'avvenire, nei termini stabiliti mediante le concessioni istitutive di diritti e obblighi reciproci⁵⁴. Nell'ambito di una più ampia critica alla teoria dell'efficacia costitutiva e preclusiva,

⁵⁰ Cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 280 ss. Senza negare la rilevanza dell'effetto preclusivo, l'A. ritiene di integrare tale teorizzazione enucleando, attraverso l'effetto transattivo, un'efficacia che opera sui piani retrospettivi e prospettivi: il primo preordinato alla definizione della controversia, il secondo a fissare il nuovo assetto di interessi.

⁵¹ Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 27; M. SEGNI, *op. cit.*, 266 ss., con specifico riferimento all'efficacia 'confermativa' della transazione, intesa come atto di riconferma del rapporto precedente.

⁵² Cfr. G. GITTI, *La transazione*, cit., 80 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 266 ss.

⁵³ L'efficacia innovativa della transazione era già stata profilata da C. FURNO, *op. cit.*, 456. Pur con differenti declinazioni, accentuano l'efficacia prospettiva della transazione G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Padova, 2000, specie 142, ss. e in particolare 148; S. RUPERTO, *op. cit.*, 291 ss. Non mancano, peraltro, voci critiche in ordine a quello che si ritiene il 'dogma' dell'immutabilità del contratto: cfr. G. GITTI, *La transazione*, cit., 78 ss.

⁵⁴ Cfr. G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 135 ss.

gli effetti della transazione sono stati ricondotti all'accertamento convenzionale di reciproci riconoscimenti e rinunce⁵⁵.

La stessa ampiezza del dibattito induce a respingere soluzioni unilaterali, così da poter profilare un'efficacia plurima del contratto di transazione, da individuare in rapporto alla sua direzione temporale⁵⁶.

Ferma la generale natura costitutiva dell'efficacia, si propone di distinguere due specifici modi di manifestazione dell'effetto, in rapporto alla sua incidenza sulla situazione pregressa e sui futuri rapporti fra le parti⁵⁷.

Sulla situazione pregressa opera un effetto costitutivo di tipo eliminatorio. Si elimina la lite, intesa come rapporto controverso cristallizzato nella pretesa e contropretesa, senza che ciò incida direttamente sulle situazioni giuridiche su cui verte la lite stessa⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. M. FORNACIARI, *op. cit.*, 272 ss. e, con riferimento specifico alla transazione 312 ss. Secondo questa tesi, l'effetto dell'accertamento è quello di vincolare l'attività conoscitiva del giudice, ossia, *ivi*, 275 a quanto già accertato in contratto (il che ha il limite di definire la struttura e le funzioni dell'accertamento in rapporto ad un accadimento successivo ed eventuale all'attività delle parti, come l'intervento del giudice, alla stregua di un *post-hoc, propter hoc*).

⁵⁶ Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; L. LAUDISA, *op. cit.*, 455; S. RUPERTO, *op. cit.*, 408 ss.

⁵⁷ La soluzione proposta rispecchia l'integrazione fra effetto eliminatorio e conformativo della sentenza di annullamento, cui si attribuisce una valenza teorico-generale idonea a spiegare il più ampio fenomeno dell'efficacia giuridica dell'atto transattivo. È obbligato il rinvio a M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza* (1981), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1524 ss.; *Id.*, *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 299 ss.

⁵⁸ Sulla capacità della transazione di estinguere la controversia, nell'ambito di una concezione dichiarativa dell'efficacia del contratto, cfr. E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 262; la stessa soluzione venne ricondotta all'efficacia costitutiva da S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 455, che però negava la normale efficacia retroattiva della transazione. Nella dottrina recente, l'effetto estintivo della transazione è profilato da G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 128 ss., secondo la quale esso implica, sul piano sostanziale, una rinuncia delle parti all'azione o alla prosecuzione del giudizio. Resta fermo l'assunto per cui l'effetto estintivo non ha ad oggetto il rapporto alla base della lite, salvo il caso della transazione novativa. Sul punto, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, 77 s.

Tale effetto viene contemplato dallo stesso art. 1965 c.c., nella parte in cui afferma che attraverso la transazione si «pone fine» alla lite attuale o potenziale⁵⁹.

Sulla situazione futura opera un effetto conformativo, che impone alle parti di adempiere agli obblighi nascenti dalle reciproche concessioni pattuite. L'effetto così delineato permette di estinguere, o modificare, le situazioni giuridico soggettive su cui verte la lite, o di creare nuove posizioni e relazioni non controverse⁶⁰. Anche tale effetto appare compatibile con le previsioni del Codice, posto che l'art. 1965 c.c. stabilisce un collegamento necessario fra l'estinzione della lite e la fissazione di un diverso assetto di interessi, definito dalle reciproche concessioni⁶¹.

La plurima efficacia della transazione mostra perché la dottrina abbia ritenuto che, attraverso questo contratto, non si determini una mera allocazione di beni⁶², trasformando il conflitto giuridico in un nuovo

⁵⁹ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 122; A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 51 ss. Fra i corollari dell'effetto estintivo, secondo la giurisprudenza, andrebbe annoverato anche il venir meno dell'interesse ad agire (e a contraddire) o alla prosecuzione del processo già instaurato: Cass. civ., sez. I, 2.4.2015, n. 6676; Cass. civ., sez. III, 8.7.2010, n. 16150; Cass. civ., sez. I, 3.3.2006, n. 4714; Cass. civ., sez. I, 3.3.2003, n. 4714; Corte App., Napoli, sez. I, 27.4.2010; Trib. Palermo, sez. III, 31.1.2017; Trib. Bologna, 19.4.2011; Trib. Bari, sez. I, 26.7.2010. In dottrina, i prodromi della tesi risalgono a F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, 347, oltre che a E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 30 ss.

⁶⁰ Con riguardo alle transazioni di cui sia parte l'amministrazione, ciò implica che l'effetto conformativo nascente dal contratto possa essere più ampio di quello scaturente dalla sentenza, specie di annullamento. I reciproci obblighi pattuiti dalle parti riducono gli ambiti di residua attività 'libera' dell'amministrazione, ossia gli spazi di discrezionalità amministrativa che, secondo M. NIGRO, *Il giudicato*, cit., 1528, residuano a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

⁶¹ Per un'originaria apertura in tal senso, nella vigenza del precedente Codice, cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 66, pur all'interno di una tesi che scindeva la funzione costitutivo-creativa della transazione dalla sua efficacia meramente dichiarativa. Nella dottrina recente, pongono l'accento sul tale capacità G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 122 e 132 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 135 ss.

⁶² Per la tesi tradizionale, cfr. invece L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 299.

assetto economico⁶³, ma si raggiunga un risultato più ampio, corrispondente all'autonoma stabilizzazione dei rapporti fra le parti⁶⁴.

L'efficacia della transazione spiega, dunque, il reale significato della funzione pacificatoria che si attribuisce costantemente a questo contratto⁶⁵.

Attraverso il superamento della lite viene meno l'alea che caratterizza strutturalmente le vicende del processo di cognizione e di esecuzione⁶⁶ ed il rapporto fra le parti viene conformato mediante un accordo commutativo che fissa in termini incontrovertibili i reciproci diritti ed obblighi delle parti⁶⁷.

Resta da approfondire se quanto emerso con riferimento alla transazione di diritto comune possa essere automaticamente trasposto ai rapporti conflittuali di cui sia parte l'amministrazione.

2. Le transazioni dell'amministrazione tra Codice civile e discipline speciali

L'esame della congruenza fra modello di diritto comune e transazione amministrativa impone di considerare i rapporti sussistenti fra la disciplina del Codice civile e le previsioni di legge che consentono di

⁶³ In tal senso, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 5 ss.

⁶⁴ Cfr. F. ROMANO, *op. cit.*, 632.

⁶⁵ Cfr. E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 178; S. RUPERTO, *op. cit.*, 485. Aderiva a questa lettura anche E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 34 ss.

⁶⁶ Cfr. M. BACIGALUPPI, *op. cit.*, 390, dove si sottolineava come la transazione potesse essere preordinata ad evitare il probabilismo giudiziario insito in qualsiasi conflitto fra pretese incompatibili; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 178, con riguardo alla «eliminazione del rischio della pronuncia giudiziale, lontana e costosa». La convinzione è ribadita da L. LAUDISA, *op. cit.*, 414; I. RIVA, *op. cit.*, 46 s. La questione prescinde dalla problematica della c.d. aleatorietà della transazione, affermata da una parte della dottrina, considerando come l'incertezza dell'esito processuale della lite attenga ad un elemento esterno alla transazione, non potendosi inferire dalla prima la natura aleatoria della seconda. Sulla natura aleatoria della transazione cfr. però R.A. CAPOTOSTI, *L'alea nella transazione*, in *Foro It.*, 1957, I, 1126 s.

⁶⁷ Sul *ne bis in idem transactum* cfr. soprattutto M. FRANZONI, *op. cit.*, 242 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 337 ss.; ID., *La transazione*, cit., 196 ss.

utilizzare il contratto per la composizione delle liti di cui sia parte la p.a.

L'attuale disciplina del fenomeno non si discosta in termini apprezzabili da quella esaminata, a metà degli anni Trenta, nella pionieristica monografia di Guicciardi⁶⁸.

Le norme che stabiliscono l'acquisizione dei pareri dell'Avvocatura di Stato e del Consiglio di Stato in materia di transazioni danno per presupposta la rilevanza del contratto, ma nulla stabiliscono in ordine al regime giuridico⁶⁹. Lo stesso può dirsi per le più recenti disposizioni del t.u.e.l., che affidano all'organo di revisione la competenza ad esprimere pareri in ordine alle transazioni, senza ulteriori chiarimenti⁷⁰.

Se mancano disposizioni generali finalizzate a stabilire la fisionomia del contratto, è pur vero che, nella legislazione settoriale, sono frequenti le previsioni che conferiscono rilevanza giuridica a specifiche transazioni. La legge, in tal caso, ne circoscrive l'ambito applicativo, mediante l'individuazione di determinati presupposti o attraverso la previsione di particolari adempimenti procedurali.

Si tratta di fattispecie su cui si sono sovente addensati i dubbi interpretativi di giurisprudenza e dottrina, a conferma delle difficoltà qualificatorie derivanti dalla necessità di adattare il modello del Codice civile a fenomeni caratterizzati da una propria, fisiologica, specialità.

È emblematico il caso dell'art. 208 del Codice dei contratti pubblici, che disciplina la transazione su liti aventi ad oggetto diritti soggettivi

⁶⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 7 ss. Per un aggiornamento delle fonti sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 227 ss.

⁶⁹ Cfr. l'art. 13 del r.d. n. 1611/1933; l'art. 14 del r.d. n. 2440/1923, dove si attribuisce all'Avvocatura di Stato la facoltà di «predisporre transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate» e di esprimere «parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni». Spetta al Consiglio di Stato esprimere un parere «prima di approvare gli atti di transazione diretti a prevenire od a troncane contestazioni giudiziarie qualunque sia l'oggetto della controversia» eccedente determinate soglie di valore. Lo stesso parere può essere richiesto quando la p.a. non intenda conformarsi al parere (negativo) espresso dall'Avvocatura di Stato, a prescindere dal valore della controversia. Si segnala, tuttavia, come il parere del Consiglio di Stato, un tempo obbligatorio, sia attualmente facoltativo, sulla base delle previsioni dell'art. 17, comma 25, della l. n. 127/1997.

⁷⁰ Cfr. art. 239, comma 1, lett. b), n. 6), del d.lgs. n. 267/2000, con rinvio alle previsioni degli artt. 42 e 194 dello stesso Testo Unico.

nascenti dall'esecuzione del contratto, a condizione che non sia stato possibile comporre la controversia ricorrendo preliminarmente alle ulteriori *a.d.r.* previste dallo stesso d.lgs. n. 50/2016⁷¹.

Tralasciando le questioni interpretative sottese al rapporto fra transazione ed altre *a.d.r.*, ci si può chiedere se le previsioni dell'art. 208 comportino il parallelo divieto di transigere sulle controversie nascenti dallo svolgimento della gara d'appalto, o in cui si faccia questione di interessi legittimi connessi all'esercizio di potestà amministrative nel corso dell'esecuzione del contratto.

La tesi negativa implica, infatti, che l'art. 208 del d.lgs. n. 51/2016 non si limiti a disciplinare il tipo negoziale, ma contenga anche un implicito divieto di transigere su tutte le questioni estranee al suo ambito di applicazione⁷². Ne conseguirebbe, pertanto, il divieto di disporre del-

⁷¹ Cfr. R. D'ANGIOLELLA, *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione alternativa delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Riv. Arb.*, 2018, 345 ss.; M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2019, 361 ss.; B. MARCHETTI, *Le a.d.r. nel contenzioso dei contratti pubblici*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2016, 425 ss.; M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 557 ss. Con riguardo alla disciplina previgente, cfr. F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007; F. D'ANGELO, *Contratto ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*, in *Foro Amm.-CdS*, 2007, 1586 ss.; C. DEODATO, *La transazione*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, a cura di, *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Milano, 2010, 3763 ss.; A. MALTONI, *I rimedi alternativi*, in M. CLARICH, a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Torino, 2010, 1041 ss.; ID., *Considerazioni in tema di attività procedimentale a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2011, 140 ss.; C. POLIDORI, *La transazione in materia di appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2009, 941 ss.; G. TROPEA, *Transazione e accordo bonario*, in F. SAITTA, a cura di, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milano, 2008, 1165 ss. La disciplina del Codice va correlata alle previsioni degli artt. 7,8 e 9 del d.P.R. n. 748/1972, che affidano ai dirigenti la competenza di concludere ed approvare le transazioni in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, in rapporto a determinate soglie economiche.

⁷² Cfr. M. DELSIGNORE, *La transazione*, 361 ss. Con riferimento alla disciplina previgente, la tesi è sostenuta da C. CICERO, *Transazione*, cit., 1068 ss., che interpreta le previgenti disposizioni dell'art. 239 del d.lgs. n. 163/2006 alla stregua del divieto di

le situazioni giuridico soggettive inerenti allo svolgimento della gara, con la conseguenziale nullità delle transazioni eventualmente stipulate, ai sensi dell'art. 1966 c.c.⁷³

Questi assunti rischiano, al contempo, di provare troppo, se si considera come l'art. 208 si limiti a disciplinare uno specifico tipo di transazione, senza considerare fattispecie differenti da quelle che ricadono entro il proprio ambito applicativo⁷⁴.

Alcuni problemi caratterizzano anche la disciplina delle transazioni in materia di danni trasfusionali, previste da alcuni regolamenti ministeriali al fine di risolvere una serie di controversie di massa legate a note disfunzioni del sistema sanitario⁷⁵.

Per quanto le fonti di riferimento e la natura delle posizioni soggettive dei danneggiati possano indurre a qualificare tali transazioni alla stregua dei contratti di diritto comune, non mancano elementi idonei a differenziare il fenomeno rispetto alla disciplina del Codice civile. La stipulazione del contratto è infatti subordinata ad una serie di requisiti soggettivi e di adempimenti procedurali, che si spiegano in rapporto alla generale disciplina dell'art. 12 della l. n. 241/1990 e, dunque, alla piena assimilazione della prestazione della p.a. al provvedimento attributivo di vantaggi economici⁷⁶.

transigere su controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi connessi alla gara, come pure di interessi legittimi, siano essi connessi allo svolgimento della gara o all'esecuzione del contratto. Per una ricognizione del problema cfr. anche C. DEODATO, *op. cit.*, 3763 ss.; C. POLIDORI, *op. cit.*, 941 ss.; G. TROPEA, *op. cit.*, 1165 ss.

⁷³ Per un'applicazione, cfr. Tar Liguria, Genova, sez. II, 21.1.2009, n. 81.

⁷⁴ Sul punto si rinvia anche *infra*, cap. IV, par. 6.

⁷⁵ Si fa riferimento alla disciplina delle transazioni relative a controversie risarcitorie derivanti da trasfusione di sangue infetto. Cfr. la disciplina introdotta dall'art. 2, comma 361, della l. n. 244/2007, e dai successivi regolamenti di attuazione, finalizzati a determinare le procedure di valutazione delle istanze di presentate dagli interessati, su cui cfr. A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 247 ss.

⁷⁶ Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. III, 24.11.2011, n. 6244. Le conseguenze pratiche della disciplina sono evidenti anche in rapporto alla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive degli individui che non sono stati ammessi a beneficiare delle misure garantite dal regolamento, assimilate ad interessi legittimi: cfr. Cass. civ., sez. Un., ord. 21.2.2018, n. 4233; Cons. Stato, sez. III, 22.6.2018, n. 3858; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 30.5.2018, n. 1371; Cass. civ., Sez. Unite, ord., 3.2.2016, n. 2050.

Caratteri non meno peculiari contraddistinguono il ricorso alla transazione fiscale prevista dalla legge fallimentare⁷⁷, in rapporto ad istituti contermini come l'accertamento con adesione, il concordato e la conciliazione⁷⁸.

Sotto il profilo sistematico, la transazione fiscale sembra infatti evidenziare come anche situazioni tradizionalmente ritenute indisponibili, come quelle nascenti dall'obbligazione tributaria, siano suscettibili di disposizione ad opera delle parti. La disciplina della legge fallimentare dimostra, dunque, come l'art. 1966, comma 2, c.c. contenga un rinvio mobile alla legislazione speciale, anche al fine di definire l'ambito applicativo del contratto⁷⁹.

Il rapporto con il modello del Codice civile rimane, tuttavia, ambiguo, in considerazione del fatto che la transazione fiscale non implica l'esistenza di una lite, quanto il concreto rischio di insoddisfazione del credito dell'amministrazione, a causa dell'incapienza dell'impresa debitrice⁸⁰. L'istituto appare, dunque, finalizzato alla soluzione di un con-

⁷⁷ Cfr. l'art. 182 *ter* della l. n. 247/1942. Tra gli altri contributi, cfr. MA. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, Padova, 2017; M. CARDILLO, *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, 1128 ss.; ID., *La transazione fiscale*, Roma, 2016; A. CUVA, *Conciliazione giudiziale ed indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, Padova, 2007; L. DEL FEDERICO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fall.*, 2008, 333 ss.; L. MAGNANI, *La transazione fiscale*, in G. SCHIANO DI PEPE, a cura di, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 682 ss.; L. RESTAINO, *La natura transattiva degli accordi per il superamento della crisi di impresa*, in *Notariato*, 2018, 528 ss.; L. TOSI, *La transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2006, 1071 ss.; V. ZANICHELLI, *La transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *Fall.*, 2007, 580 ss.

⁷⁸ Per una ricognizione dei singoli istituti, cfr. S. SARDELLA, *Conciliazione giudiziale (diritto tributario)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., Agg.*, Torino, 2007, 140 ss.; P. ROSSI, *Il riesame degli atti di accertamento. Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, 2007, 186 ss.; G. DE MAIO, *Gli accordi fra privati ed amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 744 ss.

⁷⁹ Cfr. C. CICERO, *Transazione*, cit., 1070 ss.

⁸⁰ Cfr. R. CAMA, *La transazione sui debiti contributivi ed il difficile bilanciamento tra il favor per la soluzione concordata della crisi e la tutela dei diritti previdenziali*, in

flitto economico, risolvendosi in un incentivo all'adempimento (parziale) del debito dell'impresa⁸¹.

Una disciplina del tutto peculiare caratterizza le transazioni previste dall'art. 306 *bis* del Codice dell'ambiente, in materia di risarcimento del danno ambientale, ossia delle conseguenze patrimoniali derivanti dall'inquinamento di determinate categorie di siti⁸².

Il d.lgs. n. 152/2006 disciplina in maniera articolata la procedura transattiva, stabilendo anche i requisiti minimi della proposta formulata dal soggetto responsabile del danno⁸³.

Il Codice dell'ambiente non si limita a disciplinare la formazione della volontà di transigere in rapporto alle esigenze di tutela ambientale, ma introduce un modello che si discosta in termini apprezzabili dal tipo previsto dal Codice civile, mediante la previsione di ipotesi di risoluzione unilaterale a favore della p.a., a fronte di qualsiasi inadempimento

Fallimento, 2015, 757 ss.; L. RESTAINO, *op. cit.*, 528 ss. Per una sintesi del dibattito cfr. M. CARDILLO, *op. cit.*, 1128 ss.

⁸¹ Si è infatti qualificata la transazione fiscale alla stregua di una ricognizione del debito con promessa unilaterale di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., negando la stessa natura consensuale dell'istituto: cfr. F. PAPARELLA, *Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all'art. 182-ter l.f.: dalla transazione fiscale soggettiva e consensuale alla retrogradazione oggettiva*, in *Rass. Trib.*, 2018, 317 ss.

⁸² Su tale istituto, introdotto dalla l. n. 221/2015, ed i suoi antecedenti, cfr. M. ANTONIOLI, *Consensualità e tutela ambientale tra transazioni 'globali' e accordi di programma*, in *Dir. Amm.*, 2012, 749 ss.; P.A. DE SANTIS, *La transazione in materia ambientale alla luce della l. n. 13 del 2009 tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. merito*, 2012, 2491 ss.; F. FONDERICO, *Alla ricerca della "pietra filosofale": bonifica, danno ambientale e transazioni globali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 917 ss.; M. MELI, *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica dei siti inquinati e di riparazione del danno ambientale concernenti i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 456 ss.; S. OGGIANU, *A.d.r. in materia ambientale: le transazioni globali*, in *Ianus*, n. 2/2010, 2 ss.; F. SCARDINA, *Sulla cd. transazione ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 203 ss.

⁸³ L'art. 306 *bis* stabilisce le modalità di approvazione della proposta transattiva conforme ai requisiti previsti dalla legge da parte di una conferenza di servizi convocata dal Ministero dell'Ambiente, e composta da Regioni ed enti locali territorialmente coinvolti, previa acquisizione dei pareri di Ispra e Iss. L'accoglimento della proposta determina la predisposizione dell'accordo da parte del Ministero, con acquisizione del parere dell'Avvocatura di Stato.

della controparte⁸⁴. In termini più generali, si è poi osservato come il complessivo equilibrio negoziale sia caratterizzato dalla necessaria adeguatezza delle prestazioni del privato alla tutela degli interessi ambientali affidati alle cure della p.a., con una significativa incidenza sugli elementi essenziali dello stesso negozio⁸⁵.

L'indagine si potrebbe ampliare anche con riferimento ai casi in cui il legislatore, pur non utilizzando il *nomen iuris* della transazione, ha previsto strumenti di composizione autonoma della conflittualità amministrativa potenzialmente riconducibili al modello codicistico.

Oltre alla già ravvisata ipotesi dell'autotutela consensuale, in cui gli accordi procedimentali previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990 sono stipulati nell'ambito di procedimenti di riesame⁸⁶, vengono in rilievo le previsioni relative agli accordi bonari previsti dalla legislazione speciale: bastino gli esempi relativi alla materia delle espropriazioni, della delimitazione del demanio marittimo, e dell'apposizione di riserve nei contratti di appalto.

La natura transattiva degli accordi amichevoli finalizzati alla cessione bonaria dei beni oggetto di espropriazione è stata riconosciuta, in passato, dalla stessa Corte Costituzionale, che ha definito tali istituti come strumenti finalizzati alla deflazione del contenzioso ed alla definizione anticipata della procedura espropriativa⁸⁷.

Per quanto l'accordo disciplinato dall'art. 45 del vigente t.u. in materia espropriativa possa assumere tali finalità, non può sottacersi come la causa dell'accordo sia assimilabile a quella di una compravendita sostitutiva del decreto di esproprio. Lo stesso accordo non è finalizzato alla composizione della lite, ma del conflitto economico intercorrente fra la p.a. ed il soggetto espropriato, in cui possono venire in rilievo

⁸⁴ Cfr. l'art. 306 *bis*, comma 8, del Codice dell'ambiente. Sulla natura derogatoria della disciplina, rispetto alle previsioni dell'art. 1455 c.c., cfr. M. MELI, *op. cit.*, 456 ss.

⁸⁵ Un raffronto con il modello civilistico, ancorché riferito alla previgente disciplina, è formulato P.A. DE SANTIS, *op. cit.*, 2491 ss.; F. SCARDINA, *op. cit.*, 203 ss.

⁸⁶ Cfr. *supra*, cap. I, par. 4.

⁸⁷ Cfr. Cort. Cost., 16.6.1993, n. 283; Cass. civ., sez. I, 18.10.2001, n. 12704. Cfr. G. DE MARZO, *L'accordo amichevole sull'indennità di esproprio e nuovo t.u. sull'espropriazione*, in *Urb. e App.*, 2002, 187 ss. Per una ricognizione della disciplina, cfr. D. SORACE, S. BAIONA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991-2012, 186 ss.

valutazioni relative alla convenienza di agire con strumenti autoritativi o consensuali⁸⁸.

L'art. 32, comma 3, del Codice della Navigazione prevede che, nella delimitazione del demanio marittimo, le parti possano giungere ad un accordo, il cui contenuto viene riprodotto nel provvedimento della competente autorità⁸⁹.

Anche in tal caso, l'accordo non sembra assimilabile alla transazione, ma ad un peculiare negozio di accertamento, finalizzato a determinare l'andamento dei confini fra le due proprietà. Le parti non sono necessariamente in lite; l'accordo non può implicare la disposizione della proprietà demaniale; nella delimitazione di un confine non possono ravvisarsi reciproche concessioni⁹⁰.

La qualificazione dell'accordo sulle riserve relative all'esecuzione dei contratti di appalto alla stregua di una transazione, già profilata in passato, è esplicitamente riconosciuta dall'art. 206, comma 8, del Codice dei contratti pubblici⁹¹.

Nonostante il legislatore affermi, ancorché in termini atecnici, come l'accordo abbia la stessa 'natura' della transazione, il negozio risulta affine ad una tecnica di arbitraggio effettuata da esperti designati dalle parti, ad integrazione della disciplina dell'art. 1349 c.c. Le questioni suscettibili di accordo riguardano alcune riserve che incidono

⁸⁸ La logica economica sottesa al rapporto fra espropriazione e compravendita è colta da G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, 139 ss.

⁸⁹ Apparentemente, la fattispecie potrebbe essere ascritta all'accordo integrativo previsto dalla l. n. 241/1990. Il procedimento non implica, tuttavia, l'esercizio di potestà discrezionali, ma di valutazioni tecniche riconducibili ad attività di accertamento: cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, XIV ed., Milano, 2016, 111; F.A. QUERCI, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989, 101. Così anche la giurisprudenza: cfr. Corte app. Cagliari, sez. I, 5.6.2019; Cass. sez. II, 11.5.2009, n. 10817.

⁹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, 9.6.2014, n. 12945; Cass. civ., sez. III, 19.3.2014, n. 6345; Cass. civ., sez. II, 8.10.2010, n. 22900.

⁹¹ Cfr., l'art. 205, comma 6, del Codice dei contratti pubblici. Con riferimento agli antecedenti dell'attuale disciplina, G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 233 ss., in rapporto alla disciplina dell'art. 31 *bis* della l. n. 109/1994. Per un inquadramento della disciplina cfr. C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 436 ss.; P. COSMAI, *Il nuovo accordo bonario secondo il Codice degli appalti: iter e accorgimenti operativi*, in *Azienditalia*, 2016, 1093 ss.

sull'importo economico dell'opera, non liti in senso proprio; la composizione bonaria non implica reciproche concessioni fra le parti; l'accordo non può avere efficacia costitutiva, mirando ad accertare la fondatezza delle riserve e la loro quantificazione⁹².

Il riferimento contenuto nel Codice dei contratti pubblici alla natura transattiva dell'accordo può essere, dunque, riferito alla peculiare efficacia preclusiva che il legislatore ha inteso attribuire ad esso, in forza della quale sarebbe inibito alle parti rimettere in discussione la questione innanzi ad un arbitro o ad un giudice⁹³.

Altra ipotesi in cui il *nomen iuris* potrebbe sottendere una fattispecie transattiva è quello degli impegni previsti dall'14 *ter* della l. n. 287/1990 – e replicati da altre norme di settore – che parte della dottrina ha tentato di ricondurre al modello degli accordi con funzione transattiva⁹⁴.

⁹² Il riferimento all'arbitraggio sembra preferibile anche in considerazione del fatto che le questioni attinenti alla determinazione di riserve in corso di esecuzione dei contratti di appalto riguardano l'oggetto stesso del contratto, in rapporto a quanto pattuito dalle parti. L'accordo bonario avrebbe, dunque, la funzione primaria di adeguare il contenuto del contratto alle circostanze emerse al momento dell'apposizione della riserva e della verifica del suo contenuto. Sull'arbitraggio, anche ai fini della sua distinzione dell'arbitrato, cfr. E. GABRIELLI, *Arbitraggio*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2003, 125 ss. Sul rapporto fra arbitraggio e transazione cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 685 s., dove opportunamente si sottolinea come l'arbitraggio non abbia ad oggetto alcuna lite, ma un conflitto economico: conflitto che, nel caso di specie, sembra avere ad oggetto la quantificazione delle riserve apposte dall'appaltatore in sede di esecuzione del contratto. Sulla possibilità di qualificare l'accordo bonario come arbitraggio, ancorché nella disciplina previgente, cfr. G. DALEFFE, C. SPACCAPELO, *Le disposizioni processuali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 949 ss.

⁹³ Cfr. anche la disciplina dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici, che ammette la devoluzione ad arbitri delle controversie relative al mancato raggiungimento dell'accordo bonario, solo allora caratterizzate dall'insorgenza della *res* litigiosa. L'accordo bonario non ha, del resto, l'efficacia costitutiva tipica della transazione, anche a fronte del divieto di novare il rapporto contrattuale definito in sede di bando e capitolato. Sul punto, cfr. Avcp n. 103 del 5.12.2012, n. 103; 3.12.2008, n. 56; n. 10 del 19.3.2008, n. 10. A diversi esiti giunge invece la giurisprudenza più recente, che assimila l'accordo alla transazione, anche ai fini della sua successiva contestazione ad opera delle parti: cfr. Trga Trentino-Alto Adige, Bolzano, 1.12.2017, n. 340.

⁹⁴ Cfr. la disciplina degli impegni in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27 del d.lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del consumo), pubblicità ingannevole (art. 8 del

Si è affermato che l'istituto sia preordinato a prevenire controversie nascenti dalla potenziale irrogazione di sanzioni da parte dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, mediante l'assunzione di obblighi con cui l'impresa sottoposta ad indagine si impegna ad eliminare la propria condotta anticoncorrenziale⁹⁵.

d.lgs. n. 145/2007), e procedimenti sanzionatori attivati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 14 *bis* d.lgs. n. 223/2006). Per una sintesi, cfr. L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. Merc.*, 2011, 556 ss.

⁹⁵ Sulle problematiche connesse alla qualificazione giuridica degli impegni, quali accordi o provvedimenti dell'Autorità, cfr. F. BERTINI, G. SCHEMBRI, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza: un menù di scelte per l'impresa*, in *Conc. Merc.*, 2008, 305 ss., dove gli impegni sono assimilati a forme di ravvedimento operoso dell'impresa; V. CERULLI IRELLI, *Consenso e autorità negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEOGNI, a cura di, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 325 ss., che descrive il fenomeno come decisione patteggiata, avente una base consensuale; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in F. CINTIOLI, F. DONATI, a cura di, *Recenti innovazioni in materia antitrust*, Torino, 2008, 29 ss., che assimila il fenomeno all'accordo procedimentale; G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 180 ss.; ID., *Gli impegni delle imprese e le decisioni delle autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 597 ss. che qualifica gli impegni a contratti transattivi novativi; M. LIBERTINI, *Le decisioni 'patteggiate' nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 1284 ss., propenso a recuperare la consensualità dell'istituto; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI, a cura di, *op. cit.*, 2 ss., che riconduce gli impegni all'esercizio unilaterale di funzioni amministrative; M. ONORATO, *La natura degli impegni nella disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 459 ss., che ribadisce la natura unilaterale della decisione con impegni, attribuendo una posizione accessoria al consenso dell'impresa; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. Amm.*, 2010, 503 ss., che li assimila ad accordi procedimentali. Per una sintesi del dibattito, cfr. anche P. DURET, *Gli 'impegni' nel procedimento antitrust*, in B. MARCHETTI, G. FALCON, a cura di, *Pubblico e privato*, cit., 71 ss., che ricostruisce gli impegni alla stregua di un modulo procedimentale complesso, a formazione progressiva, connotato da una marcata consensualità sostanziale; L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, *ivi*, 109 ss., G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, sempre *ivi* 123 ss. Per una rico-

Nella medesima prospettiva, può essere latamente assimilato alla transazione il baratto amministrativo, disciplinato dall'art. 190 del Codice dei contratti pubblici, ove lo si qualifichi come una tecnica di composizione di liti potenzialmente connesse all'applicazione della disciplina tributaria locale⁹⁶.

La frammentazione della disciplina legale non rappresenta un problema insormontabile, se ci si pone nella prospettiva della pluralità delle funzioni amministrative e della necessità di individuare, in rapporto alle esigenze dei singoli apparati o degli interessi in conflitto, gli strumenti maggiormente idonei alla composizione delle liti⁹⁷.

Si tratterebbe di un fenomeno fisiologico se le singole discipline di settore fossero esaustive ed autosufficienti, così da evitare il ricorso a tecniche di integrazione delle lacune mediante il raffronto con altri istituti affini.

gnizione monografica del tema cfr. C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, 149 ss.

⁹⁶ L'art. 190 del Codice dei contratti pubblici prevede che, in cambio della riduzione o esenzione dal pagamento di tributi locali, i privati possano obbligarsi ad eseguire attività di interesse generale. Su tale disciplina, cfr. M. BALDI, *Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Urb. e App.*, 2016, 959 ss.; G. CREPALDI, *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Dir. Amm.*, 2018, 37 ss.; S. VILLAMENA, *Baratto amministrativo: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, 379 ss.; S. ZEBRI, *Il contratto di partenariato sociale ed il nuovo 'baratto amministrativo'*, in *Azienditalia*, 2016, 538 ss. Critica, in ordine alla possibilità di ricondurre il baratto amministrativo al modello della transazione: cfr. C. Conti Lombardia, sez. contr., 24.6.2016, n. 172.

⁹⁷ Non mancano ricostruzioni teoriche che, sulla scia dello storicismo, accettano come fisiologico il mutamento delle categorie, negando, conseguentemente, la possibilità stessa di ricostruire il fenomeno in chiave sistematica: cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 238 ss. Pare, tuttavia, che, seguendo tali direttrici, la stessa funzione del giurista finisca per essere ridimensionata, risolvendosi in un'attività di mera esegesi o, alternativamente, di catalogazione e qualificazione di accadimenti che precedono la formazione della norma, o che ne rappresentano l'effetto. Si preferisce, pertanto, seguire la prospettiva opposta, nel segno di un tentativo di riflessione sistematica sul significato stesso delle norme, sulla loro connessione e sulla loro applicabilità alle singole fattispecie concrete: in tal senso, cfr. M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 796 ss. e, più recentemente, M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 347 ss.

La normazione non sembra, tuttavia, orientata in tal senso, giustificando, anche per tali motivi, una più ampia riflessione sistematica sul rapporto fra categorie civilistiche ed amministrativistiche, nei termini gradualmente prospettati nei successivi capitoli.

3. La differenziazione delle transazioni della p.a. rispetto al modello del Codice civile

La pur succinta disamina effettuata evidenzia come il diritto positivo lasci sempre aperto il problema di verificare la piena compatibilità dei singoli istituti applicabili all'amministrazione con il modello del Codice Civile, al fine di superare i dubbi interpretativi derivanti dalle lacune – reali o apparenti – della legislazione speciale e dalle possibili antinomie del sistema.

Il carattere problematico degli esempi appena addotti consente di chiarire, già in questa fase della ricerca, quali siano gli elementi di reale e concreta differenziazione fra il modello previsto dal Codice civile ed i negozi transattivi a cui fa riferimento la legislazione speciale.

Appare fondamentale, ai fini della prosecuzione dell'indagine, individuare le differenziazioni che incidono sulla struttura del contratto, mettendo in dubbio la possibilità di estendere all'attività negoziale della p.a. le previsioni del Codice civile.

Sembra utile, a questo scopo, distinguere le ragioni di incompatibilità apparenti da quelle effettive.

Si reputano apparenti, e non sono, quindi, idonee ad incidere sulla struttura della transazione, le regole relative alle modalità di formazione ed esternazione della volontà del contraente pubblico⁹⁸. Si tratta, infatti,

⁹⁸ In tal senso già E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 106 ss. Più critico, nella letteratura recente, C. POLIDORI, *op. cit.*, 941 ss., che proprio su tali fattori, indicativi della funzionalizzazione del contratto alla tutela del pubblico interesse, fonda una ricostruzione 'pubblicistica' della fattispecie transattiva attualmente prevista dall'art. 208 del Codice dei contratti pubblici. Rispetto a quest'ultima posizione, si reputa necessario, tuttavia, scindere i termini del problema: affermare che la formazione della volontà negoziale della p.a. sia assoggettata a norme speciali – pubblicistiche – non implica automaticamente che la complessiva qualificazione del negozio e della sua disciplina

di adempimenti che non alterano in maniera significativa causa, oggetto ed effetti del tipo negoziale previsto dall'art. 1965 c.c., esprimendo, semmai, la necessità di garantire la pubblicità e trasparenza dell'attività contrattuale⁹⁹.

Nella medesima prospettiva, va aggiunto come le previsioni dell'art. 1966 c.c., in ordine alla necessità di poter disporre dei diritti oggetto di lite, non siano idonee a differenziare la disciplina delle transazioni amministrative dal modello codicistico¹⁰⁰.

Tale riferimento può incidere sull'estensione dell'ambito applicativo del contratto, ma non opera, di per sé, come un limite intrinseco e generale rispetto alla facoltà di transigere dell'amministrazione¹⁰¹. Le disposizioni dell'art. 1966 c.c. si risolvono, pertanto, in un rinvio mobile alla disciplina speciale, senza che ad essa possa attribuirsi una portata ulteriore né, tantomeno, la valenza di un principio che preclude la transigi-

sia derogatoria a quella individuata dal Codice civile. Si reputa scientificamente più adeguato, sul punto, verificare i singoli punti di convergenza e divergenza della disciplina contrattuale, nei termini che emergeranno *infra*, cap. V.

⁹⁹ Sul punto, cfr. anche *infra*, cap. V, par. 3. Sotto un profilo teorico-generale, ciò discende dal rilievo ormai pacifico per cui l'esercizio della funzione amministrativa non è di per sé incompatibile con la stipulazione di accordi, convenzioni o contratti comunque denominati che abbiano ad oggetto l'esercizio di potestà pubblicistiche. Eventuali limiti possono discendere, in tal caso, dalla normazione positiva, ma non da petizioni di principio o assiomi di altro genere, almeno ove si riconosca come anche convenzioni o contratti siano pur sempre strumenti giuridici funzionali al perseguimento di molteplici risultati: sia di ordine patrimoniale, sia di altro ordine. Cfr., G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 216 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 132 ss.; M. NIGRO, *L'accordo*, cit., 1928 ss. Sul versante civilistico, cfr. G. OPPO, *op. cit.*, 29 ss.

¹⁰⁰ Con argomentazioni differenti, cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 57 ss., per il quale si rimanda *infra*, cap. IV, par. 2. Si tratta di una posizione condivisa anche dalla dottrina successiva: cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, 3 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 243 ss.

¹⁰¹ Sul punto, cfr. *infra*, cap. V, par. 3. L'art. 1966 c.c. non sembra quindi differenziabile, in concreto, dalla congerie di norme che condizionano o limitano le modalità di stipulazione di determinate categorie di contratti – o accordi comunque denominati – da parte della p.a., senza per questo incidere sull'astratta possibilità di ricorrere al modulo negoziale nell'esercizio di funzioni amministrative. Per una ricognizione persuasiva cfr. A. MOLITERNI, *op. cit.*, 117 ss. A conclusioni analoghe è giunta anche parte della dottrina civilistica: cfr. F. ARANGIO, *op. cit.*, 2 s.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 14.

bilità di ogni lite avente ad oggetto situazioni che trascendono la gestione del patrimonio delle parti¹⁰².

Da tale premessa discendono significative conseguenze anche in rapporto all'ammissibilità della transazione mista. Ammessa in termini generali dall'art. 1965, comma 2, c.c. ed applicabili senza limiti particolari alle transazioni finalizzate a risolvere conflitti regolati da norme di diritto privato, queste tipologie negoziali sono estensibili anche alle transazioni concluse dalla pubblica amministrazione¹⁰³.

Non si ravvisano, infatti, ostacoli ad ammettere che la p.a. possa risolvere, o prevenire, l'insorgenza di una lite mediante la costituzione, modifica o estinzione di rapporti diversi da quelli oggetto del conflitto. L'unico limite sarà rappresentato dalla disponibilità del rapporto, nei termini individuati sulla base della norma attributiva del potere e di eventuali previsioni impositive di specifici divieti¹⁰⁴.

¹⁰² Anche al riguardo, cfr. diffusamente *infra*, cap. V, par. 3. La conclusione appare come l'immediato corollario di quanto evidenziato alla nota che precede, fermo il rilievo per cui anche la dottrina più tradizionale non ravvisava nelle previsioni dell'art. 1966 c.c. (*recte*: dell'art. 1765 del codice previgente) un ostacolo di ordine generale alla transigibilità di liti aventi ad oggetto l'esercizio di funzioni pubbliche: cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 61 ss., il cui pensiero è stato ripreso da G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 243 ss.; P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 868 ss. Maggiormente critica la posizione di G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 25 ss., le cui conclusioni derivano dalla convinzione dei ridotti margini di applicabilità dell'istituto alla soluzione di controversie che trascendono gli interessi patrimoniali della stessa p.a.

¹⁰³ L'art. 1965, comma 2, c.c. consente infatti di ascrivere allo schema transattivo anche i negozi giuridici volti a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici diversi da quello controverso, ancorché tale attività sia funzionale alla composizione della lite e, dunque, ascrivibile alla causa (o funzione) transattiva. Sul fenomeno e la sua disciplina, cfr., fra gli altri, E. DEL PRATO, *op. cit.*, 825 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 170 ss.; L.V. MOSCARINI, *La transazione mista*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, 449 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 4 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 463 ss.

¹⁰⁴ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 99. dove si chiariva – senza fare tuttavia riferimento alle transazioni della p.a. – come il potere di transigere ai sensi dell'art. 1966 spettasse «al soggetto che aveva la capacità o il potere di compiere l'atto idoneo a dar vita alla situazione giuridica controversa», subito precisandosi come l'estensione della disponibilità dovesse essere «graduata in relazione ai diritti che formano oggetto della lite». Significativa anche una recente precisazione di S. RUPERTO, *op. cit.*, 487, dove i limiti della transazione mista coincidono con i limiti degli effetti

Altri fattori svelano, invece, le potenziali incompatibilità fra modello codicistico e transazione amministrativa.

Un primo fattore attiene ai presupposti della transazione, con particolare riguardo al rapporto fra incertezza e lite.

Si è già visto come, nella prospettiva civilistica, l'incertezza non sia una caratteristica necessaria della lite, trattandosi, semmai, di una condizione derivante dallo iato fra affermazione e soddisfazione della pretesa formulata nei confronti della controparte: iato normalmente estraneo alla volontà delle parti ed alla loro capacità di predire l'esito della lite, per condizionamenti derivanti dagli stessi meccanismi istituzionali che limitano le potestà di autotutela e rendono aleatori i tempi, i modi ed i risultati dell'esercizio della giurisdizione¹⁰⁵.

Per la parte privata, si tratta di una condizione esistenziale che prescinde dalle caratteristiche della controparte e dalle qualità della lite. Ancorché valorizzata dall'art. 1 c.p.a., l'effettività della tutela giudiziale rimane un'aspirazione da misurare in rapporto alle caratteristiche del singolo rapporto ed alle variabili che possono condizionarne lo svolgimento anche in sede processuale¹⁰⁶.

Come già anticipato, la posizione della parte pubblica non può essere equiparata a quella della parte privata¹⁰⁷. È sin troppo facile osservare come l'articolazione organizzativa degli apparati pubblici escluda

configurabili dalla decisione privata, ossia «tutti quei ‘risultati’ che l'ordinamento riconosce determinabili» attraverso di essa. Nella dottrina pubblicistica, il rapporto fra norma di attribuzione del potere e negoziazione è da F. FRACCHIA, *op. cit.*, 181 ss., con riferimento ad A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 229.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

¹⁰⁶ L'osservazione non è smentita dalla condivisa opinione per cui la stessa effettività della tutela appare formula priva di utilità, essendo l'aspirazione alla tutela una qualità implicita di ogni sistema processuale: il problema dell'ineffettività risulta, pertanto, di ordine metagiuridico e politologico: cfr. R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss. È del resto significativa, nell'ambito della scienza del diritto processuale amministrativo, la diffusione di metafore come quella della “vittoria di Pirro” o il richiamo al paradosso di Zenone, ad indicare la difficoltà del ricorrente di ottenere la soddisfazione concreta delle proprie aspirazioni nei confronti della p.a. Sul punto, cfr. M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione* (1958), in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, cit., 441 ss.; *ID.*, *Il giudicato amministrativo*, cit., 91.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

che l'incertezza possa essere condizione esistenziale del singolo funzionario o amministratore, il quale non è mai parte della lite¹⁰⁸.

La questione non si esaurisce, tuttavia, sul piano delle condizioni dei soggetti in lite, ma attiene allo stesso rapporto intercorrente fra amministrazione e parametri normativi dell'agire pubblico, quale elemento connaturato alla stessa giuridicità del fenomeno amministrativo. Quando i soggetti competenti a transigere siano certi – o ragionevolmente sicuri – della legittimità dell'operato della p.a., la stessa transazione si pone in obiettivo contrasto con il dovere di osservanza della legge che grava sui funzionari pubblici ai sensi degli art. 54, 97 e 98 Cost., oltre che dell'art. 1 della l. n. 241/1990¹⁰⁹.

Resta aperta la questione relativa alle peculiarità dell'incertezza, ed alla necessità di tipizzarne i caratteri al fine di conferire ad essa una reale incidenza sulla ricostruzione dell'ambito applicativo del contratto¹¹⁰.

Un secondo elemento differenziale può riguardare la causa del contratto, specie se si aderisce all'assunto per cui essa deve essere intesa in senso concreto, in rapporto agli interessi effettivamente perseguiti dalle parti¹¹¹. In tale prospettiva, infatti, l'interesse concreto perseguito dalla

¹⁰⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 37 ss., con specifico riferimento al rapporto fra teoria dell'organizzazione e questioni relative ai nessi di imputazione organica.

¹⁰⁹ Si tratta, peraltro, di doveri ribaditi dai Codici di condotta applicabili ai funzionari sulla base delle previsioni del d.lgs. n. 165/2001 e del d.P.R. n. 62/2013. Sul dovere di osservanza della legge da parte dei pubblici funzionari, cfr. A. MORELLI, *Fedeltà alla Repubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2015, 177 ss.; F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2008, 319 ss.; G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2005, 1075 ss. Nella giurisprudenza contabile, la necessità della *res dubia* ai fini della stipulazione della transazione è affermata costantemente: cfr. C. Conti, sez. II app., 24.5.2012, n. 315; C. Conti, Marche, sez. giurisdiz., 1.6.2006, n. 549.

¹¹⁰ Su questi aspetti cfr. *infra*, cap. V, par. 3.

¹¹¹ Si deve fare necessariamente rinvio al dibattito maturato in ambito civilistico attorno alle previsioni dell'art. 1325 c.c. ed alla necessità di attribuire autonoma rilevanza alla causa del contratto – come concetto non ripetitivo del c.d. tipo negoziale definito dal codice – nell'ambito di una nuova soggettivazione delle ragioni economico sociali del negozio, in contrasto con le tesi obiettivistiche valorizzate soprattutto nella prospet-

p.a. non può essere che un interesse pubblico, che assume una specifica rilevanza causale nella definizione della struttura del negozio¹¹².

Ne discende che il superamento della lite non rappresenta la mera ragione economico sociale dello scambio, ma l'obiettivo perseguito dalla p.a. in quanto coerente con gli interessi pubblici di riferimento, da individuare sulla base delle norme di attribuzione dei poteri, delle competenze e delle facoltà di ciascun ente pubblico di riferimento. Sorge, dunque, il problema del regime della transazione stipulata in difetto di un'ideale valutazione del pubblico interesse a comporre la lite, o in contrasto con gli interessi demandati alle cure dell'amministrazione¹¹³.

Ulteriori elementi differenziali possono cogliersi con riferimento alle disposizioni del Codice civile inerenti alle cause di nullità ed annullabilità della transazione. Il contratto risulta, infatti, caratterizzato da una peculiare stabilità, che impedisce ai contraenti di contestare in un successivo giudizio la scoperta di determinati errori¹¹⁴.

tiva bettiana. Nell'angolazione qui prescelta, la concretizzazione della causa determina una rinnovata centralità dell'interesse pubblico quale fattore causale del contratto, trattandosi – per definizione – dell'obiettivo doverosamente perseguito dalla p.a. anche nell'esercizio di attività contrattuali. Per quanto concerne il dibattito sull'evoluzione del concetto di causa, cfr. almeno A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss. Recentemente, cfr. pure L. VACCA, a cura di, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 981 ss., nonché D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 37 ss.

¹¹² Si tratta di profili del tutto pacifici: cfr. almeno M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 18 ss.

¹¹³ Cfr. già E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 68 ss. Più recentemente, cfr. soprattutto M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 217 ss. Si tratta, con tutta evidenza, di una ricaduta del più generale problema della funzionalizzazione dell'attività contrattuale al perseguimento di determinati interessi pubblici, in termini che si possono evincere dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Salvo un più ampio rinvio al cap. IV, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 216 ss.; C. MARZUOLI, *op. cit.*, 132 ss., nonché G. OPPO, *op. cit.*, 29 ss. Anche sul punto cfr. infra, cap. V, *passim*.

¹¹⁴ Si fa riferimento al divieto di annullamento del contratto per errore di diritto sul *caput controversum*, per la scoperta della temerarietà della pretesa di controparte (art. 1971 c.c.) o di nuovi documenti (art. 1975 c.c.), e su lite decisa con sentenza passata in

Nel caso di transazioni amministrative, l'applicazione del Codice civile impedirebbe alla p.a. un riesame del proprio operato, escludendo, in ipotesi, la possibilità di agire unilateralmente nei confronti del contratto stipulato sulla base di errori idonei ad incidere sull'interesse pubblico, come pure di chiedere al giudice lo scioglimento del vincolo¹¹⁵.

Si tratta di una soluzione ammissibile a patto di riconoscere la prevalenza dell'interesse alla stabilità degli effetti del contratto sulla necessità di evitare ingiustificati arricchimenti della controparte privata, oltre che i danni erariali da essi derivanti: il risultando non è, tuttavia, compatibile con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo, che connotano anche l'attività contrattuale della p.a.¹¹⁶.

giudicato (art. 1974 c.c.). Nel caso di transazione su titolo nullo, l'annullamento può essere richiesto dalla sola parte che ignorava la causa della nullità (art. 1972 c.c.).

¹¹⁵ Sull'attività di riesame inerente agli accordi amministrativi e – in termini più ampi – le convenzioni della p.a., cfr. M. ALLENA, *op. cit.*, 111 ss. e 155 ss.; A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 298 ss., nonché C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 75 ss. Per un'impostazione della problematica cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 240 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 239 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 270 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento*, cit., 145 ss. La soluzione del problema non può prescindere dalla struttura del contratto: solo nell'ipotesi in cui la transazione fosse ricostruita alla stregua di un contratto a “doppio stadio”, sarebbe infatti possibile ipotizzare l'annullamento d'ufficio del provvedimento presupposto, e la conseguente caducazione del contratto a valle. Viceversa, il riferimento alle figure di revoca e annullamento d'ufficio viene escluso nel momento in cui si escluda il ricorso alla costruzione del contratto a doppio stadio. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20.2.2017, n. 757; Cons. Stato, sez. V, 22.3.2016, n. 1174; Cons. Stato, Ad. Plen., 20.6.2014, n. 14.

¹¹⁶ Si sarebbe di fronte, in tal caso, ad un'ipotesi di indebito arricchimento ai danni della p.a., cui conseguirebbe l'obbligo di ripetizione delle somme o utilità indebitamente trasferite a favore del privato ai sensi dell'art. 2033 c.c. Sul punto cfr. C. CICERO, *Arricchimento*, cit., 31 ss.; S.A. ROMANO, *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 212 ss. Nella giurisprudenza amministrativa, è del resto costante l'affermazione per cui il recupero di somme indebitamente erogate ha carattere di doverosità e costituisce esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile, in quanto correlato al conseguimento di finalità di pubblico interesse: così Cons. Stato, sez. III, 20.3.2019, n. 1852; Cons. Stato, sez. VI, 27.2.2019, n. 1374; Cons. Stato, sez. IV, 5.4.2018, n. 2115.

Altri fattori di differenziazione riguardano l'efficacia del contratto, specie con riferimento alle transazioni novative¹¹⁷.

Nel caso di liti su questioni patrimoniali, la possibilità di stipulare transazioni novative non è esclusa¹¹⁸. Maggiori dubbi si pongono con riferimento a questioni in cui venga in rilievo l'esercizio di potestà pubblicistiche, giacché la novazione non implica automaticamente che la p.a. perda la potestà di emanare provvedimenti analoghi a quelli che hanno determinato l'insorgenza della lite: la stabilità del negozio entra dunque in conflitto con il dogma dell'inesauribilità del potere pubblico¹¹⁹.

Un ulteriore elemento differenziale riguarda la complessiva incidenza della transazione sulle posizioni di terzi¹²⁰.

¹¹⁷ Si rammenta, come ai sensi dell'art. 1976 c.c., le transazioni novative non possono essere risolte per inadempimento della controparte, salva espressa pattuizione. La disposizione, assente nel Codice del 1865, si spiega in rapporto al fatto che in caso di risoluzione verrebbe a rivivere il rapporto controverso originario, che le parti stesse hanno deciso di superare mediante l'accordo transattivo: conseguenza che pare una contraddizione in termini nel momento in cui le parti hanno inteso dare una nuova regolazione al rapporto controverso. Su questa specifica disciplina, cfr. G. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005, 309 ss. L'art. 1976 c.c. non preclude, del resto, la possibilità di inserire clausole risolutive espresse a favore della medesima parte pubblica, in conformità agli stessi principi in materia di recesso unilaterale della p.a., negli attuali termini dell'art. 21 *sexies* della l. n. 241/1990. Sul punto, cfr. G. TULUMELLO, *Il recesso dai contratti della p.a.*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 1080 ss.

¹¹⁸ Farebbe tuttavia eccezione, con riferimento alla disciplina dell'art. 208 del d.lgs. n. 50/2016, la transazione relativa a questioni sorte nel corso dell'esecuzione del contratto, nella parte in cui la novazione del rapporto implicherebbe una rinegoziazione vietata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sul punto, su cui si tornerà comunque *infra*, cap. III, par. 6, cfr. M. DELSIGNORE, *La transazione*, cit., 367 ss.

¹¹⁹ Sul punto, cfr. da ultimi, F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017, specie 14 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, specie 133 ss. Per un'impostazione del problema cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 105 ss., fermo il riferimento a S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Id.*, *Frammenti*, cit., 189 ss. ed in special modo 200.

¹²⁰ Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 832 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 7; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 300 ss., anche con riferimento alla specifica

L'efficacia *inter partes* del contratto di transazione è pacificamente ammessa sulla base delle previsioni dell'art. 1372 c.c.¹²¹. Quando il conflitto risulta connesso all'esercizio di funzioni amministrative non è escluso che la composizione negoziale del conflitto possa avere effetti immediati e diretti nei confronti di terzi controinteressati sostanziali. Basti considerare l'ipotesi di transazioni inerenti a lottizzazioni o alla gestione di beni pubblici, come pure alle transazioni che intervengono nel corso dell'esecuzione di contratti d'appalto, in violazione di norme sulla tutela della concorrenza¹²².

Il principio dell'indifferenza del contratto nei confronti di terzi non sembra operare automaticamente in rapporto alle transazioni stipulate dall'amministrazione¹²³. La conclusione discende, a ben vedere, dalla

disciplina dell'art. 1304 c.c., in ordine alla transazione conclusa fra il creditore e condebitori solidali, o fra il debitore ed una pluralità di creditori. Da ultimo, cfr. A. HENKE, *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1029 ss.

¹²¹ Cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 833; G. GITTI, *La transazione*, cit., 212 ss.; A. HENKE, *op. cit.*, 1029 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 302 ss., ove si qualifica la transazione come un contratto aperto, ai sensi dell'art. 1332 c.c.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 350 e 372 ss. In senso analogo va segnalata la posizione di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 138 ss.

¹²² Circa l'incidenza delle transazioni amministrative sulla posizione di terzi cfr. A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 232 ss. Più in generale, e con riguardo all'intera attività negoziale della p.a., cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 282 ss.; G. VACIRCA, *Accordi pubblicistici: incremento della tutela del privato?*, in AA.VV., *Autorità e consenso*, cit., 189 ss.

¹²³ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 46, che, sulla base di tale rilievo negava, forzatamente, l'ammissibilità del contratto su questioni inerenti l'esercizio di funzioni amministrative. Non sembrano al contempo sostenibili le opposte conclusioni cui perveniva E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 140, circa la difficoltà pratica e teorica di individuare un 'terzo' interessato a contestare la transazione intervenuta fra p.a. e privati con riferimento all'esercizio di attività amministrative, sul presupposto per cui tali accordi di risolvevano nella conferma di un atto soggetto a contestazione, contro il pagamento di una somma di danaro a favore del privato che rinunciava all'impugnazione. Anche a prescindere da una disamina critica della tesi dell'A. – su cui si tornerà comunque *infra*, cap. IV, par. 2 – si rileva come il 'terzo' sia individuabile nella figura del controinteressato sostanziale rispetto alla definizione transattiva della lite: ossia di chi patisca un pregiudizio diretto dalla regolazione del rapporto conflittuale disposta dalla p.a., e sia quindi interessato a contestare la legittimità degli atti prodromici e la liceità stessa del contratto. Al netto delle singole problematiche e della fondatezza della pretesa del ter-

specifica efficacia conformativa delle transazioni amministrative, che, nel vincolare la stessa attività della p.a., incidono su tutte le posizioni giuridico soggettive immediatamente correlate al suo esercizio¹²⁴.

Le esemplificazioni addotte non hanno la pretesa di esaurire lo spettro di tutti i problemi connessi all'applicabilità del modello del Codice civile. È sufficiente notare come la disciplina del fenomeno non possa fondarsi su un generico rinvio al modello codicistico, né su tentativi di commistione fra le discipline che prescindano dalla preventiva individuazione delle caratteristiche fondamentali delle transazioni amministrative¹²⁵.

L'analisi dello stretto diritto positivo deve quindi arrestarsi a questa soglia, espressiva dei limiti che contraddistinguono la mera esegesi delle disposizioni di legge nel contesto delineato, come pure delle difficoltà connesse ad una ricostruzione sistematica delle transazioni amministrative basata sulla sussunzione dei dati offerti dalla legislazione vigente entro schemi concettuali fissati a priori¹²⁶. Ne deriva la necessità

zo, l'ultrattività degli effetti giuridici delle transazioni amministrative appare strettamente connaturata al ruolo assunto dalla p.a. nella gestione di risorse pubbliche scarse, ed al fatto che la transazione conclusa fra amministrazione e terzi può produrre esternalità negative a carico di chi viene escluso dal godimento di un bene o vede pregiudicato dall'accordo l'attuale godimento di bene o di un'utilità.

¹²⁴ Si tratta, per inciso, di posizioni soggettive riconducibili ora al diritto soggettivo ora, e più spesso, alle posizioni di interesse legittimo ascrivibili alla sfera delle aspettative ad una determinata condotta della p.a. (ad es., in materia di gestione di beni pubblici e contratti d'appalto o concessione, in rapporto alla posizione del terzo aspirante al godimento di un bene o all'aggiudicazione del contratto, come pure al subentro nella sua eventuale esecuzione), ora negli interessi oppositivi ad una data composizione del conflitto (basti considerare le ipotesi di transazioni inerenti al regime urbanistico di una determinata area). Per esempi concreti, si rinvia immediatamente *infra*, par. 4.

¹²⁵ Anche al riguardo, cfr. diffusamente *infra*, cap. IV, par. 5. e V, par. 3. Si tratta di un'indicazione di metodo già insita nelle osservazioni di G. FALCON, *Obbligazioni*, cit., I ss., per quanto tali indicazioni non siano sempre approfondite negli studi che valorizzano, in chiave realistica, la descrizione della varietà delle interazioni fra pubblico e privato: cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 137 ss.

¹²⁶ Si tratta di una necessità avvertita dalla dottrina, anche recente, in rapporto alla necessità di evitare che il fenomeno amministrativo possa essere oggetto di qualificazioni giuridiche basate su principi che non trovano immediato riscontro nel diritto positivo, o, meglio, nella positività dei valori insiti nella Costituzione repubblicana, nelle

di ampliare l'indagine mediante una raccolta e sistemazione dei dati offerti dalla prassi negoziale delle amministrazioni¹²⁷.

4. Dalle norme alla prassi negoziale delle amministrazioni

Uno dei tradizionali limiti degli studi sulle transazioni amministrative attiene alle lamentate difficoltà di reperire materiale idoneo a valutare i contenuti della prassi negoziale delle amministrazioni, al punto che, secondo un'incisiva affermazione di Greco, la tematica sarebbe coperta da una «cortina di silenzio», specie «a causa dell'atmosfera di sospetto che circonda l'istituto»¹²⁸.

Tale conclusione potrebbe dirsi giustificata con riferimento ai pareri resi in materia dall'Avvocatura di Stato, che qualifica normalmente tali atti come riservati ai sensi dell'art. 2 del D.P.C.M. n. 200/1996¹²⁹.

Ciò non esclude la possibilità di accedere alle determinazioni a contrarre elaborate dalle singole amministrazioni, che, nella loro ampia parte motiva, ricostruiscono spesso nei dettagli i presupposti della transazione ed il procedimento seguito per giungere alla sua stipulazione. Non di rado, a tali atti sono allegati le bozze del contratto da stipulare, dalle quali è possibile desumere il contenuto delle reciproche concessioni e l'assetto di interessi perseguito dalle parti.

fonti sovranazionali, nelle norme sull'attività amministrativa. Senza pretese esaustive, cfr. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto*, cit., 597 ss.; M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 347 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico*, cit., 11 ss.

¹²⁷ Con riferimento all'attività negoziale dell'amministrazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Dell'amministrare*, cit., 1148 ss. Sulla necessità di integrare analisi teorica e prassi, sono esemplari le argomentazioni di F. PIGA, *Prassi amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1988, 842 ss., richiamate anche da G. ALPA, *Prassi*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIV, Torino, 1996, 138 ss. Per esigenze di sintesi espositiva, nelle pagine successive saranno segnalate le transazioni che si ritengono più utili a fini esplicativi, anche in rapporto alla tipologia di controversia ed alla loro potenziale diffusione.

¹²⁸ Cfr. G. GRECO, *Transazioni*, cit., 93.

¹²⁹ In giurisprudenza, cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 21.12.2015, n. 724; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 14.5.2010, n. 1135; Tar Lazio, Roma, sez. I ter, 9.1.2006, n. 158.

L'analisi della prassi è essenziale per comprendere l'estensione del fenomeno, sia in rapporto ai procedimenti decisionali che precedono la stipulazione del contratto che al contenuto stesso delle transazioni¹³⁰.

Benché non possa attribuirsi a questa prassi alcuna valenza normativa, sembra possibile osservare come essa rappresenti almeno una fonte di conoscenza delle modalità attraverso cui amministrazione e privati interpretano, ed attuano, le scarse previsioni legali di riferimento¹³¹.

L'esame della prassi permette, innanzitutto, di cogliere alcune costanti attinenti alla stipulazione dei contratti¹³². Ne emerge un modello che rispecchia l'esigenza di garantire adeguati standard di pubblicità e trasparenza nella formazione della decisione, in aderenza ai canoni costituzionali di riferimento, oltre che ai principi richiamati dall'art. 1 della l. n. 241/1990¹³³.

Con riferimento all'attività che precede la stipulazione del contratto, sembra possibile isolare alcune ricorrenti scansioni, che si articolano in quattro diversi momenti: trattative informali in ordine al contenuto delle pretese e contestazioni; decisione preliminare di transigere; elaborazione di protocolli d'intesa o programmi transattivi; dichiarazione della volontà di transigere e formalizzazione del negozio¹³⁴.

¹³⁰ Sul piano metodologico, cfr. già M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 306 ss.

¹³¹ Pare più opportuno qualificare la documentazione che attesta l'esistenza di queste pratiche come fonte di conoscenza del fenomeno giuridico, inteso come momento che caratterizza l'esperienza dell'individuo e delle formazioni sociali in un ordinamento giuridico inteso in termini dinamici ed evolutivi: in tal senso, dunque, si intende la prassi come una tecnica – o modalità – di integrazione ed attuazione del diritto positivo e, dunque, come componente indefettibile della dinamica ordinamentale. In termini, cfr. F. PIGA, *Prassi*, cit., 842, dove, espressamente, la prassi veniva intesa come «complesso di comportamenti e di atti rappresentativi non tanto di un modo di essere, quanto di operare del comando normativo».

¹³² Per un inquadramento del problema, cfr. O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 992 ss.

¹³³ Tale tipizzazione consiste in un procedimento identificativo degli elementi propri di determinati oggetti, nei termini di G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1977, 83 ss.

¹³⁴ L'individuazione delle fasi indicate sembra ammissibile in considerazione della natura stipulativa delle fasi del procedimento, a partire dall'impostazione di A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 41 ss., che operava a propria volta come una sorta di individuazione dell'idealtipo di procedura applicabile da parte dell'amministrazione, sulla

Le trattative che caratterizzano la prima fase possono essere avviate indifferentemente da ciascuna delle parti, in relazione alle caratteristiche della lite e ad una prima valutazione della convenienza di transigere, in rapporto all'alea dell'esito della controversia. La lite può sorgere sia a fronte di condotte illecite delle parti o di illegittimo esercizio della funzione amministrativa; può precedere l'apertura del processo, e può riguardare anche questioni già parzialmente decise da sentenze passate in giudicato, nel caso in cui residuino in capo alla p.a. poteri valutativi non coperti dall'effetto conformativo della sentenza¹³⁵.

Qualora i confronti avviati tra le parti siano fruttuosi, ciascuna di esse matura una decisione di transigere, che determina una serie di approfondimenti inerenti al contenuto ed alle caratteristiche dell'accordo.

In questa fase l'amministrazione è tenuta a valutare la liceità e convenienza della transazione in relazione al contesto normativo di riferimento ed alle alternative possibili¹³⁶. Si acquisiscono tutti i dati stru-

scorta di modelli dalla scienza del diritto processuale. Nella stessa prospettiva si collocano gli studi che hanno tentato di delineare altri tipi ideali di procedimento, come emerge, tra gli altri, in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento*, cit., 1117 ss.; G. BERTI, *Procedimento*, cit., 779 ss., nonché M. NIGRO, *Procedimento amministrativo*, cit., 1429 ss. Sull'atipicità strutturale del procedimento e sulla valenza descrittiva della suddivisione in fasi cfr. pure A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, II ed. Milano, 2003, 1096 ss. Una recente revisione della tematica, anche nella prospettiva delle *a.d.r.*, si deve a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, specie 315 ss.

¹³⁵ Rispetto alla prassi esaminata, queste fasi non sono necessariamente documentate, per quanto vi si faccia incidentalmente riferimento nelle varie determinazioni a contrarre. La loro rilevanza giuridica deve darsi, ad ogni modo, per presupposta, anche alla luce della procedimentalizzazione della formazione del contratto, nei termini messi in luce da G. OPPO, *op. cit.*, 30 ss., nonché da SAL. ROMANO, «Agere»: *contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato* (1962), in *ID.*, *op. cit.*, 947 ss.

¹³⁶ Sotto questo profilo, le valutazioni dell'amministrazione dovranno essere conformi ai criteri di economicità ed efficacia cui fa rinvio l'art. 1 della l. n. 241/1990, in attuazione del principio di buon andamento. Va da sé che, in concreto, l'attività istruttoria sarà condizionata a monte dalla stessa valenza attribuita a tali criteri, nei termini già discussi, tra gli altri, da L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1 ss.; A. MASSERA, *I*

mentali a valutare la prevalenza dell'interesse alla composizione negoziale della controversia in luogo dell'accettazione del rischio della resistenza in giudizio o dell'azione a tutela degli interessi pubblici di riferimento¹³⁷.

Le valutazioni della parte privata hanno invece ad oggetto la mera conformità dell'accordo rispetto agli interessi perseguiti, e si risolvono in considerazioni giuridicamente irrilevanti, in quanto relative ai motivi del negozio¹³⁸.

Quando si sia raggiunto un accordo di massima in ordine alla opportunità ed alla convenienza di transigere, prende avvio la terza fase della procedura transattiva¹³⁹.

criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 43 ss.

¹³⁷ Per una esemplificazione, cfr. C. Conti Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181, secondo la quale «uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali». Da questo punto di vista, pare dunque forzata la conclusione cui giunge G. NAPOLITANO, *Il controllo sulla pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, 281, in ordine alla eccezionalità degli accordi transattivi della p.a., derivante dal fatto che all'amministrazione sarebbe preclusa ogni valutazione prospettica dell'esito della controversia, dovendo gli apparati pubblici «postulare l'esito favorevole del processo». L'indifferenza degli apparati rispetto all'esito del processo può infatti postularsi solo in sistemi in cui il risultato dell'azione amministrativa debba essere inteso in termini di legittimità/illegittimità, sull'assunto per cui la scelta legittima è per definizione l'unica conforme all'interesse pubblico prestabilito dalla norma attributiva del potere: il che appare virtualmente ammissibile solo in sistemi ideali, in cui l'azione amministrativa sia rigidamente vincolata all'attuazione di previsioni legali univoche ed esaustive.

¹³⁸ Sul carattere disomogeneo delle valutazioni delle parti, cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, 30 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 242 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 60 ss.; F.P. PUGLIESE, *op. cit.*, 1489 ss. Per una sintesi cfr. F. CANGELLI, *op. cit.*, specie 265 ss. Recentemente, il tema è stato rivisitato da G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. Amm.*, 2018, 863 ss.

¹³⁹ Recente giurisprudenza ha sottolineato come, a seguito dell'avvio delle trattative, l'amministrazione debba comunque concludere il procedimento avviato con un atto espresso, anche nel caso in cui non intenda dare seguito alla proposta della controparte o di non procedere oltre nella negoziazione. Si è giunti a tale conclusione sulle base

In questa fase le parti predispongono dei protocolli d'intesa o atti programmatici, in cui si fissa la cornice che giustifica sia la futura transazione che gli atti esecutivi funzionali all'adempimento delle obbligazioni pattuite fra le parti¹⁴⁰. Vengono parallelamente acquisiti i pareri dell'Avvocatura e del Consiglio di Stato, o di altri organi competenti ad esprimere una posizione in materia sulla base delle singole discipline di settore¹⁴¹.

Nella quarta fase, il programma è sottoposto all'esame dall'organo competente ad esprimere la volontà della p.a., che, in caso di positiva valutazione, autorizza la stipulazione del contratto da parte del legale rappresentante dell'ente pubblico. Tale attività non è necessaria per la

delle previsioni di principio dell'art. 2 della l. n. 241/1990, in rapporto ad una procedura transattiva disciplinata dalla legislazione regionale. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I *quater*, 5.4.2018, n. 3808.

¹⁴⁰ Sulla ammissibilità di convenzioni a carattere programmatico, cfr. già G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 255 ss.; F.P. PUGLIESE, *op. cit.*, 1489 ss.

¹⁴¹ La disciplina legale nulla prevede in ordine alla tempistica dei pareri di Avvocatura e Consiglio di Stato, né stabilisce in quale specifica fase della procedura debba collocarsi l'acquisizione dei pareri da parte dell'amministrazione procedente. Resta fermo il rilievo per cui tali acquisizioni istruttorie devono necessariamente precedere il momento della definitiva formazione della decisione in ordine alla necessità di transigere ed all'assunzione di specifici obblighi da parte della p.a.: ne deriva che tali atti non possono che essere richiesti prima (ed ai fini della) formazione della determinazione a contrarre da parte della p.a., essendo parimenti escluso che si tratti di atti espressivi di una funzione di controllo successiva alla formazione della decisione o alla stipulazione del contratto stesso. Sul piano letterale, inoltre, l'art. 13 del r.d. n. 1611/1933 stabilisce, che il parere dell'Avvocatura abbia ad oggetto «atti di transazione *redatti* dalle Amministrazioni», ossia contratti, o bozze di contratto, elaborati ma non ancora stipulati (corsivo aggiunto). Il che appare compatibile con il fatto che il parere possa avere ad oggetto l'accordo o la bozza di contratto. In senso analogo, l'art. 14 del r.d. n. 2440/1923 impone il parere del Consiglio di Stato «*prima* di approvare gli atti di transazione diretti a prevenire od a troncane contestazioni giudiziarie» (corsivo aggiunto anche in tal caso). Anche nella disciplina speciale si ha conferma di tale premessa: l'art. 306-*bis*, commi 4 e 6 del d.lgs. n. 152/2006 prevede che, in materia ambientale, siano sottoposte ai pareri tecnici di Ispra e Iss, oltre che dell'Avvocatura di Stato, le proposte di transazione e lo schema di transazione.

controparte privata, che esprime la sua adesione al negozio nel momento stesso della stipulazione¹⁴².

Lo schema anzidetto sembra ricorrere in ogni tipo di accordo transattivo, per quanto la complessità delle trattative possa variare in rapporto alle caratteristiche delle singole controversie ed alle strategie delle parti. Nulla preclude, quindi, il fallimento dei negoziati, cui possono far seguito il radicamento della lite o l'avvio di nuovi confronti; si tratta, tuttavia, di questioni fattuali che non incidono sui profili essenziali della vicenda¹⁴³.

Una possibile variante sussiste quando la transazione venga stipulata fra due amministrazioni, perché le trattative risultano caratterizzate da maggiore formalità: anche in tal caso, tuttavia, il fenomeno non subisce particolari variazioni, risultando solamente più articolato.

Alla tendenziale uniformità dei procedimenti transattivi si contrappone la varietà dei contenuti dei singoli negozi, che subiscono i condizionamenti derivanti dalle caratteristiche delle liti. Per rendere più agevole l'indagine, può profilarsi l'esistenza di differenti modelli di accordo, da ricondurre a due sinallagmi fondamentali: *do ut facias*; *facio ut facias*¹⁴⁴.

¹⁴² Sulla competenza a manifestare la volontà della p.a. ai fini della stipulazione del contratto non può che farsi rinvio alle singole leggi di settore. Per le transazioni degli enti locali, cfr. tuttavia *infra*, cap. V, par. 2.

¹⁴³ Sotto questo profilo, pertanto, non sussistono apprezzabili differenze fra le transazioni aventi ad oggetto questioni patrimoniali – come nel caso paradigmatico delle liti nascenti dall'esecuzione di appalti o concessioni – e liti inerenti all'esercizio di funzioni amministrative. In entrambi i casi, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa impone di esternare la scelta di transigere secondo criteri coerenti con i principi stabiliti dall'art. 1 della l. n. 241/1990 ed i canoni costituzionali di riferimento: ne deriva, per quanto maggiormente interessa, che anche rispetto a questioni puramente patrimoniali la scelta di transigere – colta dal punto di vista della parte pubblica – ha la medesima struttura della decisione relativa a liti nascenti dall'esercizio di funzioni amministrative. Sul punto cfr. pure *infra*, cap. IV, par. 5 e V, par. 2 e 3.

¹⁴⁴ Si tratta di schemi utilizzati in dottrina per descrivere le caratteristiche strutturali del contratto innominato, compatibili con la varietà degli oggetti e degli effetti delle transazioni: sul fenomeno, con riferimento alle fonti romane, cfr. F. MESSINEO, *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 95 ss. Sull'atipicità negoziale nel diritto amministrativo cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, 138 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 93 s.

Lo schema degli accordi transattivi caratterizzati da un *do ut facias* comporta il pagamento di una somma di danaro affinché la controparte garantisca una prestazione, o assuma una condotta, che determini il superamento della lite¹⁴⁵.

Si tratta di transazioni stipulate frequentemente in rapporto a liti relative al governo del territorio o alla gestione del patrimonio pubblico, in cui non è raro vedere contrapposte più amministrazioni.

Un esempio immediato si ha nei procedimenti espropriativi. La transazione potrà prevedere il pagamento di una somma di danaro a favore del soggetto, contro l'immediata liberazione dell'immobile e la rinuncia alla prosecuzione del giudizio instaurato nei confronti degli atti impositivi di vincoli¹⁴⁶.

Altri casi riguardano la gestione del patrimonio pubblico. Si può fare l'esempio di una lite inerente alle modalità di utilizzo di un immobile destinato ad un'autostazione, risolta mediante il trasferimento della proprietà del complesso a favore di una parte, contro il versamento di una somma forfettaria e la costituzione di un diritto parziale di uso della struttura a favore dell'altra¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Per completezza, si osserva come la fattispecie sia molto frequente anche con riferimento alle liti regolate in termini prevalenti dalla disciplina di diritto comune, ancorché vi sia coinvolta l'amministrazione. Il caso più frequente riguarda le controversie attinenti alla responsabilità extracontrattuale della p.a. per danni derivanti da attività materiale dei propri funzionari o dei propri appaltatori, in cui le transazioni sono spesso caratterizzate dal pagamento di somme di danaro a parziale ristoro del pregiudizio, contro la rinuncia alla prosecuzione del giudizio di danno instaurato nei confronti della p.a. (e dei debitori corresponsabili in solido), oltre che ad ogni ulteriore pretesa.

¹⁴⁶ Cfr. Giunta Provinciale di Trento, 10.6.2005, n. 1027. In tal caso, il fenomeno non può essere sovrapposto alla cessione volontaria prevista dall'art. 45 del d.P.R. n. 327/2001, in considerazione del fatto che il procedimento espropriativo è già concluso, con determinazione dell'indennizzo. La causa del contratto è dunque individuabile nella composizione della lite, non del conflitto economico sotteso all'alternativa fra espropriazione ed acquisto del bene da parte del proprietario.

¹⁴⁷ Cfr. Giunta Provinciale di Trento, 6.12.1996, n. 15869. La vicenda aveva ad oggetto la concessione di costruzione e gestione trentennale di un'autostazione da parte dell'Automobile Club Italia di Trento, salvo l'obbligo di trasferire la proprietà dell'immobile all'ente concedente – la Provincia, subentrata al Comune di Trento – alla scadenza del termine di efficacia dell'atto. La gestione dell'immobile generava, nel corso degli anni, una serie di controversie, inerenti agli obblighi stabiliti nell'originaria

Un altro esempio può essere quello di una lite derivante dalla realizzazione di un edificio pubblico, in cui la transazione preveda la permuta del terreno destinato ad ospitare l'opera con un altro terreno ritenuto idoneo al medesimo scopo¹⁴⁸.

Il secondo schema transattivo è contraddistinto da un *facio ut facias*. Esso implica che l'amministrazione possa effettuare prestazioni aventi ad oggetto l'esercizio di funzioni amministrative normalmente esercitabili mediante atti unilaterali.

Si consideri l'ipotesi in cui la transazione risolva una lite derivante dall'interclusione di un fondo per effetto della realizzazione di un'opera pubblica. Il proprietario del terreno potrebbe rinunciare all'azione risarcitoria contro il rilascio di un'autorizzazione di accesso al fondo sul lato della carreggiata, sulla base degli elaborati necessari¹⁴⁹.

convenzione: l'Acì riteneva, infatti, che la restituzione avesse ad oggetto la sola porzione del compendio adibita alla movimentazione ed alla sosta degli autobus, non anche l'edificio che ospitava i propri uffici; la Provincia affermava il diritto ad ottenere il trasferimento della proprietà dell'intero immobile, da destinare al proprio patrimonio indisponibile, profilando una serie di danni derivanti dal mancato adempimento dell'obbligazione allo scadere del rapporto concessorio e dalla mancata corresponsione di alcuni canoni. L'accordo raggiunto dalle parti prevedeva il trasferimento dell'intera proprietà dell'immobile a favore della Provincia, contro il pagamento di un prezzo ritenuto congruo da entrambe le parti, salva la costituzione di un diritto di uso temporaneo dei locali già occupati dagli uffici dell'Acì. Entrambe le parti rinunciavano alle pretese derivanti dall'originario rapporto.

¹⁴⁸ Cfr. Giunta Provinciale di Trento, 6.12.2002, n. 3096, avente ad oggetto una controversia fra Provincia e Comune di Trento. La Provincia, proprietaria di un ampio terreno situato nella periferia nord del capoluogo, intendeva realizzare sull'area un edificio da adibire ad uffici amministrativi, chiedendo al Comune il rilascio dell'idonea concessione in deroga. A fronte dell'inerzia serbata dal Comune, la Provincia aveva attivato il meccanismo sostitutivo previsto dalla disciplina urbanistica provinciale, formando il titolo abilitativo necessario alla realizzazione dei lavori. L'atto veniva impugnato dal Comune innanzi al giudice amministrativo, che rigettava il ricorso. L'accordo transattivo veniva raggiunto nelle more del giudizio di appello, sulla base delle evidenziate ragioni di convenienza ed opportunità.

¹⁴⁹ Cfr. Giunta provinciale di Trento, 18.3.2016, n. 380, relativa ad una transazione che vedeva coinvolta sia la Provincia che un Comune. Sulla base della transazione, il Comune si obbligava ad adottare una deliberazione finalizzata a ridefinire il perimetro del centro abitato ed a rilasciare alla controparte privata un'autorizzazione a realizzare

Un altro esempio può essere quello in cui il proprietario di un bene soggetto ad espropriazione abbia impugnato gli atti della procedura ed abbia proposto opposizione alla stima dell'indennità calcolata dalla p.a. L'accordo transattivo può prevedere la rinuncia alle cause pendenti, contro l'impegno della p.a. a modificare il progetto originario e ad avviare una procedura espropriativa che si sostituisca quella prevista, cui la controparte dichiara di non opporsi¹⁵⁰.

Sono caratterizzate da questo schema anche le transazioni che hanno ad oggetto liti nascenti da revoche o decadenze di rapporti concessori. Gli accordi transattivi possono contemplare la rinuncia ai ricorsi giurisdizionali nei confronti dei provvedimenti interruttivi del rapporto, a fronte della loro riforma da parte della p.a., in termini tali da mitigare i pregiudizi a carico del concessionario¹⁵¹.

Fattispecie ancora più articolate riguardano le transazioni con cui si risolvono liti connesse all'attuazione di politiche di governo del territorio. In questi casi, la parte privata rinuncia alla prosecuzione di giudizi civili o amministrativi nei confronti dei Comuni, contro il riconoscimento di determinati regimi urbanistici o edificatori, da attuare anche attraverso l'approvazione di idonee varianti¹⁵².

un accesso carrabile a favore del proprietario dell'area. Questi si obbligava, invece, a rinunciare alle proprie pretese ed al giudizio pendente innanzi al g.o.

¹⁵⁰ Cfr. Giunta provinciale di Trento, 2.4.2004, n. 753, in cui la transazione veniva sottoscritta anche in rapporto all'utilità di procedere in tempi ragionevoli alla realizzazione di un'opera pubblica di particolare rilevanza ai fini della sicurezza viaria.

¹⁵¹ Cfr. Giunta comunale di Torino 5.6.2015, n. 27, a mezzo della quale si autorizzava la sottoscrizione di una transazione avente ad oggetto la rinuncia al ricorso esperito nei confronti della revoca di una concessione d'uso di un immobile di proprietà comunale, contro l'obbligo della p.a. di garantire la prosecuzione del rapporto concessorio fino al termine della stagione estiva, previa riforma dell'atto di revoca. Similmente, cfr. la delibera della Giunta comunale di Milano 4.5.2016, n. 817, con la quale si è autorizzata la transazione di una lite sorta a seguito della decadenza della concessione di un edificio destinato a biblioteca e centro culturale. L'accordo prevedeva la rinuncia al ricorso, contro la riforma del rapporto concessorio, che comportava un abbassamento del canone di concessione, cui faceva fronte l'assunzione di una serie di obblighi con cui la concessionaria garantiva la valorizzazione del bene.

¹⁵² Cfr. Consiglio comunale di Torino, 20.11.2012, n. 156, in cui una controversia connessa all'affermata usucapione di un terreno rientrante nel patrimonio disponibile del Comune veniva risolta mediante la rinuncia all'azione di accertamento del diritto di

Un'altra ipotesi può essere rappresentata da transazioni aventi ad oggetto liti nascenti dalla gestione di servizi pubblici o sociali.

Si consideri l'accordo con cui più Comuni rinuncino alla prosecuzione di un giudizio promosso per l'annullamento di un programma di gestione del trasporto locale, contro l'obbligo della controparte pubblica di garantire una serie di servizi minimi a favore delle collettività di riferimento¹⁵³.

Lo stesso schema può ricorrere quando l'accordo transattivo sia finalizzato a risolvere una lite derivante dalla gestione di un impianto sportivo, e le parti stabiliscano di rinunciare alle pretese derivanti dal rapporto pregresso, pattuendo una serie di obblighi finalizzati alla riqualificazione urbanistico-ambientale della zona mediante la demolizione dell'edificio esistente e la realizzazione di strutture più moderne¹⁵⁴.

proprietà da parte del privato, contro il conferimento di un particolare regime vincolistico a carico di una porzione dell'area oggetto di controversia, privandola di capacità edificatoria. Analogo schema si rinviene in Giunta comunale di Bologna, 15.3.2016, n. 67, mediante la quale si intendeva risolvere in via transattiva una lite derivante dalla sopravvenuta carenza di interesse pubblico ad attuare un piano attuativo, attraverso una revisione delle capacità edificatorie dell'area.

¹⁵³ Cfr. delibera della Giunta comunale di Milano 30.12.2014, n. 2861, con cui si poneva fine ad una controversia che vedeva contrapposta l'Azienda dei Trasporti Municipali ed una serie di Comuni dell'hinterland milanese che dovevano beneficiare dei servizi da questa garantiti a favore delle comunità locali di riferimento. La rinuncia agli effetti favorevoli della sentenza del Tar Lombardia che aveva accolto il ricorso dei Comuni era bilanciata dall'assunzione dell'obbligo di garantire determinati servizi minimi da parte dell'Azienda (con il parziale contributo dei Comuni interessati). Venivano contestualmente definite ulteriori questioni attinenti a rapporti debitori legati al pregresso svolgimento dei servizi da parte dell'Azienda. In dottrina, cfr. A. CLARONI, *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, Bologna, 2012.

¹⁵⁴ Cfr. il decreto del Presidente della Giunta provinciale di Verona, 16.10.2009, n. 85, con il quale si è autorizzata una transazione fra la Provincia ed il Comune di Cologna Veneta, avente ad oggetto la demolizione di una piscina di proprietà provinciale gestita di fatto dal Comune, con rinuncia delle parti ad ogni pretesa nascente da tale rapporto e parallelo impegno ad attuare l'accordo di programma inerente alla progettazione e costruzione di una nuova cittadella sportiva.

Gli schemi individuati ricorrono, nella prassi, anche con riferimento a transazioni oggetto di espressa disciplina legale.

In materia di contratti pubblici, il sinallagma della transazione è spesso caratterizzato da un *do ut facias*, quando l'appaltante riconosce una somma forfettaria a favore dell'appaltatore, che rinuncia a far valere ulteriori pretese creditorie. Talora, il contratto può essere caratterizzato da un *facio ut facias*, come nel caso in cui la rinuncia ad agire in giudizio nei confronti della p.a. per la risoluzione del contratto sia bilanciata dall'adozione di accorgimenti tecnici idonei a rendere possibile lo svolgimento del servizio appaltato¹⁵⁵.

Per quanto concerne la bonifica dei siti inquinati, gli accordi sono nettamente caratterizzati dal sinallagma del *facio ut facias*, dato che il superamento della lite implica la rinuncia a reciproche pretese e la realizzazione di una serie di attività di bonifica concordate fra le parti ed attuate dal soggetto privato¹⁵⁶.

5. Gli orientamenti della giurisprudenza e degli organi di controllo contabile

Nella descrizione della prassi si è volutamente evitato di esprimere qualsiasi valutazione in ordine all'ammissibilità ed alla liceità degli accordi presi in esame, senza soffermarsi sui problemi nascenti dalla stipulazione ed esecuzione dei singoli contratti.

La dimensione propriamente patologica della vicenda va colta in rapporto agli orientamenti maturati nell'ambito della giurisprudenza

¹⁵⁵ Cfr. Giunta provinciale di Trento, 20.4.2015, n. 648.

¹⁵⁶ Può farsi l'esempio dell'accordo di programma del novembre 2008, finalizzato alla bonifica del sito di Priolo, sottoscritto dal Ministero dell'Ambiente, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Regione Sicilia, Provincia di Siracusa ed altri enti territoriali e pubblici per il ripristino dell'area, nel cui ambito era prevista la stipulazione di accordi transattivi fra il Ministero ed i soggetti privati insediati all'interno del sito e responsabili dell'inquinamento dell'area.

civile, amministrativa e contabile che si è occupata di singole questioni relative alle tipologie negoziali delineate¹⁵⁷.

L'esame di tali indirizzi è utile sia ai fini del completamento del quadro conoscitivo¹⁵⁸, che per cogliere i problemi che caratterizzano l'emersione del fenomeno nella prassi¹⁵⁹.

Va osservato come il modo attraverso cui la giurisprudenza affronta la questione sia condizionato dall'oggetto dei singoli giudizi e dalle peculiarità del riparto che contraddistingue la materia dell'attività negoziale della p.a., contrassegnato da una serie di sovrapposizioni che non rendono agevole individuare il giudice naturale del rapporto¹⁶⁰.

¹⁵⁷ La giurisprudenza, in materia, è quantitativamente modesta. Ciò non toglie che gli indirizzi in esame siano utili a cogliere, sotto un profilo qualitativo, la rilevanza giuridica del fenomeno e dei problemi connessi.

¹⁵⁸ Rispetto a tale contesto, potrebbe essere utile anche l'esame di alcune sentenze del giudice penale e di alcune delibere dell'ANAC, tendenzialmente coerenti con la posizione della giurisprudenza contabile ed amministrativa in ordine alla generale ammissibilità di questa tipologia di contratti, salva la sussistenza di eccezioni stabilite da norme imperative. Per una casistica, cfr. Cass. pen., sez. VI, 14.3.2011, n. 10210, dove si esclude che l'inadempimento della transazione configuri un abuso d'ufficio; Cass. pen., sez. VI, 24.3.2010, n. 11144, dove si qualifica l'inadempimento dell'appaltatore come frode in pubbliche forniture. Circa la casistica riferibile all'ANAC/AVCP, cfr. le deliberazioni n. 110 del 20.12.2011; n. 13 del 25.2.2009; n. 56 del 3.12.2008; n. 10 del 19.3.2008.

¹⁵⁹ Si prescinde dall'analisi delle più ampie questioni attinenti al valore normativo della giurisprudenza, ossia alla capacità delle singole sentenze – e degli indirizzi che esse esprimono – di delineare in termini persuasivi la disciplina di un istituto in difetto di espresse previsioni legali. Si reputa, tuttavia, che il valore aggiunto dell'esame della prassi giurisprudenziale sia rappresentato, più che dalla definizione delle compiute caratteristiche di contratti ed accordi, dall'individuazione dei limiti dello strumento. Per una più ampia ricognizione del ruolo della giurisprudenza rispetto all'integrazione del sistema, cfr. S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI, a cura di, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE, a cura di, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 299 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 119 ss.

¹⁶⁰ Il fenomeno verrà approfondito *infra*, cap. V, par. 5, ma è sufficiente osservare come i contratti pubblici non rappresentino una materia suscettibile di devoluzione

La questione non è puramente processuale, giacché la devoluzione delle singole controversie ad un dato plesso giurisdizionale condiziona la qualificazione della disciplina, contribuendo all'ulteriore frammentazione della fattispecie¹⁶¹. Basti considerare come la distinzione fra transazioni su questioni patrimoniali o inerenti all'esercizio di poteri autoritativi della p.a. sia utilizzata al fine di stabilire il riparto fra g.o. e g.a., ancorché con esiti non sempre lineari¹⁶².

integrale della giurisdizione a favore del g.o. o del g.a. ai sensi dell'art. 133 c.p.a., giustificando una serie di intrecci di giurisdizione che rendono incerta la materia, lasciando alle Sezioni Unite della Cassazione il ruolo di arbitro ultimo del riparto. Come noto, il criterio discretivo utilizzato dalla giurisprudenza è rappresentato dalla necessità di distinguere il momento pubblicistico di scelta del contraente mediante procedure di pubblica evidenza dal momento privatistico di esecuzione del contratto, affidando il primo al g.a. ed il secondo al g.o. Tale criterio non opera, tuttavia, con lo stesso nitore in tutte le ipotesi in cui non esista una disciplina di pubblica evidenza destinata a concludersi con l'emanazione di una determinazione a contrarre assimilabile ad un provvedimento tipico e nominato. Per una ricognizione del problema, cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 173 ss.; A. BARTOLINI, *Il contenzioso in materia di contratti pubblici*, *ivi*, 1009 ss.

¹⁶¹ L'interrelazione fra diritto sostanziale e processuale discende anche dal rilievo per cui il tradizionale criterio di riparto sotteso alla disciplina degli artt. 24, 103 e 113 Cost. obbliga i giudici a giustificare la devoluzione delle singole questioni al g.o. o al g.a. in rapporto alle situazioni giuridiche soggettive inerenti alla lite o nascenti dal contratto: cfr., per alcune esemplificazioni, Cass. civ., Sez. Un., ord., 23.1.2017, n. 1643; Cass. civ., Sez. Un., ord. 3.2.2016, n. 2051. Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 27.11.2017, n. 1174; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 21.11.2017, n. 11492. L'incidenza del riparto di giurisdizioni previsto dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo e ribadito dalla Costituzione sulla qualificazione della disciplina sostanziale dell'attività amministrativa – a partire dalla differenza fra atti d'imperio e di gestione – è sottolineata da M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 269; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, *cit.*, 303 ss.

¹⁶² Cfr. Cass. civ., sez. II, ord., 27.3.2008, n. 7966, in fattispecie di arricchimento senza causa. Nella giurisdizione di merito, cfr. Corte App. Napoli, sez. III, 23.11.2009, in fattispecie di esecuzione di un lodo arbitrale; Corte App. Napoli, sez. II, 5.11.2009, in fattispecie di responsabilità extracontrattuale per attività materiale; Corte App. Roma, sez. I, 15.6.2009, in fattispecie di occupazione *sine titulo* non connessa a procedure espropriative; Corte App., Roma, sez. I, 12.5.2008 in fattispecie di danni da attività

Il reciproco condizionamento fra disciplina sostanziale e processuale emerge anche nel caso in cui si tratti di stabilire se la cognizione di determinate transazioni possa essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a., nel quadro delle materie descritte dall'art. 133 c.p.a.

È significativa, ad esempio, la tendenza a giustificare la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. sulla base di un'interpretazione estensiva delle previsioni dell'art. 133 c.p.a., assimilando le convenzioni transattive ad accordi procedurali o di programma¹⁶³. Un'altra strategia argomentativa finalizzata al medesimo risultato muove dalla qualificazione delle transazioni come negozi di secondo grado aventi ad oggetto pregressi accordi o convenzioni già devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., che si estende anche ad esse¹⁶⁴.

Anche nel caso in cui siano risolti i singoli problemi relativi alla individuazione del giudice competente a conoscere le singole controversie, la giurisprudenza rivela alcune incertezze in ordine alla ricostruzione del regime giuridico del contratto, derivanti dalla necessità di integrare il tipo descritto dal Codice civile con la disciplina speciale.

Una prima serie di problemi riguarda la disponibilità delle situazioni soggettive delle parti, ai sensi dell'art. 1966, comma 2, c.c.

Si è innanzitutto affermata l'indisponibilità delle prerogative della p.a. su determinate categorie di beni, ritenendo perciò nulli gli accordi

materiale. Specifici orientamenti riguardano determinate tipologie di transazioni, devolute alla giurisdizione del g.a. sulla base di un inquadramento che determina una prevalenza della disciplina speciale su quella di diritto comune: basti qui considerare le vicende inerenti alle transazioni in materia di danno trasfusionale, devolute alla cognizione del g.a. in quanto assimilate ad atti attributivi di vantaggi economici. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11.6.2018, n. 3512; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 10.10.2017, n. 10156; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 5.5.2014, n. 4621.

¹⁶³ Cfr. Tar Molise, sez. I, 3.8.2017, n. 277; Tar Puglia, Bari, sez. III, 27.7.2017, n. 869. Secondo la Sezione Unite, tuttavia, la qualificazione di una transazione quale accordo sostitutivo non implica la devoluzione della controversia nascente dalla sua esecuzione al g.a. rispetto a controversie che abbiano ad oggetto la determinazione delle indennità di esproprio connesse alla realizzazione di opere contemplate dal contratto: così Cass. civ., Sez. Un., ord., 23.1.2017, n. 1643. Sulla qualificazione di alcune transazioni come accordi di programma, cfr. Cass. civ., Sez. Un., ord., 3.6.2015, n. 11376.

¹⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 5.10.2016, n. 19914; Cons. Stato, sez. VI, 8.4.2015, n. 1778; Cass., Sez. Un., 17.4.2009 n. 9151; Cass., Sez. Un., 20.11.2007 n. 24009.

transattivi in cui le concessioni della p.a. implicavano la violazione di norme imperative, anche di matrice europea¹⁶⁵.

I problemi più gravi riguardano il problema della disponibilità del potere amministrativo, in rapporto alle varie prerogative attribuite alla p.a. sulla base delle varie norme di riferimento. Ben lungi dal fornire criteri interpretativi sistematici, i giudici sembrano orientati ad ammettere l'astratta disponibilità della funzione amministrativa, salvi i divieti desumibili dalle singole leggi di settore o da principi generali: ad esempio, si è negata la facoltà di disporre della potestà sanzionatoria della p.a.¹⁶⁶ o di rinunciare alle potestà di autotutela¹⁶⁷.

Talvolta, l'indisponibilità della posizione della p.a. è stata affermata sulla base di affermazioni di principio circa la natura del potere amministrativo e delle politiche pubbliche di riferimento.

¹⁶⁵ Si è sostenuta l'impossibilità di giustificare, attraverso la qualificazione di un protocollo d'intesa come accordo transattivo, la novazione di rapporti di concessione portuale. In tal caso, la transazione finirebbe infatti per diventare «un escamotage volto a riconoscere utilità sostanziali non altrimenti accordabili ai sensi dell'ordinamento giuridico», espressivo di uno sviamento di potere della p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6.11.2015, n. 5051). Analogamente, si è escluso che la transazione possa determinare l'approvazione di varianti inerenti alla realizzazione di un'opera pubblica, quando la legge imponga a tale scopo lo svolgimento di una nuova gara (cfr. Tar Sardegna, sez. I, 18.9.2017, n. 586). Si è similmente ritenuto che le finalità transattive connesse al superamento di una lite pregressa non giustificano l'affidamento di un incarico di progettazione senza gara a favore di un professionista, ricorrendo ad una transazione mista ai sensi dell'art. 1965, comma 2, c.c. (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 22.12.2008, n. 2929). Argomenti simili sono stati utilizzati per affermare l'illiceità di una transazione attraverso la quale si è inteso risolvere una controversia in materia possessoria, ritenendo che l'esigenza di comporre la lite non possa giustificare il ricorso ad una trattativa diretta per l'alienazione di un bene di proprietà pubblica (cfr. Trga Trentino-Alto Adige, Trento, 12.3.2014, n. 76). Coerentemente, si afferma che, nei rari casi in cui l'ordinamento consenta di aggiudicare una concessione senza gara, si può novare l'oggetto dell'originario rapporto, senza incorrere in violazione di norme imperative (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26.6.2017, n. 3117).

¹⁶⁶ Si tratta di questioni su cui si è incidentalmente pronunciata anche la giustizia contabile, nell'ambito di una complessiva ricostruzione della disciplina: C. Conti Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181; C. Conti Piemonte, sez. contr., 26.9.2013, n. 344

¹⁶⁷ Significativa la posizione di Cons. Stato, sez. VI, 2.8.2004, n. 5366; Cons. Stato, sez. VI, 19.2.1993, n. 171.

Si è negata, così, la possibilità di utilizzare gli accordi transattivi per il superamento di liti in materia di governo del territorio. La tesi discende dal rilievo per cui l'art. 13 della l. n. 241/1990 giustificerebbe una riserva di pianificazione mediante atti amministrativi generali o accordi sostitutivi tipici¹⁶⁸.

Agli medesimi esiti si è giunti attraverso la ricostruzione della stessa fattispecie in chiave prettamente pubblicistica. Si è valorizzata, a tal fine, la stessa funzionalizzazione dell'urbanistica consensuale alla soddisfazione di interessi generali connessi alla gestione del territorio, che vieterebbe il ricorso a tali strumenti per la composizione di controversie fra Comune e terzi. Ad inficiare l'operazione sarebbe, quindi, lo sviamento di potere che connota la determinazione discrezionale a transigere della p.a.¹⁶⁹. Similmente è avvenuto con riferimento ad una convenzione transattiva finalizzata alla soluzione di controversie in atto fra amministrazione e gestori di servizi di trasporto pubblico locale, in considerazione del fatto che la potestà negoziale della p.a. non poteva essere finalizzata alla soluzione di una lite, ma unicamente alla futura programmazione del servizio¹⁷⁰.

In alcuni casi, la giurisprudenza si è occupata anche delle questioni relative all'attività che precede la stipulazione del contratto. Nelle rare pronunce in materia, ci si limita talora ad affermare che la transazione sia – in senso atecnico – un atto ‘complesso’, e si fa parallelamente menzione alle lacune legislative sul procedimento di formazione dell'accordo ed il relativo regime¹⁷¹. Ne risulta il richiamo a massime

¹⁶⁸ A sostegno della tesi si cita la giurisprudenza che esclude, in materia urbanistica, la possibilità di ricorrere a forme non tipizzate di urbanistica contrattata: cfr. Tar Sardegna, sez. II, 18.1.2017, n. 33; Cons. Stato, sez. IV, 1.6.2011, n. 3331; Cons. Stato, sez. IV, 9.12.2002, n. 6685. Sulla tipicità degli accordi procedimentali cfr. anche la posizione della dottrina prevalente, nei termini profilati, sul versante pubblicistico, da M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 167 ss.; ID., *L'oggetto dell'accordo amministrativo*, cit., 75 ss.; A. FEDERICO, *op. cit.*, 229. Va da sé che la conclusione attiene unicamente alle ipotesi in cui si attribuisca agli accordi procedimentali una funzione *latu sensu* transattiva, e non va estesa alla generale ipotesi delle transazioni amministrative.

¹⁶⁹ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15.9.2015, n. 1975.

¹⁷⁰ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. I, 5.5.2010, n. 1240.

¹⁷¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 156.

tralattie, che non contribuiscono a chiarire la reale portata del fenomeno¹⁷².

Si è così affermato che la stipulazione debba essere preceduta da una determinazione a contrarre, caratterizzata da una specifica motivazione che dia atto della necessità ed all'opportunità dell'accordo¹⁷³. Si è avuto poi modo di precisare il rapporto sussistente fra transazione ed atti amministrativi preordinati all'esecuzione del programma concordato, precisando come si debbano sempre rispettare i principi di tassatività e nominatività dei singoli provvedimenti esecutivi dell'accordo¹⁷⁴.

Alcune pronunce hanno approfondito il problema della stabilità degli accordi e dei limiti del potere di riesame del negozio, senza giungere, tuttavia, a soluzioni appaganti¹⁷⁵.

I profili patologici delle transazioni sono spesso oggetto delle pronunce dei giudici contabili, che hanno contribuito a delucidare, ai fini della valutazione della responsabilità dei singoli funzionari o del controllo dell'attività dei vari apparati, i presupposti di ammissibilità di tale tipologia di accordi, potenzialmente forieri di danni erariali.

Questi indirizzi si soffermano soprattutto sul contenuto delle valutazioni attraverso cui gli organi competenti individuano la sussistenza dei presupposti della transazione e la convenienza della composizione eteronoma della lite, in rapporto alle *chances* di vittoria in giudizio: si tratta di dati rilevanti sia al fine dell'individuazione degli elementi obiettivi dell'illecito che dei profili di dolo o colpa grave dei pubblici funzionari coinvolti nell'attività transattiva¹⁷⁶.

¹⁷² Fa eccezione Cons. Stato, sez. V, 16.1.2017, n. 97.

¹⁷³ Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083; Cass. civ., sez. I, 6.6.2002, n. 8192.

¹⁷⁴ Cfr. Tar Toscana, sez. I, 12.9.2017, n. 1068.

¹⁷⁵ Incidentalmente, ne tratta Cons. Stato, sez. III, 22.2.2017, n. 838, negando la revocabilità dell'accordo transattivo a seguito della sua stipulazione. Sull'ammissibilità del riesame delle determinazioni a contrarre che hanno preceduto la transazione, anche ai fini della caducazione del contratto, cfr. invece Tar Liguria, sez. II, 17.7.2015, n. 689; Tar Puglia Bari, sez. I, 28.8.2007, n. 2053

¹⁷⁶ La Corte dei Conti non manca di esprimere alcune considerazioni di ordine sistematico in ordine alla natura dell'istituto: cfr., fra le altre, C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 8.3.2018, n. 47; C. Conti, Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181; C. Conti, Veneto, sez. contr., 27.1.2016, n. 44; C. Conti, Piemonte, sez. contr., 26.9.2013, n. 344;

Dall'esame di alcune pronunce emerge, in particolare, come la complessiva legittimità della determinazione a contrarre della p.a. debba essere vagliata in rapporto all'esplicito bilanciamento fra i benefici attesi dalla stipulazione dell'accordo transattivo ed i costi derivanti dal prolungamento del contenzioso in atto fra le parti¹⁷⁷. Secondo la Corte dei Conti, funzionari ed organi dovrebbero considerare «la consistenza delle questioni giuridiche controverse, la sussistenza dei presupposti per procedere alla definizione transattiva ed i rischi connessi al contenzioso»¹⁷⁸. Per superare il vaglio della Corte dei Conti si deve dare, pertanto, effettiva prova della congruità della soluzione transattiva¹⁷⁹.

La responsabilità degli amministratori è stata individuata, ad esempio, nel caso in cui una transazione sia stata stipulata senza un'adeguata valutazione della potenziale fondatezza – o infondatezza – delle pretese della controparte¹⁸⁰.

Non può, pertanto, sostenersi che la giurisprudenza contabile disincentivi, in astratto, il ricorso a tale strumento¹⁸¹, in considerazione del fatto che la ragionevolezza della scelta di transigere appare idonea a garantire quelle esigenze di buon andamento e contenimento della spesa pubblica presidiate dalla stessa giurisdizione contabile¹⁸².

C. Conti, Piemonte, sez. contr., 22.2.2012, n. 20, C. Conti, Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181; C. Conti, Veneto, sez. contr., 27.1.2016, n. 44; C. Conti, Piemonte, sez. contr., 26.9.2013, n. 344. Su questi profili, poco indagati in dottrina, cfr. V. GIOMI, *A.d.r. e sindacato della Corte dei Conti: dovere di amministrare oculatamente o esposizione al rischio di responsabilità amministrativa?*, in *Munus*, 2016, 33 ss.; F. TIGANO, *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, specie 417 ss.

¹⁷⁷ Cfr., C. Conti, Lombardia, sez. contr., 24.9.2016, n. 310; C. Conti, Lazio, sez. giurisdiz. 19.11.2009, n. 2126.

¹⁷⁸ Cfr. C. Conti, Piemonte, sez. contr., 18.4.2012, n. 165; C. Conti, sez. II App., 4.10.2010, n. 372. Più recentemente, cfr. C. Conti, sez. II App., 15.1.2016, n. 43.

¹⁷⁹ Cfr. Corte Conti, Marche, sez. giurisdiz., 1.6.2006, n. 549, dove si è osservato come, ai fini della stipulazione di un accordo transattivo, si debbano mettere «a confronto due parametri: la probabilità di un esito sfavorevole delle vertenze ed il costo da pagare per rimuovere tale probabilità». Cfr. anche Corte Conti, Abruzzo, sez. giurisdiz., 5.1.2012, n. 1.

¹⁸⁰ Cfr. Corte Conti, Abruzzo, sez. giurisdiz., 2.3.2015, n. 28.

¹⁸¹ Così, invece, G. GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 93.

¹⁸² Si è precisato come l'autonoma responsabilità dei titolari degli organi, dei dirigenti e dei funzionari che abbiano preso parte alla procedura di stipulazione della tran-

Dalla giurisprudenza contabile proviene, semmai, l'esigenza di responsabilizzare i singoli organi e funzionari coinvolti nelle trattative e nella stipulazione del contratto ad agire sulla base dei parametri di efficienza economica che integrano i tradizionali criteri dell'agire amministrativo, orientando la stipulazione del contratto a risultati concretamente apprezzabili¹⁸³.

Se ne ha riprova considerando come lo stesso legislatore abbia agevolato il coordinamento fra enti territoriali e Corte dei Conti, consentendo ai primi di chiedere pareri preventivi in ordine all'incidenza della disciplina della contabilità pubblica sulla soluzione stragiudiziale delle controversie di cui siano parte le singole amministrazioni¹⁸⁴.

Da questa angolazione, le Sezioni di controllo hanno espresso numerosi pareri in materia di rilevanza contabilistica degli accordi transattivi

sazione sussista nell'ipotesi in cui «l'accordo, anziché assolvere la sua funzione economico sociale tipizzata dall'ordinamento di comporre o prevenire controversie, risultasse irragionevole e arbitraria rispetto alle pretese oggetto di controversia, attribuendo vantaggi patrimoniali indebiti a fronte di pretese temerarie, connotandosi per l'evidente irragionevolezza ed arbitrarietà dei contenuti»: cfr. C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 8.3.2018, n. 47; C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 7.7.2016, n. 115 Corte Conti, sez. II app., 8.10.2007, n. 303; Corte Conti, Puglia, sez. giurisdiz., 5.6.2003, 490.

¹⁸³ Sul piano generale, e con specifico riferimento all'impatto della giurisprudenza contabile sulla disciplina dell'attività amministrativa, cfr. V. GIOMI, *op. cit.*, 63 ss., che pure evidenzia – in senso critico – come le amministrazioni siano sempre più restie a ricorrere agli strumenti di *a.d.r.* proprio a fronte dei rischi di responsabilità temuti; F. TIGANO, *op. cit.*, 483 ss.

¹⁸⁴ Cfr. l'art. 7, comma 8, l. n. 131/2003, sul quale soprattutto V. GIOMI, *op. cit.*, 63 ss.; per una ricognizione della norma cfr. pure F. BATTINI, *Il concetto di contabilità pubblica come presupposto dell'attività consultiva delle Sezioni di controllo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 290 ss. La prassi delle sezioni di controllo evidenzia, in ogni caso, come le valutazioni della Corte dei Conti non possano mai essere qualificate alla stregua di un nulla osta preventivo alla transazione, dovendo limitarsi – sul piano oggettivo – a alla ricostruzione del contesto normativo generale di riferimento, così da chiarire alla stessa p.a. il quadro giuridico-contabilistico entro il quale interviene l'*a.d.r.* Ne discende l'inammissibilità delle richieste di parere che, sotto le apparenze della consulenza individuata dalla legge, si risolvono in questioni finalizzate a risolvere problemi di amministrazione attiva: C. Conti, Campania, sez. contr., 29.5.2019, n. 118; C. Conti, Liguria, sez. contr., 24.5.2019, n. 57; C. Conti, Campania, sez. contr., 20.2.2018, n. 17; C. Conti, Lombardia, sez. contr., 12.4.2018, n. 108; C. Conti, Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181; C. Conti, Veneto, sez. contr., 14.11.2016, n. 365.

dell'amministrazione: si è ad esempio escluso che la stipulazione di un contratto di transazione possa essere finanziata mediante indebitamento, negandosi che il contratto sia espressivo di un investimento ai sensi dell'art. 116, comma 6, Cost. e dell'art. 202, comma 2, d.lgs. n. 267/2000¹⁸⁵.

Si è poi precisato come la transazione non possa essere finalizzata ad eludere il doveroso riconoscimento di un debito fuori bilancio ai sensi dell'art. 194 dello stesso t.u.e.l., qualora esso derivi dalla pregressa soccombenza in giudizio dell'ente locale. Il riconoscimento costituisce, pertanto, un presupposto della stessa transazione finalizzata alla composizione negoziale di alcuni aspetti della situazione litigiosa non coperti da giudicato¹⁸⁶.

Sempre attraverso le ricostruzioni effettuate dalle sezioni di controllo, si è esclusa l'applicabilità dei limiti alla compravendita della proprietà di beni immobili da parte della p.a., ai sensi dell'art. 12, comma 1 *ter*, del d.l. n. 98/2011. La conclusione è argomentata sia con riferimento alle specificità della causa del contratto di transazione – differente da

¹⁸⁵ Si consideri come, ai sensi dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289/2002, i contratti stipulati dalla p.a. in violazione dei principi e delle disposizioni in materia di divieto di indebitamento sono considerati nulli, con la previsione di ulteriori sanzioni pecuniarie a carico degli amministratori che hanno assunto la relativa delibera. Il concetto di 'investimento', a tal fine, è stato ulteriormente precisato dall'art. 3, commi 16-21 *ter*, della l. n. 350/2003. Cfr. C. Conti, Puglia, sez. contr., 11.9.2019, n. 83, con specifico riferimento ad ipotesi di accordi transattivi finalizzati a ridurre gli effetti di pregresse sentenze di condanna della p.a. al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale. Secondo quanto argomentato dalla Sezione di controllo – in termini certamente discutibili, ma qui non rilevanti – «un accordo di questo genere sarebbe deputato non a produrre un aumento della ricchezza dell'ente interessato ma a contenerne il depauperamento; non genera un aumento di valore del patrimonio immobiliare o mobiliare ma, più verosimilmente, mira a limitare il detrimento di quel valore».

¹⁸⁶ Nella prassi, la transazione potrebbe essere utilizzata per eludere l'obbligo di riconoscimento del debito e – con esso – di trasmissione alla Procura contabile dei dati utili all'apertura di eventuali indagini per responsabilità erariale. Questo spiega perché si reputi l'osservanza dell'art. 194 t.u.e.l. come presupposto stesso per la stipulazione della transazione, ossia come adempimento funzionale alla individuazione dell'oggetto del contratto. Cfr. C. Conti, Basilicata, sez. contr., 13.12.2017, n. 74.

quello di compravendita – ed alla natura stessa dell’operazione compiuta dalla p.a.¹⁸⁷.

6. Frammentazione della fattispecie ed esigenze di una ricostruzione unitaria del fenomeno.

I dati selezionati possono essere utili a fornire un preliminare inquadramento della disciplina delle transazioni stipulate dalla p.a. Occorre prendere atto della fisiologica frammentazione della fattispecie, non solo in rapporto alla disciplina di diritto comune, ma anche con riguardo all’adattamento delle previsioni degli artt. 1965 c.c. ss. alle liti di cui sia parte l’amministrazione¹⁸⁸.

Diritto positivo e prassi interpretative evidenziano come l’unico tratto unitario di ogni accordo sia rappresentato dalla necessità di rispettare determinate procedure in ordine alla manifestazione della volontà di transigere. In difetto di un’espressa disciplina del procedimento transattivo, sono i principi generali contenuti nella l. n. 241/1990 a conformare l’attività dei funzionari pubblici responsabili della gestione della singola controversia, imponendo di formalizzare la scelta di transigere.

L’unità della fattispecie non va, tuttavia, oltre queste elementari indicazioni di principio, di per sé suscettibili di integrazione ad opera della prassi negoziale delle amministrazioni e degli orientamenti della giurisprudenza, che sono fisiologicamente condizionati dalle caratteristiche delle singole vicende, mal prestandosi a fornire agli operatori orientamenti sistematici idonei a fare maggiore chiarezza sul fenomeno.

Sul piano strutturale, infatti, non è agevole ravvisare nella normazione e nelle prassi un modello unitario di transazione, sia ai fini della

¹⁸⁷ Cfr. C. Conti, Lombardia, sez. contr., 24.9.2015, n. 310. Secondo la sezione, «la transazione, invece, anche nell’ipotesi in cui conduca, come effetto, all’acquisto di un bene immobile, è un’operazione più complessa, basata su valutazioni di convenienza economica ed amministrativa che vanno oltre il mero valore economico del bene che verrà acquisito, quale prestazione della controparte, dall’ente locale».

¹⁸⁸ Si rinvia *supra*, par. 1 e 2. Sul punto, sia concesso rinviare alle conclusioni cui si è pervenuti in A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 228 ss.

sua qualificazione che dell'individuazione dei corollari applicativi ricavabili da essa¹⁸⁹.

Le transazioni amministrative individuate nella prassi presentano dei tratti in comune con i contratti atipici, sia a causa delle perduranti lacune legislative che a fronte del non meno assorbente rilievo per cui anche la normazione speciale disciplina solo alcuni profili della fattispecie¹⁹⁰.

Si potrebbe prendere dunque atto dello stallo in cui versa il sistema, spostando il piano dell'indagine su proposte di politica del diritto, aventi ad oggetto l'introduzione di una espressa disciplina del fenomeno, sulla falsariga di quanto accaduto in altri ordinamenti¹⁹¹.

Cercando, invece, di affrontare il problema sul piano del diritto vigente, la soluzione delle questioni sollevate in precedenza potrebbe essere individuata nell'accettazione delle lacune ed antinomie del sistema.

Ne deriverebbe la necessità di procedere secondo un criterio casistico e topico, in forza del quale la composizione negoziale delle controversie amministrative onera le parti ad un'attività di ingegneria giuridica, volta a stabilire, caso per caso, il contenuto di un negozio atipico ai

¹⁸⁹ È da questa specifica angolazione che si ripropone il problema inerente alla individuazione della disciplina applicabile al contratto. Lungi dal trovare una soluzione appagante in dottrina, la questione appare aperta anche con generale riferimento all'attività negoziale della p.a., posto che le tesi prevalenti, nel porre in rilievo la dinamica di formazione delle convenzioni fra amministrazione e terzi, non sono automaticamente idonee a cogliere i profili contenutistici della disciplina. Nulla esclude, infatti, che, una volta stabilita la necessità di definire consensualmente un determinato assetto di interessi, si possa applicare al rapporto convenzionale la disciplina del Codice civile, salvo che la legge disponga diversamente. Per alcune significative aperture, nella dottrina successiva all'entrata in vigore della l. n. 241/1990, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCI, *Regime giuridico*, cit., 455 ss. G. MANFREDI, *Accordi*, 91 ss.

¹⁹⁰ La conclusione appare coerente con quanto evidenziava già M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 138 ss., in ordine alla piena ammissibilità dei negozi atipici nell'esercizio della funzione amministrativa. Si aggiunga come l'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990, nell'ammettere il ricorso a strumenti contrattuali nell'esercizio di funzioni non autoritative, non preveda il dovere di ricorrere a contratti tipici, lasciando spazio alla libera iniziativa delle parti in ordine alla individuazione del contenuto e degli effetti del singolo contratto o accordo.

¹⁹¹ Sul punto, si rinvia *infra*, cap. III.

sensi dell'art. 1322 c.c.¹⁹², cui applicare sia le disposizioni del Codice civile che l'eventuale disciplina speciale¹⁹³.

Si tratta di una soluzione praticabile in concreto, ma inappagante per chi ritenga necessaria un'analisi ricostruttiva e sistematica del fenomeno. L'esigenza ricostruttiva appare necessaria specie a fronte delle perduranti incertezze operative sottese all'approccio casistico che connota sia la prassi negoziale che le soluzioni giurisprudenziali delle singole questioni nascenti dalla stipulazione e dall'esecuzione del contratto¹⁹⁴.

A fianco di questo intuibile rilievo, si deve aggiungere come la frammentazione della fattispecie transattiva sia inaccettabile sul piano puramente normativo, correlato ad almeno tre canoni costituzionali, cui si deve attribuire efficacia precettiva¹⁹⁵.

Si fa riferimento alla necessità di garantire l'uguaglianza di individui e formazioni sociali nella fruizione di strumenti di composizione negoziale delle liti, intesi quali mezzi preordinati alla rimozione degli

¹⁹² Proprio in rapporto alle peculiarità delle transazioni amministrative, l'art. 1322 c.c. sembra assumere una rilevanza negata dai cultori del diritto privato, che hanno ritenuto questa previsione foriera del rischio di funzionalizzare il contratto all'interesse pubblico: cfr. A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Torino, 1994, 324 ss.

¹⁹³ Per una presa d'atto della situazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Stato e Codice civile*, cit., 351 ss. Sui criteri metodologici preordinati all'individuazione della disciplina dei contratti innominati, cfr. E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, 118 ss.; F. MESSINEO, *Contratto innominato*, cit., 106. Per un più ampio inquadramento della crisi della tipicità del contratto, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo*, cit., 50 ss.; Per una sintesi recente, cfr. F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 74 ss.

¹⁹⁴ Si rinvia, in tal senso, a G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 231 ss.; ID., *Transazioni*, cit., 93 ss. Si tratta, a ben vedere, delle medesime preoccupazioni alla base del contributo di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 5 ss.

¹⁹⁵ La necessità di ancorare ai parametri costituzionali la stessa concezione della p.a. e della sua azione è ampiamente ripercorsa, nell'ambito della scuola benvenutiana, da U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994. Per una recente rivisitazione di questo ordine di idee, che si riallaccia al più generale insegnamento benvenutiano, cfr. L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 53 ss.

ostacoli che pregiudicano, in concreto, l'esercizio di determinate prerogative soggettive, nella prospettiva dell'art. 3, comma 2, Cost. e degli stessi artt. 24 e 103 Cost.¹⁹⁶.

Tale esigenza andrebbe valorizzata anche dal punto di vista dell'amministrazione, al fine di garantire la compatibilità della composizione negoziale della lite con i principi di imparzialità, buon andamento e responsabilità desumibili dall'art. 97 Cost., oltre che con il generale canone della legalità dell'agire amministrativo, messo certamente in crisi dall'evoluzione del sistema, ma non al punto di determinarne l'integrale superamento¹⁹⁷.

Solamente la ricomposizione della fattispecie transattiva entro una categoria unitaria consente pertanto di qualificare la stessa transazione come un'*appropriate dispute resolution*¹⁹⁸.

Sono questi criteri ad imporre, sul piano assiologico e precettivo, la ricerca di una chiave di lettura sistematica della disciplina sostanziale del fenomeno, attraverso l'individuazione di fattori idonei a definire la stessa legalità della transazione amministrativa. Tale esigenza non connota unicamente la formazione dell'accordo e l'individuazione dei reciproci obblighi delle parti, ma deve comprendere anche l'attività esecutiva attraverso cui si definisce il nuovo assetto di interessi che permette di superare il conflitto, a triplice garanzia dell'interesse pubblico, dei

¹⁹⁶ Si tratta di un rilievo coerente con l'assunto per cui lo stesso diritto ad agire in giudizio rappresenterebbe solamente un punto di emersione della fondamentale aspirazione alla tutela delle proprie prerogative soggettive, la cui fonte andrebbe individuata nell'art. 2 Cost. A partire dai seminali studi di M. CAPPELLETTI, a cura di, *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, 1981; ID., *Alternative Dispute*, cit., 287 ss., cfr., nella dottrina recente, C. CAVALLINI, *L'arbitrato interno in una prospettiva internazionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 379 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, 907 ss.

¹⁹⁷ Cfr. A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1234 ss., dove si sono sottolineati i limiti di una concezione delle *a.d.r.* finalizzata ad ottenere la soluzione più 'efficiente' della controversia, nei termini profilati dai sostenitori dell'analisi economica del diritto; M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss.

¹⁹⁸ Cfr. J. S. WOLFE, *Across the Ripple of Time: The Future of Alternative (Or, Is It Appropriate) Dispute Resolution*, in *Tulsa Law Rev.*, 2001, 785 ss.

diritti ed interessi della parte privata, oltre che dei terzi titolari di posizioni soggettive connesse alla situazione controversa¹⁹⁹.

Nelle fasi successive dell'indagine si porranno dunque le basi per una revisione sistematica delle transazioni amministrative, muovendo, innanzitutto, dall'analisi di ordinamenti che hanno affrontato i problemi posti in rilievo nel corso della fase iniziale della ricerca.

¹⁹⁹ Sull'esistenza di comprendere le interazioni fra disciplina di diritto comune e speciale in ogni fase dell'attività negoziale dell'amministrazione, senza limitarla al momento prettamente genetico, cfr. M.S. GIANNINI, *Dell'amministrare*, cit., 1142 ss.

CAPITOLO TERZO

LA TRANSAZIONE NELLA PROSPETTIVA DEGLI ORDINAMENTI STRANIERI E DEL DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO 1. *Necessità ed oggetto dell'indagine.* 2. *La transaction administrative e la sua riconduzione al modello di diritto comune nell'ordinamento francese.* 3. *Il verwaltungsrechtlich Vergleichsvertrag come archetipo della transazione di diritto pubblico nell'ordinamento tedesco.* 4. *La transacción come prodotto dell'interazione fra diritto comune ed amministrativo nell'ordinamento spagnolo.* 5. *La diffusione del settlement in Inghilterra e Stati Uniti.* 6. *Le transazioni amministrative nell'ambito dell'Ue.* 7. *Incidenza degli esiti dell'indagine sulla prosecuzione dello studio.*

1. *Necessità ed oggetto dell'indagine*

L'esigenza di approfondire il tema mediante un un esame della disciplina assunta dalla transazione in altri sistemi giuridici non necessita di una particolare giustificazione, a fronte dell'acquisita apertura degli studi amministrativistici allo studio degli ordinamenti stranieri¹.

Più che di una premessa metodologica, pertanto, lo sviluppo dell'indagine sul versante indicato sembra necessitare di alcuni chiarimenti preliminari in ordine alle ragioni per le quali l'allargamento della

¹ Cfr. S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, 251 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 138 ss.; G. DELLA CANANEA, *I fattori nazionali e internazionali di convergenza ed integrazione*, in G. NAPOLITANO, a cura di, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 325 ss. Resta poi fermo il rinvio a M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992. Per un saggio delle potenzialità del metodo, si rinvia ai vari studi raccolti nella IV sezione della ricerca compiuta da L. TORCHIA, M. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI, a cura di, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 429 ss. In ambito europeo, il punto di riferimento è ancora rappresentato da J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, I-II, Baden-Baden, 1988, *passim*. Più recentemente, cfr. anche R. SEERDEN, a cura di, *Comparative Administrative Law*, IV ed., Cambridge, 2018. Spunti di particolare interesse, nella prospettiva statunitense, possono individuarsi anche in F. HEADY, *Comparison in the Study of Public Administration*, in *Comparative Public Administration*, 2015, 61 ss.

prospettiva è utile ad approfondire le questioni individuate nei precedenti capitoli.

Una prima ragione è di ordine prettamente conoscitivo, e deriva dalla scarsa attenzione riservata alle esperienze straniere negli scritti già apparsi in materia che, sin dal primo contributo di Guicciardi, si sono limitati a prendere atto della modesta rilevanza assunta dal tema nel dibattito scientifico².

Anche negli studi più recenti, che pur si sono giovati della progressiva rilevanza assunta dall'istituto nella legislazione e nella prassi, il confronto con altri ordinamenti appare sottostimato e ridotto a sintetici riferimenti alle previsioni del § 55 *VwVfG*³.

Risulta quindi opportuno ampliare la conoscenza dell'istituto e dei suoi omologhi, anche allo scopo di verificare se i problemi individuati nei precedenti capitoli siano caratteristici del solo ordinamento italiano, o non esprimano, piuttosto, questioni di ordine teorico-generale trasversali a qualunque sistema⁴.

Accanto all'esigenza prettamente conoscitiva, questa fase dello studio esprime anche una necessità di tipo costruttivo, funzionale alla rielaborazione teorica dell'istituto ed alla definizione della fisionomia della transazione nello stesso ordinamento italiano, nei termini che saranno sviluppati nella successiva parte della ricerca.

Si ritiene, infatti, che lo studio di altri ordinamenti possa essere utile a verificare come le transazioni – ed i negozi ad esse equipollenti – sia-

² Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 4 ss., in nota.

³ Un primo tentativo di analisi comparata del fenomeno si può leggere in A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1203 ss.

⁴ Per un'esposizione delle soluzioni adottate in alcuni ordinamenti europei cfr. però N. ATHANASIADOU, *Der Verwaltungsvertrag im Eu-Recht*, Tübingen, 2017, 102 ss., 129 s.; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bologna, 2000, 35 ss., specie in riferimento a Francia, Germania, Spagna. Per un esame dei limiti inerenti alla diffusione delle *a.d.r.* – e degli stessi accordi transattivi – nelle controversie di diritto pubblico cfr. anche K.J. DE GRAAF, A.T. MARSEILLE, H.D. TOLSMA, *Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective*, in D. C. DRAGOS, B. NEAMTU, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlino-Heidelberg, 2014, 589 ss. Per un'analisi comparata dei modelli civilistici, cfr. M. LACHANCE, *Le contrat de transaction: Etude de droit comparé et de droit international privé*, Bruxelles, 2006.

no oggetto di qualificazione nei singoli sistemi, per effetto delle interazioni fra legislazione, prassi giurisprudenziale ed amministrativa, oltre che dei contributi teorici dedicati al tema⁵.

A partire da questi dati, sarà possibile isolare alcune costanti riscontrabili in ciascun sistema, da intendere come elementi comuni ad ogni esperienza maturata nel contesto degli ordinamenti contemporanei. Questi fattori rappresentano il reale nucleo della composizione transattiva della lite, a prescindere dalle formule utilizzate nelle singole culture per descriverne le caratteristiche e stabilirne la disciplina.

Nell'esposizione delle soluzioni praticate nei vari ordinamenti, verranno affrontate le questioni relative alla sussistenza di un'effettiva specialità delle transazioni stipulate dall'amministrazione; alle caratteristiche delle transazioni della p.a., in rapporto all'evoluzione normativa e giurisprudenziale; all'efficacia e stabilità dell'accordo.

Per quanto concerne la scelta degli ordinamenti da prendere in esame, si è ritenuto di concentrare l'analisi su alcuni sistemi del continente europeo e sugli Stati Uniti, anche a fronte delle specifiche vicende istituzionali che hanno caratterizzato l'evoluzione del *settlement* oltreoceano⁶. Questo non toglie che il fenomeno sia noto anche in differenti

⁵ Sulla rilevanza dell'esposizione sistematica delle singole esperienze giuridiche, pur sempre espressiva delle convinzioni soggettive dei singoli Autori e dei rispettivi condizionamenti ideologici, cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 70 ss., nonché, più recentemente, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 205 ss. In tal senso sembra possibile valorizzare anche la scomposizione dell'ordinamento in formanti, secondo la prospettiva di R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. Padova, 1994, 82 ss.

⁶ Una giustificazione prettamente giuridica della scelta può ricondursi anche alle indicazioni provenienti dalla raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa, che, nell'esaminare il fenomeno delle *a.d.r.* nel diritto amministrativo, ha individuato nella transazione uno degli strumenti più idonei alla soluzione stragiudiziale delle controversie. La raccomandazione, tuttavia, non prende posizione sul regime dell'istituto, rinviando alla disciplina prevista nei singoli ordinamenti. Va da sé che questo rinvio potrebbe rivelarsi infruttuoso, o comunque poco idoneo alla reale comprensione del fenomeno ed alla individuazione della sua disciplina giuridica, in assenza di un esame delle soluzioni emerse in ciascun sistema. Se ne ha conferma dall'esame delle *Guidelines* relative alla citata raccomandazione, predisposte dalla *European Commission for the Efficiency of Justice* (Cepej) (2007)15, del 7 dicembre 2007, dove si osserva come «lit-

ordinamenti statuali extraeuropei, ancorchè influenzati dalle originarie soluzioni praticate in Europa⁷.

La scelta di estendere ulteriormente l'analisi al diritto dell'Ue si spiega in una duplice prospettiva: da un lato, gli organismi amministrativi dell'Unione Europea possono essere coinvolti in controversie suscettibili di risoluzione consensuale, ricorrendo ad accordi transattivi caratterizzati da una specifica disciplina, sulla falsariga dei modelli elaborati a livello statale⁸; dall'altro, il diritto derivato dell'Ue pone prin-

the academic research has been undertaken on alternatives to litigation in administrative field». Sulla raccomandazione ed il suo contenuto, sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *op. cit.*, *Il ricorso alle a.d.r.*, 1209 ss.

⁷ Particolarmente ampio il dibattito in Sudamerica, dove il modello di riferimento rimane rappresentato dalla legislazione spagnola. Sul punto, cfr., tra gli altri, L. FRAGA PITTALUGA, *El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos*, in AA.VV., *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998, 143 ss., con riferimento al Venezuela; A. HERRERA ROBLES, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, 2012, 737 ss.; S. MONTES DE ECHEVERRY, *Transacción y conciliación in el derecho administrativo*, in *Rev. Derecho Pubbl.*, 1992, 141 ss., sempre con riferimento alla Colombia; G. RUÁN SANTOS, *Comentarios sobre la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la administración*, in *Rev. Derecho Pubbl.*, 1981, 90 ss., con riferimento al Venezuela; G.S. ZEICHEN, *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en las controversias en que el Estado es parte*, in *Rev. Arg. Régimen de la Administración Pública*, 2016, 7 ss., con riguardo all'Argentina. Si riscontra una diffusione del fenomeno anche nel diritto amministrativo cinese, rispetto al quale sembra tuttavia inopportuno prendere specifica posizione in questa sede, considerando la necessità di integrare l'analisi del diritto positivo con quella della prassi: elementi rispetto ai quali mancano dati concreti, come pure la necessità di affrontare l'analisi delle *a.d.r.* in un contesto che non rispecchia la concezione dello Stato di diritto faticosamente elaborata in Europa occidentale negli ultimi due secoli. Per una prima analisi del fenomeno, cfr. M. PEI, *Citizens v. Mandarins: Administrative Litigation in China*, in *The China Quart.*, 1997, 832 ss. K. J. O'BRIEN, L. LI, *Suing the Local State: Administrative Litigation in Rural China*, in *The China Journal*, 2004, 75 ss.

⁸ L'ormai consolidata disciplina dell'amministrazione europea permette di distinguere le transazioni concluse dagli organi dell'Ue dalle ulteriori forme di *settlement negotiation* diffuse nell'ambito delle organizzazioni internazionali. Per quanto possa essere suggestivo estendere l'analisi comparata anche alle prassi internazionali, si reputa che il fenomeno sia estraneo all'oggetto di questo studio, trattandosi di accordi finalizzati alla soluzione di controversie che non rientrano nel concetto di litigiosità amministrativa definita nel cap. I. Le liti oggetto di *settlement negotiation* hanno infatti ad

cipi e regole applicabili alla soluzione transattiva di controversie di cui siano parte le amministrazioni statali, in forza del noto fenomeno della conformazione euorunitaria dei diritti nazionali⁹.

Non deve trascurarsi, ad ogni modo, come il riferimento alle soluzioni praticate in altri ordinamenti possa avere un'ulteriore giustificazione pratica. Nel 2001 il Consiglio d'Europa ha raccomandato ai singoli Stati membri l'implementazione delle tecniche di *a.d.r.* nei rapporti

oggetto questioni nascenti dall'esercizio di prerogative sovrane dei singoli Stati; le pretese e contropretese delle parti non derivano dall'invocata applicazione di norme statuali attinenti alla disciplina dell'attività dei pubblici poteri, ma di principi di diritto internazionale che limitano o condizionano l'esercizio di prerogative sovrane. Per una ricognizione del fenomeno, cfr. almeno T.A. ALEE, P.K. HUTH, *Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover*, in *American Political Science Review*, 2006, 219 ss.; D. FRENCH, M. SAUL, N.D. WHITE, a cura di, *International Law and Dispute Settlement*, Oxford, 2010; J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, VI ed., Cambridge, 2017, 8 ss.; W.M. REISMAN, *The Diversity of Contemporary International Dispute Resolution: Functions and Policies*, in *Jou. Int. Disp. Settl.*, 2013, 47 ss. Occorre nondimeno sottolineare come, talora, le fonti di diritto sovrastatale possano condizionare – in via di fatto – l'attività negoziale delle amministrazioni anche ai fini della soluzione delle controversie di diritto interno: cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012; E. MORLINO, *I contratti delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, specie 201 ss.

⁹ Il fenomeno è pacifico e consolidato, in rapporto all'influenza del diritto dell'Ue sui diritti amministrativi dei singoli Stati membri. Fra i molti contributi, limitando i richiami a quelli di carattere sistematico, espressamente riferiti all'impatto del diritto europeo sul diritto italiano, cfr. almeno S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritti amministrativi nazionali: signoria o integrazione?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1135 ss.; M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 979 ss.; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO, a cura di, op. cit., 325 ss.; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario* (1991), in *ID.*, *Scritti*, cit., 219 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, 1 ss.; S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, a cura di, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 247 ss. Sul rapporto fra comparazione giuridica e diritto europeo, cfr. F. TORRIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 140 s., e 381 ss.

fra amministrazione e terzi, individuando nella transazione uno dei principali strumenti destinati a questo obiettivo¹⁰.

Ciascuno Stato dovrebbe quindi predisporre un'ideale disciplina della transazione, rispettando le linee guida definite dal Consiglio d'Europa, anche al fine di consentire una misurazione della complessiva efficienza ed efficacia del sistema di tutele esperibili nell'ambito dei rapporti fra amministrazioni e terzi¹¹.

Il Consiglio d'Europa non chiarisce, tuttavia, i dettagli della disciplina della transazione, limitandosi ad indicazioni generiche, che esprimono, a propria volta, l'esigenza di stabilirne l'ambito applicativo¹². Resta da chiarire, a fronte del linguaggio volutamente generico utilizzato dal Consiglio d'Europa, l'effettivo ambito di operatività dell'istituto, in rapporto ai singoli sistemi.

¹⁰ Cfr. appena *supra*, nota 6.

¹¹ La raccomandazione si inserisce in un più ampio sistema di valutazione dei risultati dei sistemi giudiziari dei singoli paesi membri, svolto da parte di organismi come la Cepej, istituita nell'ambito dello stesso Consiglio d'Europa. Per un'impostazione delle principali questioni sottese alla necessità di misurare l'efficienza degli apparati giudiziari, anche allo scopo di parametrare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del Consiglio d'Europa, cfr. P. BOILLAT, S. LEYENBERGER, *L'administration e l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil d'Europe*, in *RFDAP*, 2008, 55 ss.; F. CONTINI, R. MOHR, *Judicial Evaluation. Tradition, innovations and proposals for measuring the quality of court performance*, Saarbrücken, 2008; M. FABRI, J. P. JEAN, P. LANGBROEK, H. PAULIAT, a cura di, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Paris, 2005. Nella letteratura in lingua italiana, cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 1 ss.; M. SAPIGNOLI, *Qualità della giustizia e indipendenza della magistratura nell'opinione dei magistrati italiani*, Padova, 2009. Fra gli ulteriori contributi, che valorizzano un approccio interdisciplinare al fenomeno, cfr. M. ADLER, *A Socio-Legal Approach to Administrative Justice*, in *Law & Policy*, 2003, 323 ss.

¹² Secondo il punto III.3 della raccomandazione, «*sauf disposition contraire de la loi, l'administration ne pourra pas, par une transaction, méconnaître une obligation lui incombant; conformément à la loi, les agents publics qui interviennent dans une procédure visant à une transaction doivent être munis de pouvoirs suffisants pour transiger*».

2. *La transaction administrative e la sua riconduzione al modello di diritto comune nell'ordinamento francese*

Il prioritario esame dell'esperienza francese risulta utile, nella stessa impostazione dell'indagine dei sistemi stranieri, a fronte dell'articolato sviluppo storico dell'istituto.

In Francia, l'applicazione delle disposizioni dell'art. 2044 del Codice napoleonico alle transazioni stipulate dall'amministrazione è contraddistinta da un percorso non lineare, caratterizzato dall'intervento creativo del *Conseil d'Etat* e del *Tribunal des Conflicts*, rispetto ai quali le posizioni del legislatore e della dottrina sono rimaste ancillari¹³.

Sono mancati, fino alla metà degli anni Novanta, interventi normativi in grado di razionalizzare un fenomeno contraddistinto da una significativa atipicità. Nei pur rari contributi in materia, la dottrina ha proposto una mappatura dei principali problemi giuridici sottesi alla diffusione delle transazioni, ma non ha elaborato stabili modelli teorici¹⁴.

¹³ Per quanto concerne il modello civilistico individuato dall'art. 2044 c.c., occorre osservare come fino alle recenti riforme del 2016 – su cui *infra* – il Codice non facesse riferimento alle reciproche concessioni fra le parti, che la giurisprudenza riteneva tuttavia necessarie al fine di transigere. L'attuale disciplina codicistica ha colmato la lacuna, consolidando gli orientamenti giurisprudenziali. Per quanto concerne il regime del contratto di transazione nel diritto civile francese, cfr. C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, Parigi, 2003; W. DROSS, B. MALLEY-BRICOUT, a cura di, *La transaction*, Paris, 2014, *passim*; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, in AA.VV., *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, 2007, 51 ss.; P. MALAURIE, L. AYNÈS, a cura di, *Droit des contrats spéciaux*, X ed., Parigi, 2018, 633 ss.; F. TAQUET, *Départs négociés et ruptures conventionnelles: La rupture amiable. La rupture conventionnelle. La transaction*, IV ed., Parigi, 2015.

¹⁴ I rari contributi hanno carattere prevalentemente esegetico o descrittivo: cfr. J.M. AUBY, *La transaction en matière administrative*, in A.J.D.A., 1956, 1 ss.; G. CHAVRIER, *Réflexions sur la transaction administrative*, in R.F.D.A., 2000, 548 ss.; R. DRAGO, *Les établissements publics et la transaction*, in AA.VV., *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Parigi, 2002, 185 ss.; G. EVEILLARD, *La transaction administrative*, in R.F.D.A., 2018, 829 ss.; J. GOURDOU, P. TERNEYRE, *Les transactions administratives*, in R. Jur. Entr. Pub., 2003, 543 ss.; X. LAGARDE, *Transaction et ordre public*, in *Rec. Dalloz*, 1997, 217 ss.; A. LYON-CAEN, *Sur la transaction en droit administratif*, in A.J.D.A., 1997, 48 ss.; A. MARTIN, *La Transacion en Materia Administrativa en Francia*, in *Ius et Praxis*, 2001, 207 ss.; J. MARTIN, *La nature d'une convention de*

La modesta considerazione dell'istituto da parte della dottrina discende da ragioni culturali, attinenti alla formazione pretoria del diritto amministrativo ed alla preminenza del *Conseil d'État* quale garante della legalità amministrativa¹⁵. Il ricorso al giudice-amministratore e la soluzione giudiziale della controversia hanno rappresentato il principale fattore di sviluppo di un sistema che, per converso, non poteva che rivelarsi ostile alla diffusione di tecniche di autocomposizione della lite basate sui principi del *Code Civil*¹⁶.

La stessa funzionalizzazione dell'attività amministrativa alla tutela dell'interesse generale rappresentava un chiaro ostacolo al riconoscimento della rilevanza giuridica degli accordi transattivi, che potevano rappresentare un *escamotage* finalizzato a svincolare entrambe le parti dalle prescrizioni legali che ne regolavano l'azione ed i rapporti¹⁷.

Occorre tuttavia avvertire come gli argomenti di ordine latamente culturale o dogmatico non siano stati in grado di arginare la prassi negoziale, per quanto abbiano condizionato la disciplina dell'istituto¹⁸.

Negli ultimi decenni, la *transaction* ha trovato una propria rinnovata legittimazione quale strumento alternativo alla tutela giudiziale, sulla scia delle indicazioni del *Conseil d'État* in ordine alla necessità di promuovere l'utilizzo delle *a.d.r.* nelle controversie amministrative. Il dibattito recente ha quindi messo in discussione il monopolio giudiziale

transaction conclue par une personne publique, in *Rev. Gén. Dr.*, 2008, 1 ss. on-line; B. PLESSIX, *Transaction et droit administratif*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, a cura di, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Parigi, 2006, 133 ss.; M. TERRAUX, M. GARDELLIN, *Le conditions de recours à la transaction*, in *Contr. Publ.*, 2019, 55 ss.; P. YOLKA, *Les modes alternatifs de règlement des litige administratifs*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, a cura di, *Traité de droit administratif*, II, Parigi, 2011, 585 ss.; A. ZARCA, *Questions sur l'annulation des transactions*, in *A.J.D.A.*, 2013, 506 ss. Per una sintesi cfr. anche J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, IV ed., Parigi, 2013, 33 s.

¹⁵ La diffusione pratica delle transazioni amministrative è tuttavia attestata già alla metà del XIX sec. Cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 548 s.; A. MARTIN, *op. cit.*, 207.

¹⁶ In tal senso, cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 549. Sulla formazione del diritto amministrativo francese cfr. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., 10 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 27 ss.

¹⁷ Cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 549; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 49 ss.

¹⁸ Come si vedrà immediatamente di seguito, la stessa giurisprudenza del *Conseil d'État* ebbe modo di occuparsi del fenomeno nello stesso periodo storico, con riguardo alle transazioni che avevano ad oggetto questioni di ordine prettamente patrimoniale.

della gestione dei conflitti amministrativi, ponendo in rilievo i temi della flessibilità, equità, rapidità ed efficienza della soluzione consensuale della lite¹⁹.

La pur rapida descrizione del contesto storico, culturale ed istituzionale entro cui si è sviluppata la disciplina giuridica della *transaction* chiarisce le ragioni per cui si ritiene che la sua analisi debba coglierne i profili diacronici, riservando ad un secondo momento la fissazione degli elementi caratteristici dell'istituto.

Il Codice del 1804, nel dare una prima compiuta disciplina al contratto, attribuiva anche alle comunità territoriali ed alle imprese pubbliche la facoltà di transigere, subordinando la stipulazione della transazione all'autorizzazione ministeriale²⁰. Nell'impostazione originaria del Codice civile, si trattava, dunque, di normali contratti, aventi ad oggetto questioni patrimoniali²¹.

Benché nessuna disposizione di legge permettesse allo Stato di stipulare il contratto, la lacuna non fu di ostacolo ad ammettere come, in

¹⁹ Si fa riferimento al rapporto del *Conseil d'État, Regler autremen les conflicts*, Paris, 1993, in cui le questioni inerenti alla transigibilità delle controversie venivano affrontate nell'ambito di una più ampia rivisitazione del dibattito statunitense sulle *a.d.r.*, e della praticabilità di questi strumenti ai fini della soluzione delle controversie di cui fossero parte le pubbliche amministrazioni. Sull'impatto di queste riforme, cfr. A. CASATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1214 ss.; A. SIMONATI, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l'esperienza francese*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi*, cit., 153 ss. Nella dottrina francese cfr., G. CHAVRIER, *op. cit.*, 549; F. DUCAROUGE, *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflicts: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*, in *R.F.D.A.*, 1996, 86 ss.; L. RICHTER, *Les modes alternatives de règlement des litiges et le droit administratif*, in *A.J.D.A.*, 1997, 4 ss.

²⁰ Come anticipato *supra*, cap. II, par. 1, in nota, l'art. 2044 del *Code civil* ha per primo individuato una disciplina tipica della transazione quale contratto finalizzato a prevenire o porre fine ad una lite (definita come *contestation*) mediante reciproche concessioni (elemento individuato dalla giurisprudenza e solo recentemente codificato nella novella dell'art. 2044 c.c.). L'art. 2045, comma 3, c.c. ribadisce il principio per cui le imprese pubbliche non possono transigere in difetto di autorizzazione del Primo Ministro. Per una ricostruzione storica dei fondamenti dell'istituto nel diritto civile francese, cfr. A. JEMMAUD, *Genèse et postérité de la transaction*, in B. MALLET BRICOUT, C. NOURISSAT, a cura di, *op. cit.*, 5 ss.

²¹ Su questa nozione, cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 548 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.

difetto di un esplicito divieto, operasse anche nei confronti delle amministrazioni statali una norma di inclusione che consentiva di transigere, salvi gli opportuni adattamenti derivanti dalle peculiarità del contraente pubblico²². In tal senso si espresse il *Conseil d'État* in una sentenza del 1887, sul caso *Évêque des Moulins*²³.

Ne è derivata una frammentaria elaborazione pretoria dell'istituto, mediante l'adattamento delle previsioni del Codice civile alle peculiarità dell'attività contrattuale dell'amministrazione. Tale opera di adattamento porta ad escludere che la transazione rientri fra i *contrats administratifs* individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁴.

²² Per un approfondimento della questione cfr. G. CHAVIER, *op. cit.*, 548 ss., dove l'adattamento delle previsioni dell'art. 2044 c.c. alle specificità dei conflitti amministrativi rappresenta la «*parfaite illustration*» dei corollari della giurisprudenza *Blanco* in ordine alla (necessaria) specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune; analoghi spunti in A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.

²³ Cfr. CE, 23.12.1887. Va tuttavia segnalato come le prime aperture in tal senso si possano retrodatare, con riferimento all'attività degli enti locali, già a CE, 15.2.1833, *Commune de Saint Pierre en Val*; CE, 21.11.1834, *Commune de Trois-Serens*; CE, 29.7.1850, *Commune de Launguinet*. Sull'importanza della pronuncia cfr. J.M. AUBY, *op. cit.*, 1 ss.; G. CHAVIER, *op. cit.*, 549; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 49.

²⁴ La possibilità di ricondurre la transazione alla discussa figura del *contrat administratif* è criticamente discussa da G. CHAVRIER, *op. cit.*, 552 ss.; G. ECKERT, *La transaction est-elle un contrat administratif?*, in *Contr. Mar. publ.*, 2007, 1 ss., on-line. La conclusione sembra giustificata dalla difficoltà di apporre alle transazioni clausole onerose (o *exorbitantes*) tali da alterare il regime giuridico del contratto, riconducendolo al modello del *contrat administratif*. Tali clausole sarebbero, infatti, in contrasto con la stessa funzione del negozio, finalizzato alla composizione della lite ed alla stabilizzazione dei rapporti fra le parti. Sul regime giuridico del *contrat administratif*, cfr. D. TRUCHET, *Droit administratif*, IV ed., Parigi, 262 ss. Parte della dottrina sostiene, tuttavia, come non tutte le transazioni abbiano carattere contrattuale, potendo assumere le forme di un atto di rinuncia all'applicazione di sanzioni, contro il pagamento di somme di danaro da parte del privato: cfr. J.M. AUBY, *op. cit.*, 2.; G. CHAVRIER, *op. cit.*, 550 s., che distingue tale ipotesi da quella in cui la transazione ha la forma del contratto di adesione del privato ad un regolamento negoziale predefinito dalla p.a.; J.C. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Marsiglia, 1997, 332. Per una ricostruzione del contratto di diritto amministrativo, in chiave comparata, cfr. A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO, a cura di, *op. cit.*, 179 ss., salvo un riferimento generale a G. JEZE, *Les contrats administratifs de l'Etat*, Parigi, 1927; G. PEQUINOT, *Théorie générale des contrats administratifs*, Parigi, 1957.

Venendo all'esame più ravvicinato del negozio, la stipulazione della *transaction* presuppone «*contestation effective*», ossia un univoco conflitto fra le parti in ordine ad aspirazioni confliggenti. A ciò consegue che non si possa ricorrere alla transazione per la soluzione di questioni di puro diritto, o per il superamento di una situazione di mera incertezza²⁵.

La transazione implica il superamento della lite mediante reciproche concessioni, nei termini già elaborati dalla giurisprudenza civile ed attualmente riaffermati dall'art. 2044 c.c. e dall'art. 423-1 del *Code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dal 2015²⁶.

Si reputa necessario un equilibrio fra prestazione e controprestazione dei transigenti, anche se questo non implica la loro necessaria omogeneità²⁷. Le concessioni dell'amministrazione non possono mai tradursi – a partire dalla sentenza *Mergui* del 1971 – nell'ingiustificato arricchimento della controparte privata, stante il divieto di atti di liberalità a favore di quest'ultima: si tratta di conclusioni codificate dall'art. 423-1 del *Code* del 2015, ad integrazione della disciplina del Codice civile²⁸.

²⁵ Cfr. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 50 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.

²⁶ Nella sua formulazione vigente, l'art. 2044 c.c. risulta analogo alle previsioni dell'art. 1965 c.c., essendo stato espressamente inserito – a seguito delle riforme del 2016 – anche il riferimento alle reciproche concessioni fra le parti.

²⁷ Cfr. CE, 29.12.2000, *Comparat*; CE, 11.9.2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*; CE, 9.12.2016, *Sté Foncière Europe*, dove si è precisato come «*les concessions réciproques consenties par les parties dans le cadre d'une transaction doivent être appréciées de manière globale*». La stessa giurisprudenza ha precisato, a questo riguardo, come le reciproche concessioni debbano avere ad oggetto diritti materiali e non meramente procedurali, escludendo, conseguentemente, che possa qualificarsi come concessione la mera rinuncia ad agire in giudizio contro il pagamento di una somma di danaro. La rinuncia, in sé considerata, avrebbe infatti ad oggetto il diritto di azione e non il diritto materiale ad essa sotteso: per una ricostruzione della disciplina, cfr. J. GOURDOU, P. TERNEYRE, *op. cit.*, 550 ss.; A. LYON CAEN, *op. cit.*, 49 ss.

²⁸ Cfr. CE, 19.3.1971, *Mergui*, che ritiene nulle e rilevabili d'ufficio le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni non dovute al privato. Nella giurisprudenza successiva, CE, 11.7.1980, *Compagnie d'assurance La Concorde*; CE, 21.2.1996, *Société Etablissement Crocquet*. Cfr. pure G. CHAVRIER, *op. cit.*, 562 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss. l'art. 423-1 del *Code* prevede, al riguardo, che le concessioni debbano essere «*équilibrées*».

La giurisprudenza *Mergui* consente pertanto al giudice amministrativo – di *plein contentieux* – di verificare l'equilibrio sinallagmatico del contratto e, dunque, di sindacare la stessa proporzionalità delle prestazioni delle parti. Ne deriva un penetrante controllo del contenuto della transazione, a differenza di quanto avviene nei rapporti privati, in cui tale verifica è limitata alla sussistenza dei generali presupposti del negozio²⁹.

Il principale limite operativo della *transaction* è rappresentato dalle previsioni dell'art. 9 del Codice civile, che qualificano come illeciti i contratti conclusi in violazione di norme di *ordre public*³⁰.

La giurisprudenza ha variamente integrato la clausola generale, individuando alcuni tipi di transazione contrari all'ordine pubblico, in rapporto alle caratteristiche dei beni e degli interessi in gioco. A fronte del regime di incommerciabilità dei beni pubblici, si è esclusa la possibilità di stipulare transazioni che implicavano atti dispositivi del patrimonio della p.a.³¹, o l'accertamento della sua consistenza³²; si è ritenuta illecita la transazione avente ad oggetto l'esercizio di poteri di polizia³³; è stata vietata la transazione che implichi la rinuncia al pagamento di interessi moratori esigibili dalla p.a.³⁴.

Il divieto più rilevante attiene all'intransigibilità dei conflitti riservati alla giurisdizione di *excès de pouvoir* del giudice amministrativo³⁵.

²⁹ Cfr. B. GORCHS, *Le contrôle judiciaire des accords des règlements amiable*, in *Rev. Arb.*, 2008, 33 ss.; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 51 ss.

³⁰ Cfr. W. DROSS, *Ordre public et transaction*, in *Dalloz. Thèmes et Commentaires*, Lione, 2005, 63 ss. Con riguardo alle transazioni amministrative, cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 562 ss.; J. GOURDOU, P. TERNEYRE, *op. cit.*, 554 ss.; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 49 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.;

³¹ Cfr. Cass, 7.11.1892, *veuve Desalles c. Veillas et Camussy*.

³² Cfr. CE, 20.6.1975, *Leverrier*.

³³ Cfr. Cons. Pref. Lille, 18.5.1953, *Maire de Moveaux c. Lagache*.

³⁴ Cfr. in tal senso CE, 17.10.2003, *Ministre de l'Intérieur et Syndicat intercommunal d'assainissement du Beausset*.

³⁵ Ne deriva la nullità delle clausole contenenti eventuali rinunce, ai sensi dell'art. 9 del Codice civile. Per una diffusa analisi, cfr. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 49. Per una revisione della questione cfr., tuttavia, subito *infra*. La questione è strettamente connessa alla rinuncia del diritto di azione nell'ambito del giudizio di *excès de pouvoir*, su cui non sussistono orientamenti univoci: ammessa in linea di principio, essa risulta fortemente disincentivata nella prassi, comportando una rinuncia alla tutela della posizione

Si è dunque esclusa la possibilità di transigere su questioni attinenti alla legittimità dei provvedimenti, mediante il pagamento di somme di danaro in cambio della rinuncia al ricorso, in forza dell'inderogabilità negoziale delle norme di ordine pubblico che configurano il processo di legittimità come una tecnica di controllo obiettivo della legalità amministrativa³⁶.

Questo assioma è stato messo tuttavia in discussione nella prassi giudiziale, e, successivamente, nella stessa legislazione di settore. Alcuni giudici hanno criticato l'interpretazione estensiva del concetto di ordine pubblico, ritenendo che le parti possano rinunciare consensualmente alla prosecuzione del processo³⁷; lo stesso legislatore ha espressamente previsto la possibilità di transigere sulle liti aventi ad oggetto questioni di legittimità di provvedimenti emanati in materia urbanistica, consolidando una prassi diffusa³⁸.

Lasciando a margine queste tendenze evolutive, si ricorre normalmente alla transazione per comporre controversie aventi ad oggetto questioni di ordine patrimoniale, per lo più in materia di danni determinati da attività di servizio pubblico, dall'esecuzione di contratti o da condotte lesive dell'amministrazione³⁹. Se la composizione negoziale non può determinare la conservazione del provvedimento illegittimo,

soggettiva che si assume lesa dall'atto impugnato. Cfr. J.C. RICCI, *Contentieux*, cit., 153 ss., nonché F. ALHAMA, *Transaction et renonciation à l'exercice du recours pur excès de pouvoir*, in *R.F.D.A.*, 2017, 503 ss. C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Parigi, 1974, 193.

³⁶ Cfr. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 49 s. L'assunto è consolidato: cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, XIII ed., Parigi, 2008, 956, D. COSTA, *Contentieux administratif*, II ed., Parigi, 2014, 95; P. YOLKA, *op. cit.*, 603.

³⁷ Cfr. TA Cergy-Pontoise, 8.1.2015, *Sté Multi Development France*, annotata da S. MERENNE, *La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir*, in *A.J.D.A.* 2015, 993 ss.

³⁸ Cfr. l'art. L. 600-8 del *Code de l'urbanisme* del 2013, dove si è disciplinato il regime fiscale di questa tipologia di contratti. Su questa disciplina cfr. F. ALHAMA, *op. cit.*, 507 ss.

³⁹ Questo, sempre che si distingua la transazione rispetto ad atti con funzione transattiva, diffusi in materia fiscale e applicabili nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, come evidenziato da G. CHAVRIER, *op. cit.*, 550 s.

nulla vieta inoltre di transigere in ordine alle conseguenze patrimoniali dell'annullamento, sia esso disposto dal giudice o d'ufficio⁴⁰.

Il regime di validità ed efficacia della *transaction* conferma, sotto altro profilo, una tendenziale convergenza con il tipo negoziale previsto dal Codice civile⁴¹.

L'attuale disciplina codicistica consente, infatti, di annullare le transazioni per errori di diritto, con l'assimilazione del regime di tali accordi ai contratti di diritto comune⁴². Tale soluzione, che determina una maggiore instabilità del contratto, era stata già profilata per la p.a. nel caso *Mergui*, per essere ribadita dalla sentenza *Saint Tropez* del 1995⁴³.

Nella stessa logica, volta a ridimensionare le peculiarità delle transazioni rispetto ai contratti di diritto comune, la riforma ha avuto incidenza anche sugli effetti del contratto, riscrivendo le previsioni dell'art. 2052 c.c., che attribuivano ad esso l'efficacia di cosa giudicata⁴⁴. Il Co-

⁴⁰ Come rilevato da B. PLESSIX, *op. cit.*, 139, ciò comporta il paradosso per cui la transazione risulta (tendenzialmente) inapplicabile al «*contentieux de légalité*», mentre costituisce uno strumento utilizzabile per «*couvrir, sur le plan pécuniaire, les illégalités*» dell'amministrazione.

⁴¹ Sotto questo profilo, appare largamente nominalistica la questione inerente alla qualificazione del negozio quale contratto di diritto comune o di *droit administratif*: per quanto essa sia funzionale alla soluzione di questioni attinenti al criterio di riparto fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, si ammette, in ogni caso, che la disciplina della transazione sia caratterizzata dal medesimo regime giuridico del contratto, salvi gli opportuni adattamenti. In tal senso, ancorchè in termini critici, cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 562 s.; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 50. In giurisprudenza, cfr. CE, 28.1.1994, *Société Raymond Camus et Compagnie*, in rapporto all'inadempimento del contratto.

⁴² Si tratta della legge del 18.11.2016 sulla c.d. *Modernisation de la justice du XXI^e siècle*. Sulle riforme del regime giuridico della transazione, cfr. T. CLAY, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi «Justice du XXI^e siècle»*, in *Sem. Jur.*, 2016, 2219 ss.; X. DELPECH, *Les modes alternatifs de règlement des litiges dans le projet de loi pour la justice du XXI^e siècle*, in *A.J.C.A.*, 2016, 408 ss. Per uno studio preliminare, cfr. W. DROSS, B. MALLET-BRICOUT, *La transaction. Proposition en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil «Des transactions»*, Parigi, 2014.

⁴³ In questa pronuncia si profilava, infatti, la possibilità di annullare la transazione viziata da errori di diritto in ordine alla quantificazione delle somme spettanti alle parti. Cfr. CE, 8 dicembre 1995.

⁴⁴ Nell'originaria formulazione dell'articolo, infatti, si affermava come la transazione avesse, fra le parti, *l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*.

dice civile si limita ora ad affermare che la transazione preclude genericamente la proposizione di un'azione giurisdizionale avente ad oggetto la questione risolta attraverso il contratto, senza attribuire ad esso specifici effetti materiali⁴⁵.

Va comunque sottolineato come le transazioni stipulate dalla p.a. siano ancora soggette ad una maggiore instabilità rispetto a quelle regolate dal Codice civile, anche per quanto attiene all'individuazione dei terzi legittimati a censurare la validità del contratto. L'accordo può essere contestato non solo da terzi pregiudicati dall'assetto di interessi definito dai transigenti, ma anche da soggetti a cui la legge attribuisce una legittimazione straordinaria ad impugnare contratti lesivi degli interessi delle collettività territoriali o di altri enti⁴⁶.

Ne deriva la difficoltà di individuare gli attuali effetti del contratto, che non possono essere ricavati dall'applicazione analogica della disciplina della sentenza. Nel silenzio della legge, sono stati individuati dalla dottrina – sulla falsariga del tipo civilistico – tre effetti del contratto: *extinctif, relatif e recognitif*⁴⁷.

Il primo determina l'estinzione della lite e vieta alle parti di agire in giudizio per la soluzione della medesima controversia⁴⁸; il secondo limita l'efficacia del contratto alle parti, senza il coinvolgimento dei diritti soggettivi di terzi, per quanto si taccia delle implicazioni rispetto a

⁴⁵ Secondo l'art. 2052 c.c., la transazione «*fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet*», ma non ha, di per sé, la medesima efficacia della sentenza passata in giudicato, come previsto prima della riforma del 2016. Su questi profili, cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, a cura di, *op. cit.*, 642 ss.

⁴⁶ Cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 564 s., con riferimento alle previsioni dell'art. L. 2132-5 del *Code général des collectivités territoriales*, che attribuiscono a tutti i contribuenti iscritti negli appositi ruoli comunali una legittimazione straordinaria ad esercitare le azioni spettanti all'amministrazione locale, previa autorizzazione del Tribunale competente. Analoga legittimazione è attribuita alle autorità prefettizie.

⁴⁷ Sono concezioni consolidate: cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 548 ss.; A. LYON-CAEN, *op. cit.*, 52 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.

⁴⁸ Si tratta dunque, dell'applicazione del principio della *exceptio rei transactae*, applicabile alle questioni devolute alla giurisdizione ordinaria o di pieno contenzioso. Il principio non troverebbe invece applicazione nella giurisdizione di *excès de pouvoir*: cfr. F. ALHAMA, *op. cit.*, 506 ss.

posizioni di altri soggetti indirettamente coinvolti; il terzo comporta il riconoscimento della rinuncia a far valere le posizioni giuridiche su cui verteva la lite⁴⁹.

Su questo quadro si inserisce la disciplina prevista per la p.a. da una serie di circolari emanate a partire dagli anni Novanta, nell'ambito delle politiche di promozione delle *a.d.r.* quali tecniche di autocomposizione dei conflitti amministrativi⁵⁰. Si fa riferimento alla circolare del 2009 sulle transazioni applicabili alle controversie nascenti dall'esecuzione di contratti pubblici ed alla circolare del 2011 sul regime generale delle transazioni amministrative⁵¹.

Queste fonti sono state il punto di riferimento della disciplina dall'art. 423-1 del *Code* del 2015 e delle successive integrazioni introdotte nel 2018, destinate a disciplinare almeno parzialmente la procedura preordinata alla stipulazione del contratto.

Soprattutto la circolare del 2011 risulta essenziale al fine di comprendere le modalità di conclusione dell'accordo⁵². A prescindere da alcune disposizioni di dettaglio in ordine alla determinazione della competenza a transigere, la circolare precisa, infatti, come la scelta di procedere alla stipulazione del contratto debba essere preceduta da una

⁴⁹ Per una ricognizione degli effetti del contratto, sul piano teorico-generale, cfr. C. RADÉ, *Les effets de la transaction*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, a cura di, *op. cit.*, 87 ss.

⁵⁰ Cfr. la circolare del Primo Ministro del 6 febbraio 1995, avente ad oggetto *Développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*. Su questa circolare si basa, ad esempio, la ricostruzione di G. CHAVRIER, *op. cit.*, specie 552 ss.; A. MARTIN, *op. cit.*, 187 ss.

⁵¹ Cfr. la circolare del 7 settembre 2009, inerente al *Recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique*; la circolare dell'8 aprile 2011, inerente al *Développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits* (sostitutiva della circolare del 1995).

⁵² In giurisprudenza, cfr. CE 17.5.2006, *Cne de Jonquières*. Sul contenuto delle decisioni di transigere, cfr. CE 11.9.2006, *Cne de Théoule-sur-Mer*, secondo il quale il Consiglio comunale, nell'autorizzare il Sindaco a transigere, deve esprimersi «*sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin*».

valutazione degli organi di indirizzo dell'ente⁵³. Essi devono prendere posizione su tutti gli elementi essenziali del negozio, in rapporto alla pretesa avanzata nei confronti dell'amministrazione ed al contenuto delle reciproche concessioni⁵⁴.

La scelta di transigere è preceduta da un'attività istruttoria prettamente giuridica, in rapporto alla quale la stessa circolare suggerisce agli organi di effettuare una disamina della controversia mediante «*un travail d'analyse semblable à celui qui incomperait au juge*»⁵⁵.

Questi elementi assumono un peculiare rilievo sistematico, perché denotano come la volontà di transigere non abbia carattere discrezionale, ma consista in una valutazione tecnica sui costi e benefici derivanti dalla transazione, rispetto a quelli connessi all'alea processuale. Il dato è coerente con la tendenziale limitazione dell'ambito applicativo del contratto alle questioni di ordine patrimoniale scaturenti dall'esercizio delle varie funzioni o attività di servizio pubblico.

Sempre secondo la menzionata circolare, l'autorizzazione va seguita da un *protocol transactionell*, che opera alla stregua di un atto programmatico finalizzato a prestabilire i vari adempimenti delle parti, comprensivi sia della stipulazione del contratto che della sua attuazione mediante prestazioni potenzialmente differibili nel tempo⁵⁶.

Rispetto a questo sistema, le attuali previsioni degli artt. 423-2/6 del *Code* del 2015, introdotte nel 2018, hanno previsto la costituzione di appositi Comitati ministeriali o interministeriali competenti ad esprime-

⁵³ Cfr. punto 1.3 della circolare, con i vari riferimenti inerenti alla capacità di transigere dei vari organi degli enti pubblici di riferimento.

⁵⁴ Cfr. H. KENFACK, *Répartition des compétences en matière de transaction conclue par une personne publique*, in *Sem. Jur.* 2008, 1 ss. nella versione on-line.

⁵⁵ Cfr. espressamente il punto 2.2. della circolare. Ad essa si possono affiancare attività valutative di ordine economico, in rapporto alle caratteristiche della controversia ed alla eventuale determinazione delle somme o delle utilità spettanti alla controparte privata. Al riguardo, la circolare del 2011 suggerisce l'acquisizione dei pareri di professionisti in possesso di specifiche esperienze in materia economico-giuridica, oltre a rimarcare la necessità dei nulla osta degli organi di controllo finanziario delle singole amministrazioni: cfr. i punti 2.3, 2.4, 2.5 della circolare.

⁵⁶ Cfr. i punti 2.3, 2.4, 2.5 della circolare.

re valutazioni in materia transattiva⁵⁷. I Comitati emanano i propri pareri in ordine all'ammissibilità della transazione, per quanto concerne sia i presupposti giuridici del contratto che la complessiva convenienza economica dell'accordo⁵⁸.

Tolte queste peculiarità procedurali, la circolare del 2011 conferma come le transazioni amministrative siano assimilabili ad un contratto di diritto comune, salve eventuali deroghe che non incidono sulla possibilità di ricondurre l'istituto al tipo civilistico⁵⁹.

Specifiche previsioni sono tuttavia contenute nelle singole leggi speciali, come accade in materia di tutela della concorrenza⁶⁰ ed ambientale⁶¹.

⁵⁷ Cfr. M. TERRAUX, M. GARDELLIN, *op. cit.*, 58, con riferimento alla disciplina introdotta dal decreto 2018-1029 del 23.11.2018.

⁵⁸ Cfr. art. 423-4 del *Code*, con riferimento a transazioni di valore superiore ai 500.000 euro. Il parere esclude, ai sensi dell'art. 423-2, la responsabilità dell'organo che stipula la transazione in conformità ad esso.

⁵⁹ Il punto 1.2 della circolare precisa che le regole applicabili «s'inspirent des dispositions du droit privé», salva la possibilità di «adopter de solutions particulières». Non incidono le questioni inerenti al riparto di giurisdizione fra giudice ordinario ed amministrativo, ribadite dal *Tribunaux des conflicts*, 18.6.2007, n. 3600, *Sté Briançon Bus*: per quanto il giudice – in piena giurisdizione – sia competente a conoscere le questioni relative a validità ed efficacia di transazioni inerenti ad attività di servizio pubblico, il regime del negozio resta privatistico. Cfr. G. CHAVRIER, *op. cit.*, 553.

⁶⁰ Cfr. le previsioni inerenti alle transazioni in materia di tutela della concorrenza. L'art. L-464.2, comma I, del *Code de Commerce*, introdotta nel 2015, introduce una disciplina della transazione nell'ambito dei procedimenti sanzionatori dell'Autorità della concorrenza. Distinta dagli impegni (*engagements*), la transazione implica il versamento di una indennità alle vittime di pratiche anticoncorrenziali, contro la riduzione della sanzione comminata dall'Autorità. Su questa tipologia di procedimenti – affini a quelli previsti anche nell'ambito delle attività delle Commissione europea, su cui *infra* par. 6 – P. BOUGETTE, H. BOUTHINON-DUMAS, F. MARTY, *La prévisibilité et la négociabilité des sanctions en droit de la concurrence. Réflexions à partir du cas orange et la procédure de transaction introduite par la Loi Macron*, in *Orizzonti di diritto commerciale*, 2016, 3 ss.

⁶¹ Cfr. le disposizioni dell'art. L173-12 del *Code dell'Environnement*, introdotta nel 2012, in materia di procedimenti sanzionatori (contravvenzioni e delitti) per violazione della disciplina ambientale. Il procedimento transattivo è disciplinato, in dettaglio, dal regolamento introdotto con decreto n. 2014-368 del 24.3.2014. Su questa disciplina, cfr. P. VAN BOSTERHAUDT, *Les valeurs des polices de l'eau Efficacité du droit pénal de*

Colta in sintesi, l'evoluzione del modello francese evidenzia come le disposizioni del Codice civile possano essere applicate dalle singole amministrazioni con adattamenti tali da non alterare in maniera apprezzabile la fisionomia e la disciplina dell'istituto⁶².

Ciò non implica, tuttavia, una definitiva prevalenza del modello privatistico su altre, possibili, forme di transazione. A questo riguardo, restano da monitorare gli eventuali sviluppi della disciplina delle transazioni aventi ad oggetto le questioni di legalità devolute al giudice dell'*excès de pouvoir*, su cui la circolare del 2011 ed il *Code* non prendono posizione⁶³.

3. *Il verwaltungsrechtlich Vergleichsvertrag come archetipo della transazione di diritto pubblico nell'ordinamento tedesco*

Nell'ordinamento tedesco, la possibilità di risolvere consensualmente le controversie amministrative mediante un contratto di transazione ricalcato sulla disciplina stabilita dal § 779 *BGB* appare associata da decenni⁶⁴. L'istituto di riferimento è stato oggetto di codificazione sia in ambito processuale che sostanziale⁶⁵.

l'environnement à l'épreuve de la protection de l'eau et des milieux aquatiques?, in *Droit et Cultures*, 2014, 81 ss.

⁶² Trovano applicazione alle transazioni della p.a. tutte le disposizioni del Codice civile francese inerenti al regime del contratto ed ai suoi vizi, nei termini stabiliti dagli artt. 2044 ss.: cfr. A. LYON-CAEN, op. cit., 50 ss.; A. MARTIN, op. cit., 187 ss.

⁶³ Si tratta di profili già colti, in passato, da una parte della dottrina, che ha proposto di distinguere il regime giuridico delle transazioni amministrative in rapporto alle caratteristiche della lite intercorrente fra le parti. Mentre le transazioni aventi ad oggetto questioni prettamente patrimoniali sarebbero assimilabili, almeno sotto il profilo contenutistico, al contratto di diritto comune, le transazioni inerenti ad altre questioni sarebbero riconducibili al *contrat administratif*: cfr. G. CHAVRIER, op. cit., 554 ss.

⁶⁴ Le prime aperture, in materia, si devono a F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, VIII ed., Tübingen, 1928, 274, con riferimento ad accordi transattivi su rapporti regolati dal diritto pubblico. Sul punto, cfr. già E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 4.

⁶⁵ Pure in Germania la letteratura in materia appare contenuta. Vanno innanzitutto richiamati i commenti di H.J. BONK, § 55 *VwVfG*, in P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, IX ed., Monaco, 2018, 1050 ss.; Fra i contributi

Occorre preliminarmente rimarcare come il modello civilistico stabilito dal § 779 *BGB* si discosti da quello franco-italiano, dato che si concepisce il *Vergleichsvertrag* quale strumento preordinato al superamento di una situazione di incertezza fattuale e giuridica (*Ungewissheit*), come pure della lite in senso proprio (*Streit*)⁶⁶.

Anche nell'ordinamento tedesco, ad ogni modo, l'elemento differenziale della transazione rispetto ad altre tecniche di composizione negoziale dei conflitti è rappresentato dalle reciproche concessioni, at-

specifici relativi alla disciplina del § 55 *VwVfG*, cfr. C. DEGENHART, *Der öffentliche Abfindungsvergleich*, in *NWvZ*, 1982, 70 ss.; K. ERFMEYER, *Die Beseitigung einer Ungewissheit über den Sachverhalt durch Abschluss eines Verwaltungsvertrag*, in *DVwBl*, 1998, 753 ss.; C. TEGETHOFF, § 55 *VwVfG*, in F. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XIX ed., Berlino, 2019, 1393 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 92 ss.; H. A. WOLFF, *Der Vergleichsvertrag wegen Rechtszweifeln*, in *Verwaltungsarchiv*, 2017, 197 ss. La transazione giudiziale è stata oggetto di studi più ampi e frequenti di quelli dedicati alla disciplina del § 55 *VwVfG*. Va tuttavia sottolineato come, nel filtro offerto dalla disciplina processuale, si siano ampiamente indagati anche i generali presupposti di ammissibilità del contratto ed i tratti che ne caratterizzano la disciplina. Se si comprendono anche alcune dissertazioni, cfr. J. BLIND, *Die Voraussetzungen für den Abschluß verwaltungsgerichtlicher Vergleiche*, Tübingen, 1970; F. HAUEISEN, *Unterschieden in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlichen rechtlichen Vertrag, gerichtlichen Vergleich und Urteil. Dogmatische Bedeutung und praktische Auswirkung*, in *N.J.W.*, 1963, 1329 ss.; ID., *Die Bestandkraft verwaltungsrechtlicher Vergleiche*, in *D. VBl*, 1968, 285 ss.; K. LÖWER, *Der verwaltungsgerichtliche Prozessvergleich als materielles Rechtsgeschäft*, in *Verwaltungs Archiv*, 1965, 142 ss.; W. MEYER-HESEMANN, *Die Zulässigkeit gesetzinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozessvergleiche*, in *D. VBl*, 1980, 869 ss.; J. SCHRÖDER, *Der Prozessvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten*, Berlino, 1971; F.M. SUCHAN, *Materiell-rechtliche Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs im Subordinationsverhältnis*, Tübingen, 1973.

⁶⁶ Le disposizioni del § 779 *BGB* definiscono la transazione come un contratto attraverso il quale le parti rimuovono la situazione di incertezza o la lite mediante reciproche concessioni. Si consideri, inoltre, come secondo il § 779, comma 2, *BGB*, la situazione di incertezza sussista anche qualora sia dubbia la possibilità di accoglimento delle pretese delle parti. Sul regime della transazione civilistica, cfr. R. BORK, *Der Vergleich*, Berlino, 1988; F. EBEL, *Berichtung, transactio und Vergleich. Untersuchungen zu Schuldversprechen und Vergleichsvertrag des Zivilrechts*, Tübingen, 1978; M. HABERSACK, § 779, in *AA.VV.*, *Münchener Kommentar zum Bundesgesetzbuch*, IV ed., Monaco, 2004, 1134 ss.; H. OETKER, F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Berlino, 2004, 687 ss.

traverso le quali le parti definiscono l'assetto di interessi preordinato al superamento dell'incertezza o della lite⁶⁷.

Il *Vergleichsvertrag* rappresenta, quindi, uno strumento generalmente applicabile in tutti i casi in cui le parti si trovino in una situazione di stallo in ordine alla concreta realizzazione dei propri interessi, dilatando notevolmente il proprio ambito applicativo rispetto al modello francese, in cui solo la lite giustifica il ricorso alla transazione⁶⁸.

La disciplina positiva del contratto rende l'esperienza tedesca meno problematica di quella italiana o francese, poiché risolve in radice sia le questioni inerenti all'ambito di applicazione dell'istituto, sia alcuni problemi relativi alla sua disciplina⁶⁹.

Nell'analisi del *Vergleichsvertrag* occorre muovere da una serie di premesse attinenti alla giustificazione dell'istituto, in rapporto alle caratteristiche del sistema e dei principi costituzionali che lo innervano.

L'accento posto sull'incertezza quale possibile presupposto della transazione permette di cogliere le peculiarità della disciplina in rapporto alla specifica posizione dell'amministrazione nel contesto dello Stato costituzionale di diritto e del principio di legalità, che orienta l'azione dei pubblici poteri sulla base dell'art. 20, comma 3, della *Grundgesetz*⁷⁰.

⁶⁷ Sulla necessità delle reciproche concessioni ai fini dell'integrazione del modello negoziale (*Nachgeben*), cfr. da ultimi H.J. WOLFF, *op. cit.*, 201 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1396 ss. Sulla composizione negoziale dei conflitti mediante accordi non necessariamente transattivi, cfr. C.E. EBERLE, *Arrangements im Verwaltungsverfahren*, in *Die Verwaltung*, 1984, 439 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 129 ss.

⁶⁸ Sull'applicabilità della transazione ad ogni ambito dell'attività amministrativa cfr. K. ERFMEYER, *op. cit.*, 753 s.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1396 ss.; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 197 ss.

⁶⁹ Per alcuni sintetici cenni sugli antecedenti storici della disciplina vigente, cfr. K. LÖWER, *op. cit.*, 142 in nota. Nella legislazione speciale, cfr. il § 54 *SGB*, il cui contenuto ricalca le previsioni dello stesso § 55 *VwVfG*. Particolarmente significativo appare, invece, il fenomeno della transazione in materia di cartelli fra imprese, che, pur non essendo disciplinata dalla legge, ha determinato la conclusione di una serie di accordi transattivi fra imprese e il *Bundeskartellamt*. Sul punto cfr. M. DREHER, M. KULKA, *Wettbewerbs und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, VIII ed., Heidelberg, 2014, 671.

⁷⁰ Come noto, l'articolo 20, comma 3, della Costituzione tedesca vincola l'azione amministrativa alla legge (*Gesetz*) ed al diritto (*Recht*). Ciò implica, come ampiamente

Proprio per il fatto di poter superare una situazione di incertezza fattuale e giuridica in ordine alle modalità dell'azione amministrativa, la transazione non determina un'elusione del principio di legalità⁷¹. Il contratto ne compensa semmai le carenze, in tutti i casi in cui sussistano fondati dubbi in ordine all'individuazione, interpretazione o applicazione di determinate regole giuridiche⁷².

Anche al netto della trattativa funzione pacificatoria dell'istituto, il *Vergleichsvertrag* appare dunque strumentale a garantire la stessa efficienza dell'agire amministrativo in contesti di grave incertezza giuridica, generati dalla proliferazione delle fonti di riferimento, dalla diffusione di orientamenti giurisprudenziali contraddittori, dall'incidenza di fattori esogeni all'ordinamento statale, quali l'impatto del diritto europeo e sovranazionale⁷³.

Il *Vergleichsvertrag* può essere pertanto inteso come uno strumento che supplisce ai limiti della capacità precettiva della legge, mediante una definizione consensuale della giuridicità dell'azione amministrativa-

rilevato, una potenziale espansione delle fonti dell'agire amministrativo, che non possono individuarsi nei soli atti normativi, ma anche negli atti della stessa amministrazione e nel diritto giurisprudenziale, oltre che in fonti extrastatali come il diritto europeo ed il diritto internazionale. Ne deriva un'evidente espansione della giuridicità dell'agire amministrativo e, con essa, della conflittualità e incertezza sottese all'individuazione ed applicazione della norma vincolante per i pubblici poteri. Su questi sviluppi, cfr. F. OSSENBÜHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in P. BADURA, H.U. ERICHSEN, I.V. MÜNCH, F. OSSENBÜHL, W. RUDOLF, W. RÜFNER, J. SALZWEDEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlino, 1988, I, 63 ss. Nella dottrina recente, cfr. pure I. APPEL, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, in *VVDStRL*, 2008, 228 ss.; E. SCHMIDT ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee*, II ed., Berlino, 2004, 47 ss.

⁷¹ Il potenziale conflitto fra principio di legalità e transigibilità è ampiamente colto dalla dottrina tedesca: fra gli altri, con riferimento a quanto si chiarirà immediatamente a seguire, cfr. C. DEGENHART, *op. cit.*, 73 ss.; W. MEYER-HESEMANN, *op. cit.*, 871 ss.

⁷² Cfr. N. ACHTENBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, II ed., Monaco, 1986, 490; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 198 ss.

⁷³ Sull'incidenza della transazione sulla *Verfahrensökonomie* cfr. K. ERFMEYER, *op. cit.*, 754; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1394; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 198. Più diffusamente, cfr. W. MEYER-HESEMANN, *op. cit.*, 871, che evidenziava come l'accordo permettesse di ovviare al *Kostenrisiko* derivante dalla conclusione del procedimento in situazioni di incertezza e dalla possibile contestazione della decisione unilaterale.

va⁷⁴. La transazione rappresenta, inoltre, un modo di esercizio consensuale della funzione amministrativa, cui appare necessario ricorrere a fronte delle inefficienze derivanti dall'eccessiva onerosità dell'attività istruttoria funzionale all'adozione di un provvedimento, oltre che dall'alea processuale⁷⁵.

Venendo all'esame più ravvicinato dell'istituto, il § 106 *VwGO* disciplina la transazione giudiziale (*Prozessvergleich*) quale modalità di definizione delle controversie già pendenti innanzi al giudice amministrativo⁷⁶.

Il § 55 *WvVfG* conferisce piena rilevanza giuridica alla transazione stragiudiziale (*aussergerichtlich Vergleich*)⁷⁷. Questo tipo di transazio-

⁷⁴ Il ricorso alla transazione è coerente con l'assunto, bene evidenziato da I. APPEL, *op. cit.*, 257, che sottolinea come lo sviluppo dell'ordinamento (*Rechtsverwicklung*) vada inteso come il prodotto dell'iterazione «*in dem neben dem Gesetzgeber auch Verwaltung, Gerichte und unter Umständen nicht staatliche Akteure als normativ angeleitete Baumeister tätig sind*». La questione si inserisce, pertanto, sul più ampio dibattito inerente ai fondamenti istituzionali dell'esercizio negoziato della funzione amministrativa: oltre a E. SCHMIDT ASSMAN, *Das allgemeine*, cit., 341 ss., cfr. H. SCHMITZ, *Kooperationsverträge zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz*, in H. BAUER, C. BÜCHNER, F. BROSIUS-GERSDORF, a cura di, *Verwaltungskooperation. Public-private partnership und Publica-private partnerships*, Potsdam, 2008, 51 ss.; V. SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Tübingen, 2000, 85 ss.; A. SCHMEHL, *Konsens und Kooperation im Verwaltungsrechtsverhältnis*, in M. SCHULER-HARMS, a cura di, *Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht*, Münster, 2012, 11 ss.

⁷⁵ Parte della dottrina ha ritenuto che il ricorso alla transazione rappresenti una deroga al principio inquisitorio che caratterizza il procedimento amministrativo, nei termini desumibili dal § 24 *VwVfG*. Cfr. N. ACHTENBERG, *op. cit.*, 490 ss.; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 199 s.

⁷⁶ La giurisprudenza e la stessa dottrina – dopo alcune oscillazioni – hanno sottolineato la “doppia natura” della transazione giudiziale, da intendere sia come atto interno al processo (*Prozesshandlung*), sia come contratto dotato di una propria efficacia materiale. Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1050 ss.; K. LÖWER, *op. cit.*, 145 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1397, che estende le stesse considerazioni alla transazione stragiudiziale; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 92 ss. In giurisprudenza, cfr. *BVerWG*, 15.1.1960 7 C 91.58; *BVerWG* 28.3.1962 – 5 C 100.61; *BVerwG*, 1.12.1989 – 8 C 17.87.

⁷⁷ Il § 106 *VwGO* precisa come la transazione giudiziale possa essere conclusa dalle parti, sulla base di un accordo o di una proposta dello stesso tribunale, senza tutta-

ne può essere stipulato nel corso di un procedimento amministrativo, o a seguito della sua conclusione, come pure sulla base di contatti informali fra le parti⁷⁸.

Ne deriva la possibilità di qualificare la transazione come *subordinationrechtlichen Vertrag* ai sensi del § 54, comma 2, *VwVfG*⁷⁹, o quale generico contratto di diritto pubblico, posto che nessuna previsione legale ne vieta stipulazione al di fuori del procedimento⁸⁰. A tale contratto si attribuisce, in dottrina, una duplice natura: dal punto di vista dinamico, esso può essere qualificato come uno specifico procedimento, finalizzato alla stipulazione dell'accordo; dal punto di vista materiale, il *Vergleichsvertrag* deve essere qualificato a tutti gli effetti di legge co-

via definire il regime giuridico del negozio. Per un esame degli antecedenti storici della disciplina vigente, nell'ambito dei quali il fenomeno non era oggetto di regolazione specifica – sebbene ammesso nella prassi – cfr. K. LÖWER, *op. cit.*, 142 ss.

⁷⁸ Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1959 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 88 ss.

⁷⁹ La qualificazione del *Vergleichsvertrag* quale *subordinationrechtlichen Vertrag* è ribadita, fra gli altri, da H.J. BONK, *op. cit.*, 1959; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 36 ss. Tale tipologia negoziale – elaborata dalla dottrina con riferimento alle previsioni del § 54 *VwVfG* – intercorre fra parti 'diseguali', ossia fra amministrazione e cittadino. Nulla esclude, peraltro, che la transazione fra enti pubblici possa essere assimilata alla diversa figura del *koordinationsrechtlichen Vertrag*, ossia del contratto fra soggetti equiordinati sotto il profilo organizzativo ed istituzionale: cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, *ibidem*; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 38. Sulla contraddittorietà della nozione di contratto fra parti diseguali cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 41 in nota; F. LEDDA, *Il problema*, cit., 46.

⁸⁰ Si tratta di un dato essenziale sotto un profilo tassonomico, che implica, tuttavia, l'estensione dei vari problemi interpretativi sottesi alla disciplina dei contratti di diritto pubblico alle transazioni amministrative. Cfr. K. ELFMEYER, *op. cit.*, 753. Fra i molteplici contributi sull'*öffentlicher-rechtlicher Vertrag*, oltre alle singole voci dedicate al § 54 *VwVfG* nei vari commentari disponibili, cfr. E. GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsgewalt*, Tübingen, 2000, 20 ss.; V. SCHLETTE, *op. cit.*, 85 ss., ai quali si rinvia anche per la ricostruzione complessiva del dibattito tedesco. Nella dottrina italiana, restano utili i riferimenti al dibattito tedesco di G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 9 ss.; A. MASUCCI, *Il contratto di diritto pubblico tra amministrazione e privato. L'esperienza tedesca*, in *Jus*, 1987, 55 ss.

me un contratto, con la conseguente applicazione dello specifico regime giuridico previsto dalla *VwVfG* per tale tipologia di atti⁸¹.

Da tale qualificazione derivano due importanti conseguenze di ordine sistematico, inerenti all'ambito applicativo ed al procedimento di formazione dell'accordo.

Innanzitutto, il riferimento del § 55 *VwVfG* a generiche situazioni incerte o litigiose implica che l'accordo transattivo possa avere ad oggetto tanto questioni di ordine prettamente patrimoniale, quanto questioni inerenti all'esercizio di funzioni autoritative. Il *Verwaltungsvergleichsvertrag* rappresenta, pertanto, una figura unitaria, funzionale alla composizione negoziale di qualsiasi controversia di cui sia parte la pubblica amministrazione: questo implica che, in tal caso, la p.a. non debbano utilizzare le previsioni del *BGB*, ma – in quanto *lex specialis* – le disposizioni parzialmente derogatorie della *VwVfG*⁸².

La qualificazione dell'accordo transattivo quale contratto di diritto pubblico ai sensi del § 54 *VwVfG* ha inoltre l'effetto di assoggettare la sua stipulazione alla medesima procedura applicabile a tale tipologia negoziale⁸³. La legge non prevede specifiche formalità, né impone particolari adempimenti, ferme restando la natura discrezionale della decisione di transigere, e, dunque, la necessità di acquisire tutti gli elementi necessari alla scelta⁸⁴.

La disciplina della *VwVfG* incide pure sulle caratteristiche strutturali del negozio e sul suo regime giuridico, che risulta caratterizzato da al-

⁸¹ Sulla c.d. *Doppelnatur* della transazione, cfr. C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1397. Sul contratto di diritto amministrativo come possibile manifestazione del procedimento, in rapporto al dibattito tedesco, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 51.

⁸² L'ambito applicativo della transazione coincide, pertanto, con quello dell'attività amministrativa, nei termini stabiliti dai §§ 1 e 2 *VwVfG*. La prospettiva è, in altri termini, rovesciata rispetto all'ordinamento francese (ed italiano), non sussistendo la lacuna che – negli ordinamenti già esaminati – legittima l'amministrazione a ricorrere alle previsioni del Codice civile adattandole, in quanto compatibili, alle necessità della parte pubblica. Sul punto, cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 75 ss.

⁸³ Per il rinvio alle ulteriori previsioni della *VwVfG* cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1961 ss.

⁸⁴ La tendenziale libertà delle forme caratterizza l'azione amministrativa ai sensi del § 10 *VwVfG*, ferma restando la forma scritta del contratto ai sensi del § 57 *VwVfG*. Sul procedimento transattivo, cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 129 ss.; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 199 ss.

cune peculiarità rispetto al modello del *BGB*, a propria volta derivanti dalla necessità di adattare il tipo negoziale alle caratteristiche dei conflitti giuridici fra amministrazione e terzi⁸⁵.

Per quanto attiene agli elementi strutturali del negozio, l'incertezza deve essere obiettiva e comune alle parti, in rapporto alle difficoltà inerenti alla ricostruzione di determinati fatti, allo svolgimento di accertamenti tecnici, o alla qualificazione del rapporto controverso, in relazione ad incertezze normative o giurisprudenziali⁸⁶.

La distinzione fra incertezza fattuale e giuridica – labile sul piano teorico ed applicativo⁸⁷ – deve essere colta in rapporto all'attività conoscitiva dell'amministrazione ed agli ostacoli in cui essa può incorrere a fronte di situazioni di particolare complessità. Ne discende che le incertezze fattuali riguardano situazioni in cui non sia possibile appurare, in via istruttoria, la veridicità di determinati fatti, o in cui siano necessari accertamenti tecnici eccessivamente complessi rispetto all'importanza pratica della questione⁸⁸; le incertezze giuridiche hanno ad oggetto que-

⁸⁵ Sulla necessità di distinguere i due fenomeni, cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 78 ss., anche in rapporto alla specifica posizione istituzionale della p.a. ed alla funzionalizzazione dell'attività negoziale dell'amministrazione alla tutela di interessi pubblici.

⁸⁶ Si potrà dunque transigere quando lo stato di impasse sia conclamato e non sia possibile dissipare il dubbio mediante l'assunzione di responsabilità dei funzionari di vertice, o tramite l'acquisizione del parere di esperti. L'incertezza deve essere riferita all'intero apparato, non essendo sufficiente, ai fini della stipulazione del contratto, la mera incertezza soggettiva del funzionario. Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1962 ss.; K. ERFMEYER, *op. cit.*, 755 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1399 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 43 ss.; H.J. WOLFF, *op. cit.*, 202 ss.

⁸⁷ Si rinvia ai noti contributi di ordine teorico-generale inerenti alle interferenze reciproche fra *quaestio facti* e *quaestio iuris* nell'individuazione della fattispecie, nel solco di suggestioni gadameriane: cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it. Napoli, 1983, 102 ss.; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), trad. it. Napoli, 2007, 168 ss.; J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e costruzione giuridica* (1965), trad. it. Bologna, 2009, 25 ss.; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), trad. it. Milano, 1970, specie 187 ss.

⁸⁸ In tal senso, il ricorso alla transazione può essere giustificato pure da esigenze di economicità ed efficienza, almeno qualora l'accordo risulti meno costoso e più rapido

stioni relative all'individuazione, all'interpretazione ed all'applicazione di regole di diritto, a fronte degli orientamenti contraddittori della stessa giurisprudenza⁸⁹.

Entro il contesto di incertezza così definito si innesta la valutazione discrezionale dell'Amministrazione in ordine all'opportunità di risolvere la lite in via transattiva, anziché attraverso un'azione o una resistenza in giudizio. Espressamente richiesta dal § 55 *WvVfG*, questa valutazione esprime sia la funzionalizzazione dell'accordo all'interesse pubblico, sia la necessità di distinguere la posizione della p.a. da quella del contraente privato⁹⁰.

Dal punto di vista della p.a., infatti, la soluzione negoziale della lite si può giustificare – anche ai sensi del § 39 *VwVfG* – solo qualora l'accordo sia vantaggioso sul piano dell'economia procedimentale e della compatibilità della composizione negoziale della lite con il pubblico interesse preso a riferimento. Sotto questo profilo, la decisione di transigere è funzionalmente diversa dall'adesione della parte privata al negozio transattivo, che rimane indifferente rispetto agli effetti della composizione negoziale sull'interesse pubblico⁹¹.

Tali peculiarità incidono sulla stessa disciplina del negozio.

Una prima caratteristica riguarda le prestazioni che la p.a. può garantire alla controparte. Secondo la giurisprudenza del *BVerwG*, infatti, la p.a. può stipulare una transazione solo in materie in cui abbia la competenza ad emanare atti che possono determinare gli effetti previsti dall'accordo transattivo⁹².

dei supplementi istruttori necessari all'accertamento o alla valutazione di determinate circostanze di fatto Cfr. K. ELMAYER, *op. cit.*, 755 ss.

⁸⁹ Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1962 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1400; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 47 ss.

⁹⁰ La discrezionalità non è, comunque, assoluta, incorrendo nei classici limiti rappresentati dalla proporzionalità della decisione, dal rispetto del principio di uguaglianza, oltre che dalla pubblicità del procedimento come modo di esercizio del potere. Cfr. sempre H.J. BONK, *op. cit.*, 1965 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1401 ss., nonché W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 70 ss.

⁹¹ Cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 78 ss.

⁹² Su questi profili, cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1964 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 92 ss. Cfr. *BVerwG*, 28.3.1962. La giurisprudenza applica all'accordo transattivo le mede-

Un altro aspetto rilevante concerne il rapporto fra situazione incerta ed oggetto delle reciproche concessioni. Le concessioni devono risolvere il medesimo conflitto di interessi su cui si innesta la situazione di incertezza, non potendo incidere su rapporti diversi da quello controverso, ancorchè intercorrenti fra le medesime parti e rientranti nelle prerogative della p.a. che transige⁹³.

Il terzo limite è costituito dal regime dei provvedimenti emanati in esecuzione dell'accordo, che devono essere conformi al principio di tipicità, producendo i soli effetti previsti dalla legge. L'accordo transattivo opera, in altri termini, come cornice programmatica entro la quale è possibile emanare provvedimenti funzionali alla diversa regolazione del rapporto, nei limiti delle attribuzioni comunque spettanti alla p.a.⁹⁴.

Entro tali limiti, l'oggetto delle reciproche concessioni resta ampio, potendo integrare sinallagmi di *do ut facias* e *facio ut facias*⁹⁵. La composizione della lite può risolvere conflitti patrimoniali fra le parti, determinare il ritiro e la sostituzione di provvedimenti illegittimi, o, ancora, implicare una nuova definizione del rapporto controverso⁹⁶.

sime conclusioni cui il *BVerWG* è giunto con riferimento ai contratti di diritto pubblico: cfr. già *BVerwG*, 24.10.1956; *BVerwG* 5.6.1959.

⁹³ Cfr. sempre H.J. BONK, *op. cit.*, 1964 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1400 s. Per una esemplificazione, cfr. *BVerwG*, 14.11.1975. Si era ritenuta illecita la transazione attraverso cui il ricorrente aveva rinunciato alla prosecuzione di un giudizio di impugnazione di un diniego di concessione edilizia, a fronte dell'impegno della p.a. di consentire la costruzione di un edificio su un altro terreno di proprietà del medesimo ricorrente.

⁹⁴ Cfr. *BVerwG* 26.10.2006.

⁹⁵ Parte della dottrina profila, al riguardo, una distinzione fra *Verpflichtungsvertrag* e *Verfügungsvertrag*, quest'ultimo contraddistinto dalla possibilità di emanare – in esecuzione del programma transattivo comune alle parti – atti unilaterali e provvedimenti amministrativi: cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1960 ss.; K. LÖWER, *op. cit.*, 151 ss.

⁹⁶ Si citano gli esempi della rinuncia ad un'azione di danno contro il pagamento di un'indennità; di rinunce a presunti crediti contro l'immediato pagamento di una somma di danaro; di incertezze inerenti alla determinazione dei limiti di edificabilità di un'area, risolte attraverso un contratto che accorda alla parte privata il diritto di edificare ad un'altezza maggiore di quella originariamente assentita, ma inferiore a quella contenuta nel progetto. Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1960 ss.; C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1400 ss.

Con riferimento alla validità della transazione vengono in rilievo le previsioni dei §§ 54 e 59 *VwVfG*⁹⁷.

La transazione sarà nulla in tutti i casi previsti dal *BGB*⁹⁸, oltre che nell'ipotesi in cui difettino i presupposti per transigere, ai sensi del § 55 *VwVfG*. Ne deriva, in particolare, che la transazione può essere viziata sia per illegittimità della scelta discrezionale della parte pubblica, sia per errore della parte privata⁹⁹. Il medesimo regime si applica anche alle transazioni processuali, che possono essere oggetto di revoca da parte del giudice¹⁰⁰.

Per quanto concerne l'efficacia del contratto, è pacifica la sua natura costitutiva, che a propria volta si scinde in effetti 'negativi' e 'positivi': i primi implicano l'estinzione della situazione litigiosa, mentre i secondi comportano la definizione di un nuovo rapporto, che le parti devono attuare mediante l'adempimento delle reciproche concessioni¹⁰¹.

⁹⁷ Sul regime di validità della transazione, cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1967 ss.; U C. TEGETHOFF, *op. cit.*, 1402 s.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 147 ss. Deve incidentalmente osservarsi come il § 59 *VwVfG* assoggetti tutti i contratti di diritto pubblico ad un regime di invalidità distinto da quello dei provvedimenti amministrativi. In particolare, i vizi di legittimità del provvedimento che precede la stipulazione del contratto non risultano automaticamente riferibili all'accordo, che non potrà essere impugnato sulla base di tali motivi, salvo che essi non si traducano in un'ipotesi di nullità del vincolo negoziale. L'ipotesi più importante si ha nel caso in cui il vizio della decisione discrezionale della p.a. si traduca in vizio del contratto ai sensi del § 59 *VwVfG*, ad esempio per errata valutazione dei presupposti inerenti all'opportunità di transigere. La peculiarità della fattispecie è colta anche da G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 43 in nota, e 56.

⁹⁸ Si fa quindi rinvio alle previsioni dei §§ 134 (nullità per violazione di norme di legge), 138 (nullità per violazione del buon costume o per sproporzione delle prestazioni derivanti da ignoranza della controparte). Cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 180 ss.

⁹⁹ Per un'applicazione, cfr. *OVG Koblenz*, 18.2.2010, 1 A 10973/09. Sempre nella medesima sentenza si è precisato come l'errore debba avere ad oggetto circostanze obiettive antecedenti alla stipulazione dell'accordo – mentre sono irrilevanti eventuali errori di valutazione in ordine alla qualificazione giuridica di fatti conosciuti. Si tratta della specifica fattispecie considerata da G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 43 in nota.

¹⁰⁰ Cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1956.

¹⁰¹ Per questa distinzione, che rieccheggia quella individuata nel cap. II, par. 1, con riferimento agli effetti eliminatori e conformativi della transazione, cfr. soprattutto H.J. BONK, *op. cit.*, 1965.

Alle transazioni stipulate dalla p.a. si applicano le previsioni del § 60 *VwVfG* sulla rinegoziazione dell'accordo e sul recesso per circostanze sopravvenute¹⁰².

La giurisprudenza ha precisato come l'applicazione del § 60 *VwVfG* agli accordi transattivi implichi che le sopravvenienze emerse in corso di esecuzione del contratto abbiano importanza tale da incidere sulla struttura del sinallagma, limitando il recesso ai casi di gravi squilibri negoziali, insuscettibili di rinegoziazione¹⁰³.

L'assimilazione dell'accordo transattivo al contratto di diritto pubblico si riflette, attraverso il rinvio al § 58 *VwVfG*, sulla questione inerente all'incidenza della transazione sulla posizione giuridica dei terzi estranei all'accordo. I diritti dei terzi sono innanzitutto sottratti alla disponibilità delle parti. Questi ultimi possono, tuttavia, approfittare degli effetti vantaggiosi del contratto aderendo ad esso, mentre non sono pregiudicati dai suoi effetti sfavorevoli¹⁰⁴.

Ciò non toglie che, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato a loro danno, i terzi possano agire in giudizio per l'accertamento della sua nullità, ai sensi del § 43 *VwGO*¹⁰⁵.

Al di fuori di queste circostanze, la transazione ha effetti obbligatori fra le parti, precludendo, parallelamente, la proposizione di un'azione avente ad oggetto la medesima questione risolta in via negoziale¹⁰⁶.

Le controversie inerenti alla validità ed all'esecuzione dell'accordo sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo, sulla base dei

¹⁰² Per un inquadramento, cfr. ancora W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 117 ss. Ad avviso della giurisprudenza, infatti, tali previsioni sarebbero espressive del principio per cui le parti sono vincolate all'esecuzione del contratto *rebus sic stantibus*. Con riferimento ai contratti di diritto pubblico, cfr. *BVerwG*, 18.7.2012; *BVerwG*, 9.11.1990.

¹⁰³ Cfr. *VG Regensburg*, 15.3.2015.

¹⁰⁴ Cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 27 ss. e 118 ss.

¹⁰⁵ Cfr. sempre W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 120; H.J. BONK, *op. cit.*, 1961. Come osserva, tuttavia, E. BUOSO, *op. cit.*, 120 s., nella prassi giudiziale tedesca le azioni nei confronti degli accordi stipulati ai sensi dei §§ 54 e 55 *WvVfG* sono alquanto rare, anche a fronte della clausola di immediata esecutività dei contratti prevista dal § 61 *VwVfG*.

¹⁰⁶ Al riguardo, cfr. H.J. BONK, *op. cit.*, 1965 ss.; W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 92 ss.

principi stabiliti dal § 40 *VwGO*¹⁰⁷. La tecnica di riparto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria contribuisce a rafforzare l'autonomia del negozio transattivo di diritto pubblico rispetto al modello del § 779 *BGB*¹⁰⁸.

Le peculiarità della disciplina tedesca dipendono, in conclusione, da tre variabili: la specifica posizione istituzionale degli apparati pubblici rispetto all'attuazione o all'implementazione della legge, da cui deriva la funzionalizzazione dell'accordo all'interesse pubblico; la conseguenziale specialità del negozio, rispetto alla disciplina del *BGB*, in ordine alle modalità di formazione dell'accordo ed al suo regime; l'autonomia della figura negoziale prevista dal § 55 *VwVfG* rispetto al contratto di diritto comune, derivante dall'interazione fra i principi originariamente posti dal *BGB* e la successiva disciplina della *VwVfG* e del *VwGO*¹⁰⁹.

4. *La transacción come prodotto dell'interazione fra diritto comune ed amministrativo nell'ordinamento spagnolo*

Anche nell'ordinamento spagnolo si ammette costantemente il ricorso alla transazione per la soluzione delle controversie di cui sia parte

¹⁰⁷ Secondo il § 40 *WvGO*, la giurisdizione amministrativa si estende ad ogni controversia di diritto pubblico, salvo che non sia disposto diversamente dalla legge. L'effetto complessivo è quello di estendere la cognizione del giudice amministrativo non solo alle questioni inerenti le modalità di esercizio unilaterale dell'azione amministrativa, ma anche alle controversie nascenti dalla conclusione e dall'esecuzione dei contratti della p.a., nei termini del § 54 *VwVfG*. L'assimilazione dell'accordo transattivo ad un *Subordinationsrechtliche Vertrag* implica, pertanto, il pieno riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo, non operando – rispetto a tale fattispecie – l'eventuale scissione fra la competenza del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario. Sul punto, cfr. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA, a cura di, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, 269 s.; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea*, Trento, 2000, 102 ss.

¹⁰⁸ Per una sintesi cfr. W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 92 ss.

¹⁰⁹ Cfr. sempre W. VON RINTELEN, *op. cit.*, 79 ss.

l'amministrazione, sulla falsariga del modello stabilito dall'art. 1809 del *Código Civil* e dall'art. 19 della *Ley de Enjuiciamiento Civil*¹¹⁰.

L'attuale situazione appare, per certi versi, affine a quella italiana. Non esiste, infatti, una disciplina generale delle transazioni amministrative, cosicché l'individuazione dei tratti distintivi del fenomeno risulta attribuibile al *Consejo de Estado* e al *Tribunal Supremo*, oltre che alla – ridotta – elaborazione dottrinale¹¹¹.

Secondo le previsioni del Codice, la transazione è finalizzata a prevenire o porre fine ad un conflitto (*pleito*), ossia ad un fenomeno che può ricomprendere tanto le liti in senso stretto quanto una situazione di obiettiva incertezza, destinata a sfociare in una lite¹¹². Benché non sia

¹¹⁰ Cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, Madrid, 1964; A. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *La transacción*, in J. A. CUEVILLAS SAYROL, a cura di, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, I, Barcellona, 2001, 153 ss.; J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *El error en la transacción*, in *Ann. Der Civ.*, 1991, 1093 ss.; S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in *An. Jur. Ec. Esc.*, 2011, 279 ss.

¹¹¹ Scarsi, anche in Spagna, gli approfondimenti teorici dell'istituto. Una sintesi si deve, in ogni caso, a J.M. BOQUERA OLIVER, *Administración pública y transacción*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1965, 321 ss.; R.O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contractos Administrativos: Transacción, Aribtraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, II ed. Cizur Menor, 2004, 257 ss.; M. F. CLAVERO AREVALO, *Posibilidades de transacción con la Administración local*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1954, 161 ss.; J. GONZALEZ PEREZ, *La transacción en el Proyecto de Ley de La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1998, 7 ss., S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La irrupción de las negociaciones en el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitrajes (alerta frente a vías que informan de su posible extensión)*, in *Revista de estudios de la administración local*, 2001, 53 ss.; A. HUERGO LORA, *op. cit.*, 96 ss.; ID., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bologna, 2000, 35 ss.; D. LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcellona, 2000; J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *El contrato de transacción y las administraciones públicas. La doctrina del Consejo de Estado*, in *Rev. Adm. Púb.*, 2006, 337 ss.

¹¹² Secondo CE, 22.6.2017, n. 290E, «el concepto español de transacción es más amplio que el que rige estrictamente en el ámbito francés, y no se limita a los casos en que exista un pleito ya iniciado o en fase de inminencia, sino que comprende todos los supuestos en que exista una situación o relación jurídica dudosa o incierta»: Per una ricognizione del fenomeno cfr. i pareri CE, 9.7.1992, n. 764; CE, 30.3.1989, n. 52267.

formalmente previsto dal Codice, il superamento dell'incertezza o della lite implica le reciproche concessioni fra le parti¹¹³.

Per diversi decenni, si è ammessa la possibilità di stipulare contratti di transazione al solo fine di dirimere controversie aventi ad oggetto questioni di carattere patrimoniale, entro i limiti individuati dalle singole leggi di settore. Viceversa, sono sempre emersi dei dubbi in ordine alla possibilità di transigere su questioni inerenti all'esercizio di funzioni autoritative¹¹⁴.

Specie in dottrina, emergevano le classiche riserve sulla compatibilità del negozio con il principio di legalità, che sottraeva ai pubblici poteri la disponibilità delle posizioni giuridiche suscettibili di composizione negoziale¹¹⁵.

La giurisprudenza del *Consejo de Estado* affermava l'esistenza di un principio «*de desconfianza*» nei confronti della transazione: diffidenza che trovava giustificazione nella concezione autoritativa di un agire amministrativo che non poteva scendere a patti con le controparti private pure al fine di risolvere eventuali controversie, la cui cognizione era devoluta necessariamente agli apparati amministrativi e giudiziari¹¹⁶.

Per quanto originata da premesse coerenti con la matrice liberale del diritto amministrativo, la tesi risultava pienamente adattabile alla concezione autoritaria dello Stato franchista, riadattando a tali scopi i dogmi anti-contrattualistici di matrice hegeliana, diffusi sia nella dottrina tedesca che in parte della dottrina italiana del primo Novecento¹¹⁷.

¹¹³ Cfr., *Tribunal Supremo*, sez. I, 17.7.2008.

¹¹⁴ Cfr. J.M. BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 333 ss.; R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 263 ss.; M. F. CLAVERO AREVALO, *op. cit.*, 163 ss.; J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 340, con riferimento alla l. 1.7.1911 sulla contabilità pubblica e del regolamento di organizzazione e funzionamento degli enti locali del 17.5.1959, oltre che della legge 24.12.1962 sul patrimonio dello Stato. Su questa disciplina, cfr. J. GONZALEZ PEREZ, *La terminación anormal del proceso administrativo*, in *Rev. Adm. Púb.*, 1955, 113 ss.

¹¹⁵ Cfr. J.M. BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 328 ss.; J. GONZALEZ PEREZ, *La transacción*, 9.

¹¹⁶ Cfr. J.M. BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 328 ss.; M. F. CLAVERO AREVALO, *op. cit.*, 163 ss.; J. GONZALEZ PEREZ, *op. cit.*, 9 ss.

¹¹⁷ Su questi aspetti, cfr. M.A. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *Autoritarismo y modernización de la Administración Pública española durante el franquismo*, in *Reala*, 2014, 71 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 29 ss.

Il quadro culturale – prima ancora che normativo – mutò negli anni Settanta dello scorso secolo, con la graduale affermazione della possibilità di transigere anche nell’ambito delle controversie amministrative, nel solco del modello rappresentato dal § 55 *VwVfG*¹¹⁸ e della più generale revisione dei postulati dell’azione amministrativa¹¹⁹.

Ciò non ha tuttavia portato alla codificazione dell’istituto nelle vigenti leggi generali sul procedimento e sulla tutela giudiziale nei confronti della p.a., che fanno riferimento alla transazione senza darne una disciplina¹²⁰.

Ne è sorta una lacuna che ha offerto a giurisprudenza e dottrina l’occasione di definire il regime dell’istituto mediante una combinazione di principi di matrice privatistica e pubblicistica¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. J. GONZALEZ PEREZ, *op. cit.*, 10, con riferimento al parere di CE, 1.3.1984, n. 46031, nel quale si affermava la possibilità di ricorrere alle transazioni nell’ambito «*de las relaciones jurídicas de carácter administrativo*»; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, 53 ss.

¹¹⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, 56 ss., con riferimento al superamento dei tradizionali dogmi dell’unilateralità dell’azione amministrativa e della indefettibile subordinazione degli apparati amministrativi alla legge, se colti nella prospettiva realistica della moltiplicazione delle fonti dell’agire pubblico e dell’incertezza sistemica che caratterizza il fenomeno. Per altri sviluppi cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 263 ss.

¹²⁰ Cfr. in particolare, le disposizioni dell’art. 77 della *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa*, n. 29/1998, che prevedono «*la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad*». Cfr. L.M. BREMOND TRIANA, *La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, 2013, 356 ss. Nella dottrina spagnola contemporanea, il fenomeno va correlato alla più generale esigenza di utilizzare le a.d.r. come alternativa al contenzioso, soprattutto con riferimento alla mediazione amministrativa: su questi profili, e sulle implicazioni sociali di una ridefinizione dei rapporti fra cittadino e p.a. nella gestione di determinate politiche pubbliche – sicurezza urbana, raggiungimento della parità di genere, gestione dei mercati regolati – cfr. B. BELANDO GARÍN, *La mediación administrativa: una realidad jurídica*, in F. LÓPEZ RAMÓN, a cura di, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, 2015, 265 ss.; ID., *La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados*, in *Anuario de Justicia Alternativa*, 2014, 169 ss.

¹²¹ Sull’interazione fra disposizioni del Codice civile e principi dell’azione amministrativa cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 271 ss.

La disciplina è stata ricostruita mediante l'individuazione dei tratti differenziali della *transacción* conclusa dalla p.a. rispetto al modello generale previsto dal Codice civile, specie per quanto attiene alle finalità ed all'oggetto del contratto¹²².

In rapporto all'ambito di applicazione dell'istituto, dottrina e giurisprudenza concordano nell'affermare che esso postuli la disponibilità delle prerogative soggettive delle parti, in rapporto all'oggetto della lite, nei termini desumibili dall'art. 86 della *ley* n. 39/2015 e dall'art. 77.1 della *ley* n. 29/1998¹²³.

A fronte della vaghezza del concetto e della stessa ambiguità delle disposizioni di riferimento, il limite è stato individuato sulla base di criteri direttivi di ordine generale, cercando comunque di ridimensionare il tradizionale dogma dell'indisponibilità di tutte le prerogative connesse all'esercizio delle funzioni autoritative della p.a. Nel silenzio della legge, pertanto, si è assunto che l'amministrazione possa transigere, fatti salvi i limiti stabiliti da regole espresse¹²⁴.

Si è così chiarito come nei confronti della *transacción* amministrativa siano applicabili tutti i limiti delle transazioni concluse fra soggetti privati, essendo precluse la produzione di effetti giuridici riservati alla giurisdizione e l'incidenza su posizioni giuridiche soggettive di terzi.

¹²² Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 269 s.; A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 106; ID., *La resolución extrajudicial*, cit., 65 ss.

¹²³ Le previsioni dell'art. 86, comma 1, della *ley* n. 39/2015 – contenente la disciplina generale del procedimento amministrativo in Spagna – individuano nella *transacción* una delle possibili modalità di «*terminación convencional*» del procedimento. In rapporto all'omologa disciplina stabilita dal previgente art. 88 della *ley* n. 30/1992, cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 100.

¹²⁴ La conclusione appare giustificata anche in rapporto all'evoluzione della giurisprudenza civile in ordine ai limiti di transigibilità ai sensi dell'art. 6.2. c.c. e del concetto di ordine pubblico. Quest'ultimo coincide, secondo la giurisprudenza più recente, con i principi generali di diritto, e, per estensione, con i diritti e le libertà fondamentali previste dagli artt. 11-38 della Costituzione spagnola. Ciò implica, in concreto, che una transazione non possa mai determinare una compressione dei diritti e libertà fondamentali costituzionalmente protetti. Viceversa, una transazione può risolvere una controversia derogando all'applicazione di norme imperative, nel caso in cui esse non siano finalizzate alla tutela di diritti e libertà fondamentali costituzionalmente rilevanti. In tal senso, cfr. TS, 7.7.2006. Sul punto cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 265 ss.; S. SAN CRISTÓBAL REALES, *op. cit.*, 286 ss.

Ne deriva l'illiceità di transazioni aventi ad oggetto diritti della personalità, come pure questioni inerenti a liti che possono coinvolgere direttamente gli interessi di terzi estranei all'accordo¹²⁵.

Con riferimento a liti su questioni patrimoniali, il ricorso alla *transacción* non patisce particolari limiti, se non in rapporto alla necessaria funzionalizzazione dell'accordo all'interesse pubblico ed alla necessità di applicare al contratto i medesimi limiti previsti dal *Código civil* per la transazione di diritto comune¹²⁶.

Viceversa, specifici limiti possono individuarsi con riferimento a *relaciones jurídicas de derecho público*, ossia a questioni che coinvolgono l'esercizio di funzioni amministrative¹²⁷.

L'accordo può avere ad oggetto liti in cui sia discussa la legittimità dell'azione amministrativa, salvo i casi in cui vengano in rilievo questioni attinenti alla *nulidad de pleno derecho* di un atto ai sensi dell'art. 47 della *ley* n. 39/2015, che deve essere accertata mediante gli idonei rimedi giudiziali ed amministrativi¹²⁸.

Per quanto concerne i presupposti del contratto, anche in Spagna risulta indispensabile l'esistenza di una lite caratterizzata da esiti incerti,

¹²⁵ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 101; ID., *La resolución extrajudicial*, 37.

¹²⁶ Cfr. J.M. BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 328 ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, 69 ss.

¹²⁷ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 101. Parte della dottrina considera eccezionali le ipotesi di transazioni su questioni che coinvolgono l'esercizio di pubbliche funzioni, limitando l'ambito applicativo dell'istituto ai casi in cui vengano in gioco prerogative discrezionali: cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, 69.

¹²⁸ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 101. Secondo l'art. 49 della *ley* 39/2015, tratta di vizi di particolare gravità, riferiti ad atti: adottati in violazione di diritti e libertà tutelabili mediante ricorso per *amparo*; in condizioni di manifesta incompetenza per materia o territorio; a contenuto impossibile; tali da integrare reato o emanati in conseguenza di un reato; adottati in assenza di procedimento amministrativo prescritto dalla legge o in manifesta violazione delle norme inerenti alla formazione della volontà degli organi collegiali; contrari all'ordinamento giuridico, nella parte in cui attribuiscono diritti o facoltà in assenza dei requisiti essenziali prescritti ai fini del loro acquisto.

a fronte della complessità della situazione di fatto sottesa alla lite ed alla difficoltà di individuare la disciplina idonea alla sua soluzione¹²⁹.

La situazione di incertezza non è sufficiente a legittimare la composizione negoziale, essendo necessario individuare l'interesse pubblico che giustifica il ricorso alla transazione¹³⁰. Va quindi tenuto conto delle caratteristiche della lite e dell'opportunità che su di essa possa pronunciarsi il giudice competente, a fronte delle peculiarità della controversia o della sua attitudine ad operare come precedente in altri casi analoghi¹³¹.

La legge non disciplina il procedimento di formazione del contratto e non precisa il regime della determinazione della p.a., salva la necessità di acquisire i pareri o altri atti prodromici previsti dalle singole leggi speciali¹³². Specifici regimi sono previsti per i singoli enti pubblici, le

¹²⁹ Sulle caratteristiche dell'incertezza nelle transazioni di diritto comune, cfr. anche S. SAN CRISTÓBAL REALES, *op. cit.*, 279 ss. La stessa giurisprudenza del TS, sez. I, 17.7.2008, individua nella *res dubia* un presupposto essenziale della transazione. Pure in Spagna, infatti, è la situazione di oggettiva incertezza in ordine alle modalità di applicazione della legge al conflitto in atto fra le parti a giustificare la composizione negoziale del conflitto, a fronte di una perdita di capacità precettiva della legge nei confronti dell'amministrazione. Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 266 ss.; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 102 ss.

¹³⁰ La formazione della volontà di transigere deve quindi tradursi in un atto discrezionale, per quanto non siano precisate le forme e le caratteristiche di tale decisione. Occorre tuttavia sottolineare come il CE, nel parere n. 42.868, del 23.12.1980, avesse lamentato l'assenza di un autonomo procedimento di transazione, rinviando, al fine della formazione della volontà di transigere, ai principi generali dell'azione amministrativa. Cfr. L. MÍGUEZ MACHO, *op. cit.*, 328; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 112.

¹³¹ Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 273 ss.; A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 113. Nella prassi, l'indicazione dell'interesse pubblico che giustifica il ricorso alla transazione risulta fondamentale al fine di garantire un'attenta indagine delle ragioni giustificative del contratto, evitando che, attraverso di esso, vengano simulati atti di liberalità o cessioni di beni pubblici in difetto dei requisiti essenziali per la composizione negoziale della controversia, aggirando per tale via le previsioni legislative in materia di alienazioni del patrimonio. In tal senso, cfr. CE, 30.5.1968, n. 35695.

¹³² Per le transazioni dello Stato, sono previsti un parere non vincolante del *Consejo de Estado* e l'autorizzazione del Consiglio dei Ministri. Cfr. art. 3 della ley n. 1/2002. Secondo lo stesso CE, parere n. 47.170, del 28.2.1985, la valutazione deve avere ad oggetto un esame estrinseco del progetto di transazione, che non si limita tuttavia a

imprese pubbliche, le autorità indipendenti, le comunità autonome e gli enti locali¹³³.

Per quanto concerne le reciproche concessioni delle parti, anche nell'ordinamento spagnolo sussistono varie modalità di composizione della lite, sulla base dei sinallagmi di *do ut facias* e *facio ut facias*¹³⁴.

Attraverso un'indagine tipologica, si sono individuate ipotesi in cui le reciproche concessioni implicano il pagamento di somme di danaro da parte della p.a. contro la rinuncia del privato ad agire in giudizio per l'annullamento di un atto illegittimo o la soddisfazione di una pretesa patrimoniale¹³⁵. Nell'ambito di questa tipologia di transazioni, è possibile compensare la rinuncia anche attraverso l'emanazione di atti discrezionali attributivi di vantaggi economici¹³⁶.

L'altra tipologia di transazioni individuata dalla dottrina implica che l'amministrazione intervenga sul conflitto mediante la riforma o la sostituzione del provvedimento che ha dato luogo alla lite con un atto satisfattivo degli interessi della controparte¹³⁷.

Per quanto concerne gli effetti della *transacción*, si afferma comunemente come essa abbia efficacia costitutiva, e sia dunque funzionale alla sostituzione della situazione litigiosa con un nuovo assetto di interessi idoneo a determinare il superamento della controversia¹³⁸.

rilievi di ordine procedurale. L'attività istruttoria «*va dirigida básicamente a la comprobación de la corrección formal del procedimiento seguido en el expediente, a la concurrencia de los requisitos jurídicos propios del contrato de transacción y, finalmente, siempre que sea posible, a la valoración de las prestaciones y contraprestaciones transaccionales desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, de la recta aplicación del ordenamiento jurídico y de los criterios básicos de justicia*».

¹³³ Cfr. A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 120 ss.

¹³⁴ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 105.

¹³⁵ Cfr. A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 115 s., cui si deve la nozione di *transacciones de mantenimiento*.

¹³⁶ Cfr. sempre A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 116, che nega l'ammissibilità del rilascio di provvedimenti vincolati (che troverebbero la propria fonte nella legge, e non nel contratto, ove legittimi; o sarebbero illegittimi, se si basassero unicamente sulle previsioni del contratto).

¹³⁷ Cfr. A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial*, cit., 117.

¹³⁸ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 103. In giurisprudenza, cfr. TS, 20.10.2004, n. 993.

L'efficacia del contratto impedisce alle parti di rimettere in discussione il rapporto litigioso, ferma la possibilità di impugnare l'accordo per errore, violenza, dolo o scoperta della falsità dei documenti¹³⁹. Ciò implica che l'amministrazione possa assoggettare a *revision de oficio* le determinazioni a transigere e le stesse transazioni caratterizzate da *nulidad de pleno derecho*: secondo una parte della giurisprudenza, infatti, l'esercizio di tali poteri è precluso unicamente nel caso in cui la transazione sia stata omologata dal giudice, assumendo la medesima efficacia della cosa giudicata¹⁴⁰.

Da ultimo, deve osservarsi come le caratteristiche della lite e gli effetti del contratto incidano sull'individuazione del giudice competente a conoscere le controversie derivanti dall'inadempimento o dalla invalidità della *transacción*. Ove essa abbia ad oggetto questioni di diritto patrimoniale, la competenza sarà del giudice civile, mentre, nel caso in cui essa abbia ad oggetto rapporti di diritto pubblico, la competenza sarà riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo¹⁴¹.

L'esperienza spagnola evidenzia come l'assenza di una disciplina positiva delle transazioni amministrative obblighi amministrazioni, corti e studiosi a ricostruire il regime giuridico di tali accordi attraverso la combinazione delle norme di principio contenute nel Codice civile ed i principi dell'azione amministrativa. Se ne ha riprova considerando come, in Spagna, sia dubbia la stessa natura delle transazioni amministra-

¹³⁹ Secondo l'art. 1806 c.c., la transazione ha l'efficacia del giudicato unicamente nei rapporti fra le parti. In giurisprudenza, cfr. TS, 30.1.1999 n. 41.

¹⁴⁰ Cfr. il parere del *Consejo consultivo* della Galizia, 9.10.2000, n. 323. In caso di omologazione la p.a. perde la «*posibilidad de revisar sus propios actos por la Administración, se encuentra con un límite inevitable cual es la existencia de una resolución judicial, frente a la que no prevalece el principio de autotutela del que se desprenden, entre otras consecuencias, la posibilidad de declaración unilateral de nulidad de sus actos por la propia Administración actuante*». Per una serie di critiche in ordine a tale divieto, cfr. L. MÍGUEZ MACHO, *op. cit.*, 328. R.J. SANTAMARÍA ARINAS, *Revisión de oficio de transacciones en las que es parte la Administración*, in *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2005, 455 ss.

¹⁴¹ Cfr. A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 106; ID., *La resolución extrajudicial*, cit., 69 ss.

tive, ricondotte ora al contratto di diritto comune, ora al (generico) modo di conclusione consensuale del procedimento¹⁴².

L'operazione risulta senz'altro necessaria, ma pone serie difficoltà nel caso in cui emergano conflitti fra gli stessi principi che concorrono a definire la fattispecie transattiva, obbligando operatori ed interpreti ad individuare la soluzione più idonea a garantire un contemperamento fra autonomia e funzionalizzazione del contratto.

Le difficoltà ricostruttive incidono, pertanto, sulla stessa fisionomia dell'istituto: non essendo agevole stabilire un modello generale di transazione amministrativa – sulla falsariga del modello tedesco – non resta che limitarsi a descrivere il fenomeno ricorrendo ad argomentazioni di ordine tipologico.

Non esiste, pertanto, un modello unitario di transazione, quanto differenti tipi di accordo o contratto che riflettono, a propria volta, le peculiarità dei rapporti litigiosi alla base del negozio¹⁴³.

5. *La diffusione del settlement in Inghilterra e Stati Uniti*

Se nei sistemi dell'Europa continentale la ricostruzione del regime degli accordi transattivi risulta agevolata dal riferimento e dal confronto con i modelli individuati dalla codificazione civile, non si beneficia di un analogo vantaggio in area anglo-americana, dove la soluzione negoziale di tutte le controversie è ricondotta alla figura del *settlement*¹⁴⁴.

¹⁴² Per una distinzione fra accordi transattivi e moduli convenzionali di conclusione del procedimento cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 325 ss., secondo il quale la transazione prettamente intesa risulta funzionale alla composizione della lite tramite le reciproche concessioni, mentre l'accordo procedimentale opera alla stregua di uno strumento di composizione dei meri conflitti economici intercorrenti fra le parti nel corso del procedimento, tramite una composizione prettamente discrezionale di interessi. Al contempo, la composizione della generica conflittualità amministrativa endoprocedimentale non implica reciproche concessioni fra le parti.

¹⁴³ Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 325 ss.; A. HUERGO LORA, *Los medios de resolución*, cit., 106.

¹⁴⁴ La letteratura in argomento è vasta, ma possono tenersi fermi i contributi di alcuni studiosi statunitensi, a partire da B.L. HAY, K.E. SPIER, *Settlement of Litigation*, in P. NEWMAN, a cura di, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New

Con questo termine si individuano, in maniera atipica, gli effetti derivanti da qualsiasi accordo stragiudiziale finalizzato alla composizione di un conflitto, senza dare rilevanza agli elementi strutturali della fattispecie¹⁴⁵.

Al netto delle difficoltà definitorie e concettuali, appare tuttavia acquisito come il *settlement* postuli un'incertezza delle parti sui possibili esiti della controversia, derivante da fondati dubbi in ordine orientamenti dei giudici o da asimmetrie informative riguardo ad alcune variabili idonee a determinare la soluzione del conflitto. La scelta di concludere l'accordo implica, in ogni caso, una serie di vantaggi reciproci, in termini di maggiore efficienza, rapidità ed efficacia della soluzione autonoma della controversia, in luogo di quella eteronoma ed istituzionalizzata tipica del processo¹⁴⁶.

L'ambito del *settlement* coincide, pertanto, con quello degli atti con funzione transattiva, ricomprendendo al proprio interno anche tipologie

York, 1998, 442 ss. Specifici contributi si devono, tra gli altri, a L.A. BEBCHUK, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *J. Ec.*, 1984, 404 ss.; R.D. COOTER, ROBERT D., D.L. RUBINFELD, *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*, in *J. Ec. Lit.*, 1989, 1067 ss.; A.F. DAUGHETY, J. REINGANUM, *Settlement*, in C.W. Sanchirico, a cura di, *Procedural Law and Economics*, Cheltenham, 2012, 386 ss.; G.K. HADFIELD, *Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases*, in *J. Emp. Leg. Stud.*, in *J. Emp. Legal Stud.*, 2004, 705 ss.; J. REINGANUM, L. WILDE, *op. cit.*, 557 ss.; R.A. POSNER, *op. cit.*, 399 ss.; S. SHAVELL, *Suit, Settlement and Trial*, *cit.*, 55 ss. In senso critico, cfr. però O. M. FISS *Against Settlement*, *cit.*, 1073 ss. Alquanto carenti gli studi relativi all'Inghilterra: cfr. L. BRIDGES, G. MESZAROS, M. SUNKIN, *Judicial Review in Perspective*, II ed., Londra, 1995, 122 ss.; M. SUNKIN, *Withdrawing: a Problem in Judicial Review?*, in P. LEYLAND, T. WOODS, a cura di, *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Londra, 1997, 221 ss.

¹⁴⁵ Si utilizza, talvolta, la locuzione di «*accord and satisfaction*» per definire gli atti attraverso cui si compone una lite con rinuncia all'instaurazione o prosecuzione di un processo. Cfr. G. CHITTY, *A practical Treatise of Law of Contract*, II ed., Londra, 1803, 589 ss.

¹⁴⁶ Si tratta di un assunto comune in dottrina, specie sulla base degli studi di analisi economica del diritto: cfr. B.L. HAY, K.E. SPIER, *op. cit.* 442 ss.; A.F. DAUGHETY, J. REINGANUM, *op. cit.*, 386 ss.; S. SHAVELL, *Suit, Settlement and Trial*, *cit.*, 55 ss. In termini critici, tesi a ribadire la centralità della giurisdizione e dell'accesso alla giurisdizione come garanzia ultima dei diritti individuali, cfr. O.M. FISS, *Against Settlement*, *cit.*, specie 1075 ss.

di accordi assimilabili ai negozi di accertamento, agli arbitraggi, o, ancora, a tecniche di collegamento negoziale preordinate alla composizione della lite. La principale differenza rispetto alle transazioni di matrice continentale è rappresentata dall'irrelevanza delle reciproche concessioni quale elemento caratteristico del sinallagma¹⁴⁷.

La soluzione negoziata delle controversie aventi ad oggetto questioni di *private law*, anche nel caso in cui siano parte della controversia le istituzioni pubbliche, risulta consolidata nella prassi inglese e statunitense. I due sistemi sono invece caratterizzati da notevoli divergenze nelle controversie di *public law*¹⁴⁸.

In Inghilterra, la composizione negoziale delle controversie di diritto pubblico è un fenomeno diffuso, nonostante la persistenza di resistenze affini a quelle che si sono originariamente riscontrate nei sistemi continentali¹⁴⁹.

La stessa dottrina ha avuto modo di individuare le ragioni culturali sottese alla latente ostilità nei confronti della composizione negoziale

¹⁴⁷ Sulla varietà di significati, cfr. J.J. PRESCOTT, K. E. SPYER, *A Comprehensive Theory of Civil Settlement*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 2016, 59 ss.

¹⁴⁸ Per una sintesi dell'evoluzione dei due sistemi cfr. A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1203 ss. e 1222 ss., nonché R. CARANTA, *Administrative Tribunale e Court in Inghilterra (e Galles)*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *op. cit.*, 37 ss.; M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 919 ss.; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, 2010. Per alcune statistiche, riferite all'ordinamento inglese, cfr. V. BONDY, M. SUNKIN, *Settlement in Judicial Review Proceedings*, in *Public Law*, 2009, 237 ss., secondo i quali il 50% delle controversie sottoposte a *judicial review* si concluderebbe con la rinuncia al ricorso, previo accordo fra le parti in ordine alla composizione autonoma della lite. Nell'ordinamento statunitense, cfr. le statistiche richiamate dagli Autori citati appena *supra*, nota 144.

¹⁴⁹ Ancora all'inizio del secolo, un rapporto sulle possibili riforme del *Judicial Review* elaborato dal Lord Cancelliere Bowman ribadiva come, nell'ambito delle controversie in cui venisse in questione l'esercizio di funzioni amministrative, i margini per ricorrere al *settlement* fossero minimi. Cfr. *Review of the Crown Office List*, 2000, 66 ss. La generale diffidenza nei confronti delle *a.d.r.*, può ricondursi alle più tradizionali concezioni liberali dell'agire amministrativo, secondo le quali si tratterebbe di un fenomeno da limitare sia mediante una più rigida applicazione della *rule of law* che attraverso il controllo giudiziale dell'operato dei vari enti, a tutela degli originari diritti di libertà individuale.

del conflitto, attinenti alla necessità di garantire un controllo istituzionale ed accentrato delle controversie di diritto pubblico¹⁵⁰.

A confutazione di questo assunto, si è osservato come nessun principio inibisca di risolvere anche le controversie di *public law* in via stragiudiziale, non sussistendo ragioni per distinguere questa tipologia di liti da quelle di diritto comune. Se si muove dal presupposto per cui il conflitto giuridico implica un contrasto in ordine alla corretta applicazione o interpretazione di tali regole, la possibilità di una composizione negoziale delle liti a vantaggio di entrambe le parti non sembra contraria allo stesso interesse pubblico¹⁵¹.

¹⁵⁰ Proprio per il fatto di fondarsi su petizioni di principio, nessuno di tali argomenti ha rappresentato un ostacolo alla diffusione del *settlement*: cfr. M. SUPPERSTONE, D. STILITZ, C. SHELDON, *Adr and Public Law*, in *Public Law*, 2006, 299 ss. Le maggiori posizioni critiche – autorevoli, per quanto isolate – si ravvisano nella dottrina statunitense, che ha condizionato il dibattito inglese, nei termini riferiti da V. BONDY, M. SUNKIN, *op. cit.*, 237 ss. Si fa riferimento, in particolare, ad O.M. FISS, *Against Settlement*, *cit.*, 1073 ss.; H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Rev.*, 1986, 676 ss. nonché a K.C. MCMUNIGAL, *The Costs of Settlement: The Impact of Scarcity of Adjudication on Litigating Lawyers*, in *Ucla Law Rev.*, 1990, 833 ss.; P.M. WALD, *A.d.r. and the Courts: an Update*, in *Duke Law Jou.*, 1997, 1445 ss. Come anticipato, questa dottrina mette in dubbio la stessa efficienza e praticabilità delle soluzioni negoziali delle controversie nelle controversie di diritto pubblico, ribadendo la necessità istituzionale di un sistema giudiziario preposto allo scopo: sia a fronte della complessità delle liti e del coinvolgimento di interessi che trascendono quelli delle parti in lite, che della disparità sostanziale delle parti, tale da pregiudicare una reale negoziazione della questione controversa. Ci si limita ad osservare come si tratti di pregevoli studi di politica del diritto, la cui utilità per la comprensione della disciplina positiva e della prassi del fenomeno appare nondimeno ridotta. Più recentemente, la critica per cui la soluzione negoziale delle controversie ha l'effetto di rendere la conflittualità economico-giuridica meno trasparente e controllabile dall'esterno è stata riformulata da J. RESNIK, *Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-Based Processes are at Risk*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 2006, 521 ss.

¹⁵¹ Cfr. M. SUPPERSTONE, D. STILITZ, C. SHELDON, *op. cit.*, 311. La posizione della giurisprudenza appare, tuttavia, più cauta: nella recente sentenza *Zahid* del 2017, la *High Court* ha manifestato alcune perplessità in ordine alla diffusione del *settlement* nelle controversie aventi ad oggetto l'esercizio di poteri autoritativi (nella fattispecie, sanzionatori) da parte dell'amministrazione. A parte l'ostacolo rappresentato dal rilievo per cui l'accordo non può determinare una deroga alla *rule of law*, si è sottolineato co-

A riprova del progressivo superamento delle resistenze ad ammettere l'impiego del *settlement* nelle controversie di *public law*, viene spesso richiamata la sentenza *Cowl*¹⁵². In questa pronuncia si è riconosciuto come il giudice possa valutare la sussistenza dei presupposti per una composizione autonoma della lite, invitando le parti a procedere in tal senso anche al fine di minimizzare i disagi ed i costi derivanti dalla pendenza del processo¹⁵³. La sentenza ha dunque aperto la breccia per considerare il *settlement* quale generale rimedio alternativo al *judicial review*¹⁵⁴.

Per quanto concerne il regime del *settlement*, trovano applicazione i principi generali elaborati dalla giurisprudenza in materia di diritto dei contratti. Spicca, a questo proposito, la particolare stabilità dell'accordo transattivo, che non può essere contestato nel caso di errore sulle questioni di fatto o di diritto in cui siano incorse le parti: sulla base del criterio della *honest claim*, infatti, questi errori non possono giustificare la proposizione di rimedi finalizzati alla restituzione dell'indebito, risultando prevalente l'interesse alla stabilità degli effetti del *settlement*¹⁵⁵.

me entrambe le parti possano avere interesse ad una «*positive finding*» della questione (garantita dal *judicial review*), in luogo di una mera soluzione pratica della controversia, nei termini oggetto di negoziazione. Ne deriva che il ricorso alle *a.d.r.* – ed al *settlement* – dovrebbe essere ammesso in presenza di esplicite previsioni legali idonee a legittimare la soluzione negoziale della controversia, facendo sempre salvo il rimedio del *judicial review*. Cfr. *Zahid, R v The University Of Manchester*, 10.2.2017, [2017] EWHC 188, specie in rapporto ai punti 57-58 della sentenza.

¹⁵² Cfr. *Court of Appeal, Civil Division*, 14.12. 2001, *Cowl & Ors v. Plymouth City Council*, [2001] EWHC Admin 734, in cui venivano in gioco questioni attinenti alla chiusura di una struttura sanitaria ed al trasferimento dei ricoverati presso altra sede messa a disposizione dell'amministrazione.

¹⁵³ Sull'ammissibilità del *judicial review* solo a fronte del previo esperimento di rimedi alternativi alla composizione giudiziale della lite, cfr. H. WOOLF, J. JOWELL, A. LE SUEUR, *Principles of Judicial Review*, I ed., Londra, 1999, 565 ss.

¹⁵⁴ Per una ulteriore applicazione della giurisprudenza *Cowl*, cfr. *Court of Appeal, Civil Division*, 1.7.2010, *R. v Nottingham City Council*, [2010] EWCA Civ 790, in cui veniva in questione l'accesso dei ricorrenti ad una serie di servizi sociali a favore di minori meritevoli di tutela.

¹⁵⁵ Cfr. la sentenza della *House of Lords, Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council et al.* [1999] 2 A.C. 349, nella quale si è affermata l'ammissibilità di rimedi restitutori a fronte di pagamenti indebiti derivanti da errore di diritto, salva l'eccezione

Gli accordi transattivi possono essere quindi annullati in casi del tutto peculiari, qualora la volontà di una parte sia stata coartata da particolari stati di necessità o dal dolo della controparte¹⁵⁶. Viceversa, un mero errore di fatto o di diritto non determina l'invalidità del *settlement*, essendo inopportuno, ad avviso delle corti, esporre questa tipologia di contratti ad ulteriori contestazioni¹⁵⁷.

Con riferimento ai contratti conclusi dagli enti pubblici, tuttavia, la giurisprudenza sembra orientata ad ammettere almeno la sindacabilità della decisione amministrativa alla base del *settlement*. La scelta di transigere viene infatti qualificata come una valutazione discrezionale, censurabile per manifesta irragionevolezza, secondo lo standard originariamente stabilito dalla giurisprudenza *Wednesbury*¹⁵⁸.

rappresentata dalle obbligazioni nascenti da accordi transattivi. Per un'impostazione del tema, in rapporto alla disciplina generale dei contratti in *common law*, cfr. N.H. ANDREWS, *Mistaken Settlements of Disputable Claims*, in *Lloyd's Mar. Comm. Law Quart.*, 1989, 431 ss.; A. BURROWS, *Restitution of mistaken Enrichments*, in *Boston Un. Law Rev.*, 2012, 767 ss.; D.A. COLLINS, *Settlement Agreements, Legal Information and the Mistake of Law Rule in Contract*, in *Northern Ireland Legal Quart.*, 2010, 1 ss.; R. GOFF, G. JONES, *The Law of Restitution*, V ed., Londra, 1998. Significativi approfondimenti comparatistici nella dottrina italiana cfr. A. D'ANGELO, *L'errore senza rimedio: la trama di un dialogo fra common law e civil law in tema di ignorantia iuris, pagamento indebito e difesa dello status quo*, Milano, 2006.

¹⁵⁶ Cfr. *Court of Appeal*, 14.10.2002, *Great Peace Shipping Ltd v Tsavlis Salvage (International) Ltd (The Great Peace)* [2003] QB 67, secondo la quale tutti gli errori in cui siano incorse le parti non sono rilevanti, fintantochè l'esecuzione del contratto risulta giuridicamente e praticamente possibile.

¹⁵⁷ Cfr. *Court of Appeal*, 29.7.2004, *Brennan v Bolt Burdon & Others*, [2004] EWCA Civ 1017, dove, espressamente, si afferma l'esistenza di «*strong public policy reasons for encouraging parties to settle disputes and for upholding the finality of such settlements*». Cfr. G. VIRGO, *Principles of the Law of Restitution*, III ed., Oxford, 2015, 143 ss.

¹⁵⁸ Per una recente applicazione, cfr. *Court of Appeal*, 23.6.2010, *Gibb v Maidstone and Tunbridge Wells NHS Trust*, [2010] EWCA Civ 678, nella quale si è sottolineata la sindacabilità delle decisioni che abbiano attribuito alla controparte privata benefici sproporzionati rispetto all'oggetto della controversia ed agli interessi coinvolti. Tali decisioni sono dunque considerate *ultra vires*, e, come tali, suscettibili di annullamento, con la conseguente possibilità di recuperare le somme indebitamente versate alla controparte. Sul sindacato delle decisioni discrezionali nell'ordinamento inglese cfr. P. CRAIG, *Administrative Law*, VII ed., Londra, 2012, 561 ss. In chiave comparata, cfr.

Circa gli effetti del *settlement*, occorre segnalare come essi abbiano ad oggetto i rapporti intercorrenti fra le parti, precludendo la proposizione di successive azioni aventi ad oggetto la questione litigiosa risolta attraverso l'accordo¹⁵⁹.

La progressiva diffusione delle tecniche di composizione negoziale della lite risulta ulteriormente incentivata dal Ministero della Giustizia, che ha definito alcune linee guida attraverso il *Pre-Action Protocol of Judicial Review* del 2017¹⁶⁰.

Muovendo dal rilievo per cui il ricorso al giudice deve rappresentare l'ultima modalità di tutela delle parti in lite, il Protocollo afferma come le parti debbano innanzitutto tentare di comporre la controversia in via negoziale¹⁶¹. Si sottolinea la particolare efficienza di questi strumenti, sulla base della letteratura economico-giuridica che ha enfatizzato i pregi delle *a.d.r.*¹⁶².

Benché si tratti di un mero codice di condotta, privo di valore cogente, nel Protocollo si precisa come il mancato utilizzo del *settlement* (o di altro strumento di composizione consensuale della lite) possa incidere sulle modalità di liquidazione delle spese del giudizio¹⁶³.

Il Protocollo incide anche sulla disciplina delle trattative negoziali. Vengono individuati, in particolare, gli elementi formali delle lettere che le parti dovrebbero tempestivamente scambiarsi al fine di transige-

pure P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Torino, 1996; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO, a cura di, *op. cit.*, 305 ss.

¹⁵⁹ Si applica, in tal caso, il principio dell'*Estoppel*, in forza della quale è precluso alle parti rimettere in discussione il merito di una decisione definitiva presa sulla controversia che le vede contrapposte. Originariamente riferibile alle sentenze, il principio ha trovato applicazione anche in rapporto agli accordi transattivi. Cfr. E. CAMPBELL, *Relitigation in Government Cases: A Study of the Use of Estoppel Principles in Public Law Litigation*, in *Monash Un. Law Rev.*, 1994, 20 ss. In giurisprudenza, cfr. House of Lords, 16.12.1998, *Jameson v. Central Electricity Generating Board* [2000] 1 AC 455;

¹⁶⁰ Il Protocollo è stato emanato il 28.11.2017, e risulta applicabile unicamente in Inghilterra e Galles.

¹⁶¹ Cfr. il paragrafo 9 del Protocollo.

¹⁶² Cfr. sempre il paragrafo 9 del Protocollo.

¹⁶³ Cfr. il paragrafo 12 del Protocollo.

re, con l'onere di coinvolgere nelle trattative anche i terzi eventualmente pregiudicati dall'accordo¹⁶⁴.

Il Protocollo delinea pure alcune modalità di composizione del conflitto ad opera della parte pubblica. L'accordo potrà infatti prevedere l'emanazione di un atto sostitutivo di quello contestato, o l'apertura di un procedimento finalizzato ad assumere una nuova decisione¹⁶⁵; nel caso in cui le richieste della controparte non siano accolte, sarà invece necessaria una «*fuller explanation of the reasons for the decision*»¹⁶⁶.

Rispetto all'ordinamento inglese, la disciplina del *settlement* negli Stati Uniti appare più consolidata, ma non meno complessa, a causa della stratificazione delle varie regolamentazioni, da rapportare alle caratteristiche degli apparati amministrativi federali e statali¹⁶⁷.

A seguito dell'entrata in vigore dell'*Administrative Dispute Resolution Act* del 1990, il *settlement* è stato oggetto di un'imponente analisi, sia in chiave giuridica che metagiuridica¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Cfr. i paragrafi 16 ss. del Protocollo, dove si precisano gli oneri informativi delle parti, le modalità di coinvolgimento di terzi nella trattativa, l'onere della stessa p.a. di prendere esplicita posizione rispetto alle contestazioni addotte nei confronti del proprio operato, chiarendo in che termini confuta o condivide – anche parzialmente – i rilievi avversari.

¹⁶⁵ Cfr. il paragrafo 23, lett. a), del Protocollo.

¹⁶⁶ Cfr. il paragrafo 23, lett. b) del Protocollo.

¹⁶⁷ Un primo studio del fenomeno si deve a F. E. COOPER, *Administrative Agencies and the Court*, Ann Arbor, 1951, 114 ss.; successivamente, cfr. M.J. ZIMMER, C.A. SULLIVAN, *Consent Decrees Settlements by Administrative Agencies in Antitrust and Employment Discrimination: Optimizing Public and Private Interests*, in *Duke Law Jou.*, 1976, 163 ss. In rapporto alle esperienze che hanno preceduto le riforme degli anni novanta, cfr. anche J.D. MESTER, *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Will the New Era of ADR in Federal Administrative Agencies Occur at the Expense of Public Accountability?*, in *Ohio State Jou. Disp. Res.*, 1997, 167 ss.

¹⁶⁸ Oltre ai contributi già menzionati, cfr. L. B. BINGHAM, T. NABATCHI, J.M. SENGER, M.S. JACKMAN, *Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes*, in *Ohio State Jou. Disp. Res.*, 2009, 225 ss.; L. NOAH, *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegation of Power*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1997, 891 ss.; J.A. RABKIN, N. E. DEVINS, *Averting Government with Consent Decree: Constitutional Limits of Settlements with the Federal Government*, in *Stanford Law Rev.*, 1987, 203 ss.; D. PLOTNIK, *Agency Settlement Reviewability*, in *Fordham Law Rev.*, 2013, 1367 ss.; R. STEENLAND, PETER A. APPEL, *The Ongoing Role of Alternative Dispute Resolution in Federal Government Litigation*,

L'attenzione degli studiosi è aumentata in occasione della crisi economico-finanziaria iniziata nello scorso decennio, causa di conflitti risolti anche mediante *settlement* fra SEC ed imprese bancarie¹⁶⁹.

L'orientamento delle Corti appare a propria volta caratterizzato da un tendenziale favore nei confronti della composizione negoziale delle controversie. Si è sottolineato come si tratti di strumenti che, attraverso

in *University of Toledo Law. Rev.*, 1996, 805 ss. Studi inerenti alla rilevanza degli accordi transattivi in ambito urbanistico ed ambientale si devono, invece, a S. E. STERK, *Structural Obstacles to Settlement of Land Use Disputes*, in *Boston Un. Law Rev.*, 2011, 229 ss., con ampio rinvio alle questioni di ordine teorico-generale che potrebbero ostare alla diffusione del *settlement*; C.R. MCVEAN, J.R. PIDOT, *Environmental Settlements and Administrative Law*, in *Harvard Law Rev.*, 2015, 192 ss.; R.V. PERCIVAL, *The Bounds of Consent: Consent Decrees, Settlements and Federal Environmental Policy Making*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1987, 327 ss. Alcuni specifici contributi sono dedicati anche al fenomeno del c.d. *rulemaking settlement*, in cui l'accordo appare funzionale a definire i contenuti di scelte regolatorie delle Agenzie. Si tratta, tuttavia, di un fenomeno che non collima con quello degli accordi transattivi, considerando come la premessa del *settlement* non sia rappresentata, in questi casi, da una lite in senso tecnico-giuridico, ma da una generale conflittualità socio-economica risolta attraverso una regolazione negoziata di interessi. Sul punto cfr. A.C. AMAN, *Informal Agencies Actions and U.S. Administrative Law – Informal Procedure in a Global Era*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, 665 ss.; J. ROSSI, *Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: the Public Interest in Rulemaking Settlement*, in *Duke Law Rev.*, 2001, 1015 ss.

¹⁶⁹ Cfr. D. PLOTNIK, *op. cit.*, 1369 s. Sotto questo profilo, sembrano dunque superate – almeno sul piano empirico – le riserve avanzate dalla pur autorevole letteratura critica nei confronti della diffusione del *settlement* (e delle *a.d.r.*) alla stregua di una via di fuga dalla giurisdizione: cfr. O.M. FISS, *Against Settlement*, 1075 ss., nonché K.C. MCMUNIGAL, *op. cit.*, 833 ss.; P.M. WALD, *op. cit.*, 1445 ss. Ulteriori tesi sulle differenti valutazioni dell'efficacia delle *a.d.r.* sono documentate da L. BLOMGREM BINGHAM, T. NABATCHI, J.M. SENGER, M.S. JACKMAN, *op. cit.*, 233 ss. Per una rivisitazione del dibattito ed una discussione delle critiche rivolte nei confronti delle *a.d.r.* dalla menzionata dottrina, cfr. pure A. J. COHEN, *Revisiting "Against Settlement": some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, in *Fordham Law Rev.*, 2009, 1143 ss.; K. R. FEINBERG, *Reexamining the arguments in O.M. Fiss, "Against Settlement"*, sempre in *Fordham Law Rev.*, 2009, 1171 ss.; S. ISSACHAROFF, R. H. KLONOFF, *The Public Value of Settlement*, in *Fordham Law Rev.*, 2009, 1177 ss.

la collaborazione delle parti, «*contribute significantly toward ultimate achievement of statutory goals*»¹⁷⁰.

La disciplina del fenomeno appare, nondimeno, frammentaria. Benché il § 554 (c) dell'*U.S.C.* contenga una disciplina generale del *settlement*, le disposizioni di legge risultano generiche, demandando alle singole Agenzie il potere di implementare il contenuto della norma. Secondo la dottrina statunitense, si è dunque in presenza «*blind spot*» del sistema, non essendo agevole individuare i contenuti minimi del regime giuridico degli accordi, né tantomeno, i limiti del loro possibile controllo giudiziale¹⁷¹.

Le previsioni del § 554 (c) si limitano, infatti, a conferire rilevanza giuridica agli accordi attraverso cui le singole agenzie possono ricorrere nell'ambito dei procedimenti di *adjudication*, quando ciò sia possibile in rapporto alle circostanze temporali, alla natura del procedimento ed al pubblico interesse¹⁷².

L'esame delle previsioni inerenti agli accordi stipulati dalle agenzie conferma come si sia tentato di disciplinare il fenomeno sul piano prettamente procedurale, anziché sostanziale, senza definire gli elementi strutturali del *settlement*.

Normalmente, gli accordi vengono stipulati nel corso delle singole procedure, quando si riscontrano difficoltà istruttorie e contrasti in ordine alla valutazione di presupposti di fatto o alla soluzione di questioni tecniche di particolare delicatezza. In tal caso, pertanto, l'accordo sostituisce la decisione finale di *adjudication* mediante una soluzione di compromesso accettata dalle parti. Talvolta, l'accordo può essere sog-

¹⁷⁰ Cfr. la sentenza della *U.S. District Court for the Western District of New York*, 30 aprile 1982, *United States v. Hooker Chemicals & Plastics Corp.*, oltre ai precedenti ivi richiamati. In senso favorevole alla diffusione delle *a.d.r.* e del *settlement* in ambito amministrativo, anche alla luce della prassi, cfr. P.M. VALS, *op. cit.*, 1452 ss. Nella stessa prospettiva sembra collocarsi J.B. WEINSTEIN, *Comments on Owen M. Fiss, "Against Settlement"*, in *Fordham Law Rev.*, 2009, 1265 ss.

¹⁷¹ Cfr. sempre D. PLOTNIK, *op. cit.*, 1375 ss.

¹⁷² Per ulteriori approfondimenti, con riguardo alla disciplina applicabile alle singole Agenzie, cfr. J.R. ADAMS, *Using A.d.r. Principles to Resolve Environmental Disputes: How Mediated Settlements Have Helped Struggling CERCLA Survive*, in *Pepperdine Disp. Res. Law Jou.*, 2008, 331 ss.; R. M. COOPER, *The Need for Oversight of Agency Policies for Settling Enforcement Actions*, in *Adm. Law Rev.*, 2007, 835 ss.

getto ad una omologazione giudiziale, assumendo la forma del *Consent Decree*¹⁷³.

La prassi documenta, ad ogni modo, molteplici accordi caratterizzati da sinallagmi di *do ut facias* o *facio ut facias*, nell'ambito di conflitti fra amministrazioni e privati e di controversie fra amministrazioni¹⁷⁴.

Per quanto concerne il regime giuridico dell'accordo e gli effetti del *settlement*, occorre fare riferimento alla disciplina generale dei contratti, salve le deroghe stabilite dalla stessa legislazione¹⁷⁵.

Nell'ordinamento statunitense, il *settlement* risulta annullabile al pari di ogni altro contratto per errori di fatto e di diritto, oltre che per dolo di una parte a danno dell'altra¹⁷⁶.

¹⁷³ Sotto il profilo contenutistico e strutturale, l'accordo è analogo un *settlement*, ancorché i due istituti abbiano un differente regime di *enforcement* in caso di inadempimento. L'esecuzione del *Consent Decree* è, infatti, subordinata al controllo del giudice dell'omologazione, al quale le parti possono immediatamente rivolgersi per la soluzione di ulteriori questioni nascenti dall'accordo. Sul punto, cfr. D.L. CALLIES, *The Use of Consent Decree in Settling Land Use and Environmental Disputes*, in *Stetson Law Rev.*, 1992, 871 ss.; L. NOAH, *op. cit.*, 891 ss.; M.J. ZIMMER, C.A. SULLIVAN, *op. cit.*, 163 ss.

¹⁷⁴ Numerosi esempi sono disponibili preso il sito del Ministero della Giustizia statunitense, a riprova del fatto che il fenomeno non è irrilevante come talora si afferma. Molto spesso, le transazioni hanno ad oggetto azioni avviate dalla stessa amministrazione nei confronti di soggetti inadempienti rispetto a presunti obblighi giuridici. Fra i tanti, cfr. il *settlement* concluso nella controversia *Food and Drug Administration vs Novo Nordisk* (2017), in materia di danni derivanti dalla messa in commercio di farmaci; *United States vs Pacific Mercantile Bank* (2018), in materia di misure antidiscriminazione; *United States vs. Village of Tinley Park, Illinois* (2016), in materia di edilizia convenzionata.

¹⁷⁵ Cfr. G.C. HAZARD JR., *The Settlement Black-Box*, in *Boston Un. Law Rev.*, 1995, 1257 ss. Per quanto concerne il rapporto fra disciplina contrattuale ed azione amministrativa, cfr. J. FREEMAN, *The Contracting State*, in *Florida State Un. Law Rev.*, 2000, 155 ss.; M.P. VANDERBEGH, *The Private Life of Public Law*, in *Columbia Law Rev.*, 2005, 2029 ss.

¹⁷⁶ Cfr. R. R. FOULKE, *Mistake in the Formation and Performance of a Contract*, in *Columbia Law Rev.*, 1911, 197 ss. Per analisi successive cfr. I.G. HARDINGHAM, *Setting Aside Agreements of Compromise*, in *Melbourne Un. Law Rev.*, 1971, 150 ss.; R. KOROBKIN, *The Role of Law in Settlement*, in M.L. MOFFITT, R.C. BORDONE, a cura di, *The Handbook of Dispute Resolution*, Hoboken, 2005, 254 ss.

Nella prassi amministrativa e giudiziale, si è inoltre ritenuto che gli accordi non possano condizionare l'esercizio delle future prerogative discrezionali dell'amministrazione, a fronte di eventuali sopravvenienze idonee a determinare una revisione dell'assetto di interessi da esso definito¹⁷⁷.

Gli aspetti più controversi del fenomeno riguardano il controllo giudiziale del *settlement*, contestato dalle parti o, più spesso, da terzi¹⁷⁸.

Resta fermo l'assunto per cui l'accordo transattivo deve essere finalizzato alla tutela del pubblico interesse, dovendo rispecchiare sia le esigenze delle singole Agenzie che la necessità di ridurre i rischi derivanti dall'inasprirsi della lite e dal prolungamento della controversia¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Hanno dunque minore impatto gli effetti preclusivi dell'accordo transattivo, che trovano giustificazione nell'istituto dell'*Estoppel*: cfr. F. JAMES JR., *Consent Judgments as Collateral Estoppel*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, 1959, 173 ss. Cfr. le linee guida predisposte dal *General Attorney E. MEESE*, *Memorandum on Department Policy Regarding Consent Decrees and Settlement Agreements* (1986), dove si affermava che «*the Department of justice policy not to authorize any consent decree or settlement agreement that: ... converts into a mandatory duty the otherwise discretionary authority ... to revise, amend, or promulgate regulations; ... divests the Secretary or agency administrator, or his successors, of discretion committed to him by Congress or the Constitution where such discretionary power was granted to respond to changing circumstances, to make policy or managerial choices, or to protect the rights of third parties*». Sul punto cfr. A. RABKIN, N. E. DEVINS, *op. cit.*, 205.

¹⁷⁸ Cfr. P.M. WALD, *op. cit.*, 1452 ss. Con riferimento alle ipotesi in cui sono le stesse parti a poter contestare la validità del *settlement*, si fa riferimento ai casi – marginali – di accordi che risultino lesivi dei diritti fondamentali della parte privata, conclusi sulla base di una frode, o, ancora, contrari alle singole *public policies*. Sul punto cfr. J.M. NOLAN-HALEY, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*, in *Arbitration Law Rev.*, 2013, 152 ss.; S. I. WEISBURST, *Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis*, in *Jou. Leg. Stud.*, 1999, 55 ss.

¹⁷⁹ Sempre secondo la giurisprudenza *Georgia-Pacific Corp*, un accordo transattivo potrà dirsi legittimo quando sia frutto «*of goodfaith negotiations, reflects the opinions of experienced counsel, and takes into account the possible risks involved in litigation if the settlement is not approved*». Secondo la sentenza della *U.S. District Court for the District of Colorado*, 20.4.1994, *United States v. Telluride Co.* «*a court should ordinarily look to the negotiation process and attempt to gauge its candor, openness, and bargaining balance*».

Le oscillazioni della giurisprudenza dipendono, in larga parte, dalla pluralità delle fonti esistenti in materia e dalle caratteristiche dei singoli procedimenti. Laddove gli *statutes* prevedano che l'accordo transattivo sia stipulato nell'ambito di una procedura caratterizzata da contraddittorio, possibilità di intervento di terzi, assenso di altre amministrazioni, omologazioni giudiziali, il sindacato risulta più penetrante¹⁸⁰.

Diversamente accade nel caso in cui la disciplina sia meno precisa, posto che gli accordi nascenti da procedure informali non sono assimilati a decisioni suscettibili di contestazione, ma a scelte discrezionali sottratte a *judicial review* ai sensi del § 701 (a)(2) dell'*U.S.C.*¹⁸¹.

Colta in sintesi, l'evoluzione del *settlement* in Inghilterra e Stati Uniti denota la perdurante atipicità di un negozio che solo in parte può essere ricondotto ai contratti di transazione di matrice continentale.

Non mancano affinità con le questioni affrontate negli altri sistemi, specie in ordine alla funzionalizzazione del contratto al pubblico interesse ed alle conseguenze da essa derivanti in punto di ammissibilità e stabilità dell'accordo¹⁸².

¹⁸⁰ Si tratta, normalmente, del caso in cui le singole disposizioni di settore impongano di incorporare il *settlement* in un *Consent Decree*. Cfr. *Court of Appeal for the Northern District of Georgia, United States v. Georgia-Pacific Corp.*, 960 F. Supp. 298 (N.D. Ga. 1996), dove il *settlement* aveva ad oggetto una serie di impegni volti a ridurre l'impatto di immissioni contro la riduzione delle sanzioni comminate.

¹⁸¹ Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, la decisione di transigere sarebbe espressiva di un «*discretionary power committend by law*» ai sensi del § 701 (a) *U.S.C.*, risultando sottratta a sindacato giudiziale. In tal senso cfr. una serie di sentenze della *Court of Appeal, District of Columbia*, nei casi *Baltimore Gas and Elec. Co. v. F.E.R.C.*, 252 F.3d 456, 460 (D.C. Cir. 2001); *New York State Dep't of Law v. FCC*, 984 F.2d 1209, 1214 (D.C. Cir. 1993), nonché *Mahoney v. U.S. Consumer Prods. Safety Comm'n*, 146 F. App'x 587, 590 (3d Cir. 2005). Su questa giurisprudenza ed i suoi limiti cfr. J. ROSSI, *op. cit.*, 1370 ss.

¹⁸² Nei sistemi esaminati sembra infatti prevalere un'analisi e ricostruzione prettamente funzionalista del fenomeno, che pone l'accento sulla sua efficacia pratica, anziché sugli elementi strutturali della fattispecie. Sulla necessità di una differente penetrazione del rapporto fra *private* e *administrative law* cfr. J. FREEMAN, *The Contracting State*, in *Florida State Un. Law Rev.*, 2000, 155 ss.; J. ROSSI, *op. cit.*, 1044 ss.

6. *Le transazioni amministrative nell'ambito dell'Ue*

Se, negli ordinamenti statuali considerati in precedenza, il rilievo assunto dalle controversie fra p.a. e terzi appare complessivamente omogeneo, assumendo rilievo in contesti caratterizzati da un indebolimento della legalità amministrativa, nell'ambito dell'Unione Europea il fenomeno merita un differente inquadramento.

Un primo tratto differenziale attiene alla varietà degli ambiti di insorgenza delle controversie ed alle conseguenze derivanti in rapporto alla qualificazione giuridica dei singoli negozi.

Non mancano, infatti, esempi di accordi transattivi intergovernativi, stipulati da istituzioni europee e singoli Stati membri, in rapporto a controversie nascenti dall'attuazione di politiche pubbliche di rilevanza sovranazionale¹⁸³.

A tali accordi non si applica, tuttavia, un regime giuridico assimilabile a quello dei contratti di transazione, trattandosi di forme di *settlement negotiation* affini a quelle utilizzate in ambito internazionale: l'accordo non determina tanto il superamento di una lite in senso tecnico-giuridico, quanto la pacifica composizione di problemi economico-sociali nascenti dall'attuazione di singole politiche pubbliche o strategie europee¹⁸⁴.

¹⁸³ Si tratta di una conseguenza del carattere composito dello stesso ordinamento dell'Ue, nei termini di G. DELLA CANANEA, *L'Unione Europea*, cit., 82 ss.

¹⁸⁴ Cfr., ad esempio, l'accordo transattivo stipulato nel novembre 2009 fra Euratom e Governo italiano, nell'ambito di questioni relative allo smaltimento di scorie nucleari prodotte dal Centro comune di ricerca di Ispra. Anche in rapporto a quanto chiarito appena *supra*, par. 1 si tratta di composizioni negoziali di controversie che non possono essere assimilate ad una lite in senso tecnico-giuridico, ma a generici conflitti nascenti dall'attuazione di specifiche politiche pubbliche. Cfr., sul punto, la comunicazione della Commissione al Parlamento, Com/2013/0724. Meccanismi di *dispute settlement* possono essere previsti anche nell'ambito delle trattative finalizzate alla stipulazione di accordi commerciali fra Ue e Paesi terzi: cfr., ad esempio, *Summary of Specific Negotiating Objectives* del Governo degli Stati Uniti, pubblicato nel gennaio 2019. Altro esempio, su un differente versante, è rappresentato dal *Financial Settlement* fra Ue e Regno Unito – al momento in cui si scrive non ancora perfezionato – funzionale a rinegoziare i rapporti economico-finanziari fra le parti a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Ue.

Un secondo tratto differenziale attiene alle ipotesi in cui è la stessa Ue a favorire o implementare, mediante direttive o regolamenti, la diffusione di *a.d.r.* in controversie fra soggetti privati tenuti ad applicare il diritto europeo: i casi più emblematici riguardano la disciplina delle *a.d.r.* a tutela dei consumatori¹⁸⁵ e della mediazione in materia civile e commerciale¹⁸⁶. Si tratta di un fenomeno in espansione, che ha in parte lambito anche i rapporti fra p.a. e privati, come nel caso delle controversie relative ai pubblici appalti, in cui non si è dato, tuttavia, uno specifico rilievo ai contratti di transazione¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Cfr. la direttiva 2013/11/Ue, sulla quale si vedano almeno i contributi di E. GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. Arb.*, 2018, 409 ss.; F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/Ue, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, 1499 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/Ue*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1064 ss. Fra gli effetti della direttiva, indirettamente rilevanti anche nel diritto amministrativo, l'incentivo ad introdurre meccanismi di *a.d.r.* in materia bancaria e finanziaria, nell'ambito delle materie regolate da Banca d'Italia e Consob. Sul punto, cfr. A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Sul nuovo ADR Consob*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 251 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. Arb.*, 2016, 693 ss.

¹⁸⁶ Cfr. la direttiva 2008/52/Ce, che pur espressamente non si applica alla materia fiscale, doganale ed amministrativa. Sulle riforme connesse alla necessità di attuare tale disciplina, con una generale revisione dei meccanismi di tutela giurisdizionale in materia civile e commerciale, cfr. almeno G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 793 ss.; M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. Arb.*, 2018, 459 ss.; A. GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 37 ss.

¹⁸⁷ Cfr. il considerando n. 24 della direttiva 2014/24/Ue, in cui non si fa espresso riferimento alla transazione come tecnica di composizione delle controversie nascenti dall'esecuzione del contratto di appalto. Sull'attuazione della direttiva, in rapporto alla disciplina delle *a.d.r.*, cfr. le considerazioni critiche di L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, 291 ss. È significativo, invece, quanto previsto dall'art. 11 *quater* della risoluzione del Parlamento europeo del luglio 2017, avente ad oggetto la proposta di direttiva sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni e alle sanzioni doganali. Espressamente si prevede che gli Stati membri garantiscano una procedura di transazione che permette alle autorità competenti di stipulare un accordo con la persona responsabile

In tema, il legislatore europeo sembra rispettare l'autonomia degli Stati membri, anche in considerazione del fatto che la disciplina sostanziale dei contratti di transazione rientra nelle tradizioni giuridiche dei singoli sistemi. Sembra più difficoltoso individuare un *common core* finalizzato a rappresentare le basi di una futura disciplina europea del fenomeno¹⁸⁸.

Occorre tuttavia sottolineare come l'autonomia riconosciuta agli Stati in materia sia relativa, e debba comunque coordinarsi con le superiori esigenze del mercato europeo, che operano quali limiti esterni alla stessa libertà di transigere rispetto a determinate categorie di controversie. Si è delineata, a questo riguardo, l'illiceità delle transazioni amministrative anticoncorrenziali, e, più generalmente, contrarie ai principi di diritto europeo applicabili alla singola fattispecie¹⁸⁹.

Nelle sentenze *Belgacom* e *Frogne*, ad esempio, la stessa Corte di Giustizia ha individuato alcuni limiti alla rinegoziazione di contratti di

dell'infrazione per risolvere un caso di infrazione doganale in alternativa all'avvio o alla conclusione di un procedimento giudiziario, in cambio dell'accettazione di una sanzione immediatamente esecutiva da parte di tale persona. Per una ricostruzione generale, cfr. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss.

¹⁸⁸ La stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia ha precisato come la conclusione di accordi transattivi nell'ambito di controversie fra amministrazioni statali che operino in nome e per conto delle istituzioni europee e cittadini debba essere assoggettata – ove non diversamente stabilito dal diritto derivato – alla disciplina statutale di riferimento, sempre che l'applicazione delle norme nazionali non pregiudichi la portata e l'efficacia del diritto europeo. Cfr. Corte di Giustizia, 9.10.2001, *Flemmer, Christoffel, Leitensdorfer*, in cause riunite C-80/99, C-81/99 e C-82/99 (la vicenda era relativa ad accordi transattivi conclusi fra cittadini e Governo tedesco, per conto delle istituzioni europee competenti, in materia di rimborsi per sovrapproduzione di latte).

¹⁸⁹ Il fenomeno non è limitato, peraltro, alle sole transazioni amministrative, dato che anche le transazioni stipulate fra soggetti privati possono configurare intese restrittive della concorrenza in contrasto con l'art. 101 del TFUE, legittimando l'applicazione di sanzioni ad opera della Commissione europea. Cfr. Tribunale di primo grado, II sez., T-691-14, *Servier Sas*, cfr. già Corte di Giustizia, 27.11.1988, C-65/86, *Bayer AG*, su questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof*, dalla quale emergeva come l'allora vigente art. 85, n. 1 del Trattato Cee imponesse al giudice nazionale di sindacare la validità di un accordo transattivo in contrasto con il diritto europeo. Per una generale ricostruzione del fenomeno della c.d. amministrazione comunitaria indiretta cfr. L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, specie 249 ss.

appalto mediante accordi transattivi, a tutela della concorrenza fra imprese¹⁹⁰.

Nella recente sentenza *Frucona Košice II*, la Corte ha chiarito come un accordo transattivo – fiscale – possa essere qualificato come indebito aiuto di Stato, qualora si risolva in un beneficio a favore del debitore privato, in rapporto alle caratteristiche della questione controversa¹⁹¹.

La stessa prassi decisionale della Commissione risulta caratterizzata dallo svolgimento di attività istruttorie finalizzate a verificare la compatibilità di accordi transattivi stipulati da amministrazioni nazionali ed imprese con il divieto di aiuti di Stato¹⁹². Secondo la Commissione, un

¹⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sez. X, 14.11.2013, C-221/12, *Belgacom*; Corte di Giustizia, sez. VIII, 7.9.2016, C-549/14 *Finn Frogne A/S*. La Corte ha sottolineato come la necessità di una soluzione transattiva della controversia non autorizzi le amministrazioni ad una modifica sostanziale del contratto a scopi transattivi, salvo che ciò sia espressamente stabilito dai documenti di gara. Ciò implica, per converso, che le transazioni siano ammesse quando non comportino una modificazione dell'oggetto del contratto, e, conseguentemente, una ridefinizione delle prestazioni dell'appaltatore a favore della p.a. Sempre secondo questa giurisprudenza, le incertezze legate all'esecuzione dei contratti non giustificano l'indifferenziato ricorso a procedure transattive in corso di esecuzione, posto che, in tal caso, le amministrazioni statuali dovrebbero semmai attivarsi per ridurre l'alea negoziale già nella fase di elaborazione dei singoli bandi.

¹⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia, I sez., 20.9.2017, C-300/16P, in cui la scelta di concludere un concordato fiscale – in luogo della procedura esecutiva – non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE nel caso in cui la p.a. abbia agito alla stregua del "creditore privato", attraverso l'individuazione dei vantaggi derivanti dalla composizione negoziale del conflitto, anziché dell'attivazione di rimedi giudiziari o amministrativi. Analoghi criteri sono individuabili in Tribunale, VI sez., 13.9.2010, cause riunite *Repubblica ellenica (T-415/05)*, *Olympiakes Aerogrammes AE (T-416/05)* e *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE (T-423/05) contro Commissione europea*.

¹⁹² Cfr. tra le altre, la decisione della Commissione 2018/628/Ue, relativa ad un accordo transattivo intercorso tra il Land della Carinzia – mediante società aeroportuali a partecipazione pubblica e Ryanair; la decisione della Commissione n. 2018/1498/Ue, con riferimento ad un accordo transattivo intercorso fra l'amministrazione straordinaria di Ilva SpA e la famiglia Riva, ritenuto non imputabile allo Stato italiano; la decisione della Commissione n. 2016/2393/Ue, relativa ad un accordo transattivo fra il Comune di Madrid ed il Real Madrid Fc, ritenuto un aiuto di Stato incompatibile con l'art. 107 del TFUE, a fronte dello squilibrio che caratterizzava le prestazioni delle parti, a vantaggio della società sportiva (la decisione è stata successivamente annullata, per vizi istruttori, da Tribunale, sez. IV, 22.5.2019 *Real Madrid vs Commissione*); la decisione della

accordo transattivo può configurare un indebito aiuto, in contrasto con l'art. 107 TFUE, qualora le concessioni fatte dall'amministrazione siano manifestamente sproporzionate rispetto a quelle garantite dal soggetto passivo, e se risulti palese che l'amministrazione non applica lo stesso trattamento favorevole agli altri soggetti che si trovano in una situazione simile¹⁹³.

Nel contesto unionale vanno poi considerati gli accordi transattivi stipulati dalle stesse istituzioni europee, nell'ambito di controversie nascenti dell'esercizio di funzioni amministrative dirette. Anche in tal caso, i margini per transigere risultano stringenti¹⁹⁴.

Al riguardo, occorre innanzitutto sottolineare come l'art. 147 del regolamento di procedura innanzi alla Corte di Giustizia consenta il ricorso alla transazione per la soluzione di controversie intercorrenti fra le istituzioni comunitarie e terzi, escludendo tuttavia dall'ambito applicativo della norma i ricorsi in annullamento ed in carenza, disciplinati dagli artt. 263 e 265 del TFUE¹⁹⁵.

Secondo una parte della dottrina, ciò dipenderebbe dalla natura 'oggettiva' della giurisdizione della Corte di Giustizia, che imporrebbe una soluzione giudiziale della controversia avente ad oggetto l'esercizio di funzioni amministrative ed escluderebbe il ricorso ad altre tecniche di composizione della lite¹⁹⁶.

Commissione n. 2011/276/Ue, inerente ad un accordo transattivo in materia fiscale, stipulato fra l'Ufficio di ispezione fiscale del Belgio e la società Umicore.

¹⁹³ Cfr. la decisione della Commissione n. 2011/276/Ue, punto 155.

¹⁹⁴ Si tratta di aspetti rilevati in A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1211 ss.

¹⁹⁵ L'art. 147 del regolamento di procedura del 25.9.2012, pur formalmente rubricato 'transazione', non contiene un'espressa disciplina del fenomeno, limitandosi a consentire alle parti la composizione negoziale della lite.

¹⁹⁶ Tale conclusione potrebbe essere sostenibile sulla base di un'interpretazione estensiva degli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia 23.4.1986, C-294/83, *Les Verts/Parlamento*, dalla quale si è dedotto il principio generale in forza del quale ogni atto adottato da un organismo europeo, destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale. Si tratta di considerazioni espresse dal Tribunale, sez. VIII, 8.10.2008, T-411/06, *Sogelma*. Sul punto, anche in rapporto all'opportunità di inserire norme sulla transazione amministrativa nel progetto generale di codificazione del procedimento amministrativo dell'Ue, cfr. G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, H.C.H. HOFFMANN, J.P. SCHNEIDER, J. ZILLER, *op. cit.*, 130 s. Il gruppo di lavoro costituito nell'ambito del progetto *Renewal* ha sottolineata-

Si è tuttavia rilevato come tale divieto non abbia un carattere assoluto, tanto che la stessa Corte ha riconosciuto – nel caso *Flemmer* – come gli Stati membri possano stipulare transazioni di diritto pubblico in nome e per conto dell’Ue, nel rispetto della disciplina applicabile in ciascun ordinamento statale¹⁹⁷.

Va aggiunto come lo stesso legislatore europeo abbia consentito, in specifiche circostanze, la stipulazione di accordi transattivi aventi ad oggetto controversie fra amministrazioni e terzi, anche in rapporto a vicende originate dall’esercizio di funzioni amministrative.

Quando il fenomeno è disciplinato, l’accento è posto più sulle caratteristiche del procedimento di composizione della lite che sulla struttura ed il regime dell’atto che risolve la controversia¹⁹⁸.

La stessa giurisprudenza, in materia di conflitti in materia di pubblico impiego, ha riconosciuto la facoltà di transigere delle istituzioni eu-

to come l’inserimento di norme in materia di transazione sia difficoltoso anche alla luce della diversità delle discipline nazionali ed alle differenti concezioni del principio di legalità – e del ruolo stesso della giurisdizione amministrativa – nell’ambito dei singoli sistemi statuali. Rispetto a tali conclusioni, può aggiungersi come la disciplina dell’art. 147 del regolamento sia ispirata all’originario modello francese, limitando la transazione a controversie di carattere patrimoniale ed escludendo dall’ambito del contratto.

¹⁹⁷ Cfr. sempre G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, H.C.H. HOFFMANN, J.P. SCHNEIDER, J. ZILLER, *op cit.*, *ibidem*, con riferimento alla già menzionata sentenza della Corte di Giustizia, 9.10.2001, Cause riunite C-80/99, C-81/99 e C-82/99.

¹⁹⁸ Sono frequenti casi in cui si prevede la possibilità di comporre amichevolmente i conflitti di cui siano parte la Commissione o le singole Agenzie, per quanto non vengono precisati né i contenuti, né gli effetti, dei singoli accordi. Alcuni meccanismi di composizione amichevole delle liti sono contenuti in regolamenti relativi a rapporti fra Ue e Stati terzi, mentre altri sistemi sono previsti nell’ambito dell’esercizio di funzioni amministrative da parte degli organismi dell’Unione: per il primo caso, cfr. l’art. 9 del regolamento n. 704/2008, relativo al partenariato fra Ue e Mauritania in materia di pesca; per il secondo caso, cfr. l’art. 87 del regolamento n. 806/2014, relativo ai meccanismi di risoluzione degli enti creditizi nel quadro del Fondo di Risoluzione unico, in cui si prevede che il Comitato istituito dal regolamento e le autorità nazionali competenti possano risarcire i danni cagionati a causa dell’esercizio delle loro funzioni di controllo anche in forza di un accordo amichevole con le imprese di settore.

ropee, per quanto non abbia mai approfondito in termini espressi le questioni inerenti al regime giuridico di tali accordi¹⁹⁹.

È tuttavia significativo osservare come si sia affermata la possibilità di garantire l'esecuzione dell'accordo mediante l'emanazione di provvedimenti finalizzati a tutelare gli interessi del dipendente²⁰⁰.

Non mancano, inoltre, casi in cui la legislazione europea fa riferimento a contratti ed accordi con funzione latamente transattiva: si tratta di negozi dotati di una specifica disciplina, che contiene, tuttavia, una serie di elementi sufficienti ad evidenziare come non si tratti di transazioni in senso tecnico giuridico, sulla falsariga delle singole discipline statuali prese a riferimento.

Un primo esempio è rappresentato dal *settlement* disciplinato dal regolamento Ce/773/2004. Si prevede la possibilità di una definizione consensuale dei procedimenti sanzionatori in materia di intese anticoncorrenziali, mediante l'applicazione di misure pecuniarie inferiori a

¹⁹⁹ Secondo la giurisprudenza, ai sensi dell'art. 266 TFUE le singole istituzioni europee possono risolvere le controversie nascenti da provvedimenti inerenti alla gestione dei rapporti di impiego anche attraverso accordi transattivi finalizzati a riconoscere al dipendente – che contesti l'interruzione del rapporto di lavoro – un'equa indennità finanziaria. Cfr. Tribunale, sez. II, 24.4.2017, T-584/16, *HF contro Parlamento*; Tribunale della Funzione pubblica, 5.2.2016, F-137/14, *GV contro Servizio europeo per l'azione esterna*.

²⁰⁰ Cfr. Tribunale, sez. II, 28.1.2003, T-138/01, *F. contro Corte dei Conti*, in cui si è affermato come nel caso in cui l'amministrazione concluda un accordo transattivo con un dipendente offrendogli rassicurazioni precise circa la sua assegnazione ad uno dei suoi Servizi, essa si impegna ad adottare ogni provvedimento ragionevole per consentire all'interessato di mantenere tale assegnazione, nei limiti in cui ciò sia conciliabile con l'interesse del Servizio. La discrezionalità delle istituzioni europee non è tuttavia assoluta, trovando un limite nella tutela dell'affidamento della controparte. Ne deriva che, pur non sussistendo una legittima aspettativa del dipendente all'assegnazione al medesimo Servizio, la decisione con cui si disponga l'assegnazione ad un altro Servizio sulla base di ragioni già note alla p.a. nel momento in cui si è stipulato il contratto viola la tutela dell'affidamento. Ne discende, secondo questa giurisprudenza, che la p.a. può considerare il mantenimento dell'assegnazione originaria contrario all'interesse pubblico soltanto sulla base di elementi o di circostanze sopravvenuti alla transazione.

quelle potenzialmente applicabili nei confronti delle imprese, previa assunzione di condotte idonee a neutralizzare gli effetti dell'illecito²⁰¹.

Il *settlement* non sostituisce il procedimento, ma rappresenta un accordo preliminare rispetto alla decisione della Commissione, che provvede in conformità ad esso, riservandosi la responsabilità rispetto alla scelta compiuta²⁰². Questo negozio rappresenta, pertanto, una tecnica di definizione consensuale di procedimenti sanzionatori caratterizzati da difficoltà istruttorie ed incertezze alla individuazione del trattamento

²⁰¹ Cfr. il regolamento n. Ce/622/2008 della Commissione, che modifica il regolamento Ce/773/2004 per quanto riguarda il *settlement* nei procedimenti relativi ai cartelli. La disciplina del procedimento è attualmente contenuta nell'art. 10 *bis* del regolamento Ce/773/2004. Su tale disciplina cfr. M. BARENNE, *The Role of the Settlement Procedure and Leniency Programme in the European Commission's Fight Against Cartels*, in V. TOMLIJEVIĆ, N. BODIROGA-VUKOBRAT, V. BUTORAC-MALNAR, I. KUNDA, a cura di, *Eu Competition and State Aid Rules*, Berlino, 2017, 113 ss.; M. HELLWIG, K. HÜSCHEL RATH, U. LAITENBERGER, *Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment*, in *The Industrial Organization Society*, 2018, 55 ss.; K. HÜSCHEL RATH, U. LAITENBERGER, *The Settlement Procedure in EC Cartel Cases: An Empirical Assessment*, paper n. 15-064 del *Center for European Economic Research*, Mannheim, 2015, 1 ss.; F. LAINA, A. BOGDANOV, *The Eu Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, in *Jou. Eu. Comp. Law & Practice*, 2017, 333 ss.; F. POLVERINO, *Procedure "negoziate" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Conc. e Mercato*, 2008, 411 ss.; M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure for cartels*, *Acle Working Paper* n. 2010-17, Amsterdam, 2010, 1 ss.; A. STEPHAN, *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2009, 627 ss.; W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Anti-trust Enforcement: Objectives and Principles*, in *World Competition*, 2008, 335 ss. Secondo la giurisprudenza europea, si sarebbe, dunque, in presenza di un «procedimento amministrativo alternativo al procedimento ordinario - che è di tipo contraddittorio -, distinto da quest'ultimo e che presenta alcune particolarità, quali una comunicazione degli addebiti anticipata e di una forcella delle probabili ammende». Cfr. Tribunale, VIII sez., 20 maggio 2015, T-456/2010, *Timab Industries*, punto 73.

²⁰² Cfr. art. 10 *bis*, comma 3, del regolamento Ce/773/2004. Ad integrazione del regolamento, cfr. la comunicazione della Commissione n. 2008/C/167/01, che precisa – al punto 1 – come la procedura di *settlement* possa permettere alla Commissione di trattare un maggior numero di casi con le stesse risorse, suscitando l'interesse del pubblico alla prescrizione di sanzioni efficaci e tempestive, rafforzando, al contempo, l'effetto dissuasivo.

sanzionatorio applicabile al soggetto responsabile dell'illecito, riconducibile al fenomeno del *plea bargaining*²⁰³.

Un altro esempio di accordo con funzione transattiva è rappresentato dal *commitment* previsto dal regolamento Ce/1/2003²⁰⁴.

Tali accordi – omologhi agli impegni previsti dalla disciplina nazionale – possono essere stipulati in contesti istruttori in cui sia difficoltoso lo stesso accertamento della responsabilità delle imprese rispetto alla violazione della disciplina della concorrenza, assumendo una valenza prettamente normativa: il fenomeno si inquadra, pertanto, nella *soft regulation* del mercato, al fine di implementare in via consensuale la stessa disciplina antitrust²⁰⁵.

²⁰³ Sulla finalità deflattiva della procedura cfr. anche M. BARENNE, *op. cit.*, 116 ss., con riferimento al quarto considerando del regolamento Ce/622/2008. Sulla particolare efficacia pratica delle transazioni cfr. pure Tribunale, sez. IX, 12.12.2018, Tribunale, sez. II, T-691-14, *Servier Sas*, punto 249; Tribunale, sez. II, 10.11.2017, T-180-15, *Icap plc*, punto 264. Sul rapporto fra *settlement* e *plea bargaining*, in rapporto alla disciplina europea, cfr. B. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Conc. e Mercato*, 2013, 27 ss.; F. GHEZZI, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità Garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*, 2016, 815 ss.; V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Conc. e Mercato*, 2013, 163 ss.

²⁰⁴ Cfr. il tredicesimo considerando del regolamento Ce/1/2003. Per una ricostruzione della disciplina, cfr. S.M. CARBONE, *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, in *Riv. Arb.*, 2013, 1 ss.; N. DUNNE, *Commitment Decisions in Eu Competition Law*, in *Jou. Comp. Law & Ec.*, 2014, 399 ss.; J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects Of A New Kind Of Competition Decision*, in *Eu. Comp. Law Rev.* 2003, 347 ss.; W.P.J. WILS, *Settlements of EU Anti-trust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, 345 ss.

²⁰⁵ Sull'efficacia normativa degli impegni cfr. N. DUNNE, *op. cit.*, 403. Si è del resto osservato come le attuali previsioni regolamentari abbiano legittimato la prassi di risolvere le controversie in materia antitrust mediante il ricorso agli *informal settlement*, ritenuti l'antecedente storico degli attuali impegni: cfr. F. POLVERINO, *op. cit.*, 1 ss.; W.P.J. WILS, *Settlements of EU*, cit., 347. Al riguardo, cfr. anche Corte di Giustizia, Grande Sezione, 29.6.2010, *Alrosa Company Ltd.*, punti 35 e seguenti. Sulla sentenza *Alrosa* cfr. F. CENGIZ, *Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime After Alrosa*, in *Eu. Comp. Jou.*, 2011, 127 ss.

Come anticipato, la qualificazione di *settlement* e *commitment* come transazioni appare difficoltosa²⁰⁶.

In entrambi i casi, l'accordo non è strumentale alla composizione di una lite in senso proprio: il *settlement* appare infatti preordinato a mitigare sanzioni potenzialmente irrogabili da parte della Commissione, sulla base di un pregresso accertamento di responsabilità²⁰⁷; il *commitment* risulta preordinato alla composizione di un conflitto economico-sociale fra imprese e Commissione, senza la necessaria formalizzazione di pretese e contropretese²⁰⁸.

Sotto il profilo strutturale, peraltro, tali accordi denotano la necessità di contemperare la flessibilità del negozio bilaterale con le garanzie stabilite dai principi generali dell'azione amministrativa europea: in giurisprudenza, si è ad esempio sottolineato come la determinazione di un'ammenda nell'ambito di una procedura di *settlement* non esoneri la p.a. dal dovere di motivare in maniera approfondita la propria decisione²⁰⁹, oltre che di rispettare una serie di garanzie procedurali a tutela dell'imparzialità della scelta effettuata²¹⁰.

²⁰⁶ Sul punto, cfr. anche *supra*, cap. II, par. 2.

²⁰⁷ Come precisa il paragrafo 2.3 della comunicazione n. 2008/C/167/01 della Commissione, la proposta di *settlement* implica un riconoscimento in termini chiari ed inequivocabili della responsabilità delle imprese, descritta sinteticamente per quanto riguarda l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti e la durata della loro partecipazione all'infrazione conformemente ai risultati delle discussioni di transazione. Secondo il paragrafo 2.5. della stessa comunicazione, qualora decida di ricompensare una parte a titolo di transazione, la Commissione ridurrà del 10% l'ammontare dell'ammenda da irrogare.

²⁰⁸ Sulla natura del *commitment* quale tecnica di regolazione del mercato, prima ancora che di composizione della lite, cfr., fra gli altri, E. CLAUDEL, *Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence: Raison garder!*, in *Concurrences*, 2015, 13 ss.; F. MARTY, M. MEZAGUER, *Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne?*, in *Rev. Int. Droit Ec.*, 2016, 57 ss.; F. POLVERINO, *op. cit.*, 1 ss.; W.P.J. WILS, *Settlements of EU*, cit., 347.

²⁰⁹ Cfr. Tribunale, sez. IV, 13.12.2016, T-95/15, *Printeos e altri contro Commissione*, punto 47. Secondo la comunicazione n. 2008/C/167/01 della Commissione, la stessa scelta di procedere alla definizione del contenzioso appare rimessa alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione procedente, in rapporto a fattori quali il numero di

Non sono assimilabili a transazioni in senso proprio, ma risultano espressive della diffusione delle *a.d.r.* anche rispetto all'operato delle amministrazioni europee, le tecniche di composizione amichevole favorite dal Mediatore europeo. La disciplina di riferimento incentiva le parti a trovare una soluzione stragiudiziale del conflitto, ma non contiene indicazioni specifiche sul contenuto e sulla struttura degli eventuali accordi raggiunti²¹¹.

L'esame del diritto dell'Ue non consente di formulare conclusioni univoche rispetto all'oggetto di questo studio²¹².

Se l'art. 147 del regolamento di procedura sembra limitare il ricorso alle transazioni a controversie di carattere patrimoniale, in cui non si faccia diretta questione della legittimità di un atto comunitario o dell'inerzia delle istituzioni, non sembra che tale norma sia espressiva di un principio dell'ordinamento dell'Unione, rilevante sul piano teorico-generale²¹³.

parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità, il livello di contestazione dei fatti.

²¹⁰ Con riferimento ai procedimenti c.d. ibridi, in cui la responsabilità di un'impresa può potenzialmente incidere sull'accertamento di fatti inerenti alle condotte di imprese rimaste estranee alla procedura di *settlement*, cfr. Tribunale, sez. III, 28.3.2019, T-433/16, *Pometon contro Commissione*, punto 69. In applicazione dell'art. 41 della Carta di Nizza, si è stabilito che, al momento di redigere una decisione di transazione adottata nell'ambito di un procedimento ibrido, la demarcazione tra l'esposizione dei fatti relativi all'intesa nel suo complesso e la qualificazione dei fatti attribuiti alle imprese che avevano ammesso la loro colpevolezza, doveva essere quanto più chiara e netta possibile.

²¹¹ Cfr. P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, 216 ss. Sul Mediatore sia consentito anche un rinvio ad A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1212. La soluzione amichevole del litigio rappresenta uno dei possibili esiti dell'intervento del Mediatore, nei termini messi in luce dalla stessa Corte di Giustizia, plen., 23.3.2004, C-234/02 P, *Lamberts*, in rapporto alle previsioni dell'art. 6 delle disposizioni di esecuzione della decisione 94/262/Cee.

²¹² Ciò, in coerenza con quanto afferma la stessa dottrina che si è maggiormente occupata del tema: cfr. S. MAGIERA, W. WEISS, *op. cit.*, 533 s.

²¹³ Sulla formazione dei principi generali del diritto – anche amministrativo – dell'Ue, mediante una tecnica di selezione comparativa dei principi già applicati nell'ambito dei singoli sistemi statuali, che circolano fra ordinamenti attraverso l'intervento uniformante di Tribunale e Corte di Giustizia, oltre che attraverso l'effetto *spill-over* derivante dalla diffusione di determinati orientamenti oltre l'originario ambi-

Essa conferma, semmai, la sussistenza di una riserva di giurisdizione su determinate questioni di interesse pubblico, in quanto funzionali all'applicazione del diritto europeo ed alla legittimazione dell'Unione attraverso le istituzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 19 del TUE²¹⁴.

Da questa angolazione, pertanto, le stesse soluzioni praticate nell'Ue – con riferimento alla posizione delle istituzioni europee – vanno relativizzate: come osservato dalla stessa dottrina, esse non esprimono, in quest'epoca, l'esito di una comparazione selettiva fra le soluzioni praticate nei singoli ordinamenti, quanto il risultato di scelte contingenti del legislatore²¹⁵.

Sembra più pregnante, rispetto alla prosecuzione dello studio, il ruolo del diritto europeo quale fattore di condizionamento delle transazioni stipulate dalle amministrazioni statuali.

Per quanto la casistica sia modesta, può sottolinearsi come la disciplina europea – primaria e derivata – possa contenere prescrizioni limitative delle singole transazioni, sottraendo l'oggetto della controversia

to applicativo, cfr. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 133 ss.; F. TORRIELLO, *op. cit.*, 140 s., e 381 ss.; A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST, a cura di, *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford, 2009, 11 ss.

²¹⁴ Si tratta, dunque, di una soluzione che rieccheggia il tradizionale divieto di transigere su questioni di *ordre public*, sulla falsariga del modello francese, per il quale si rinvia supra, par. 2. Il fenomeno deve essere necessariamente approfondito in rapporto al ruolo delle Corti nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, ed al modo attraverso cui la giurisdizione ha rappresentato – e rappresenta – una tecnica di consolidamento dell'ordinamento unionale. Sul punto, senza pretese esaustive, cfr. P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *op. cit.*, specie 30 ss. e 297 ss.; B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, a cura di, *op. cit.*, 197 ss.

²¹⁵ Cfr. sempre G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, H.C.H. HOFFMANN, J.P. SCHNEIDER, J. ZILLER, *op. cit.*, 130 s. Si può quindi negare che, nel caso in esame, le soluzioni dell'Ue esprimano una effettiva 'convergenza' fra modelli dotati di alcune affinità, nei termini messi generalmente in rilievo da S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 467 ss. Sul punto cfr. anche J. SCHWARZE, a cura di, *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1996.

alla disponibilità delle parti o ponendo norme imperative che incidono sull'autonomia negoziale dei contraenti²¹⁶.

7. Incidenza degli esiti dell'indagine sulla prosecuzione dello studio

L'analisi appena compiuta permette di isolare una serie di dati che caratterizzano tutti i sistemi passati in rassegna e che contribuiscono a circoscrivere tanto gli aspetti problematici del fenomeno quanto le modalità attraverso cui i vari ordinamenti ne hanno definito la disciplina.

Tre aspetti meritano una specifica riflessione: la cornice istituzionale entro cui si assiste alla diffusione degli accordi transattivi; il loro regime giuridico; la condizione del sistema italiano rispetto a tale contesto.

Per quanto concerne il primo aspetto, vanno messi in rilievo l'acquisita rilevanza degli accordi transattivi ed il progressivo superamento dei dogmi e delle petizioni di principio che, in passato, avevano condizionato non tanto la loro diffusione pratica, quanto la loro qualificazione giuridica ed elaborazione teorica.

Per quanto non si possano enfatizzare i risultati emersi nell'esame dei singoli sistemi, si può notare come, nella maggior parte degli ordinamenti, si ravvisi una tendenza ad espandere l'ambito applicativo delle transazioni. Lasciando a margine il caso tedesco – in cui la disciplina del § 55 *VwVfG* risolve il problema in premessa –, sono significative le aperture riscontrabili soprattutto nel sistema francese, in cui sono ormai chiare le contraddizioni derivanti dalla restrizione dell'ambito applicativo del contratto alle sole controversie patrimoniali. È importante, al riguardo, anche l'evoluzione dell'ordinamento spagnolo, mentre nei sistemi anglo-americani il problema sembra meno avvertito²¹⁷.

²¹⁶ Si tratterebbe, pertanto, dell'ennesima riprova dell'influenza del diritto dell'Ue sull'attività amministrativa – anche contrattuale – degli Stati membri, in termini già ampiamente analizzati in dottrina: cfr., fra i tanti, S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 1135 ss.; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, cit., 219 ss.; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, 85 ss.

²¹⁷ Si fa rinvio a quanto già osservato *supra*, par. 2 e 4.

La comparazione mostra, semmai, come i principali ostacoli al riconoscimento di un fenomeno ampiamente sperimentato nella prassi siano stati rappresentati da resistenze culturali connesse all'assunto per cui la giurisdizione – ordinaria o amministrativa – rappresentava la principale tecnica di controllo dell'operato dei pubblici poteri entro la cornice dello Stato di diritto; per certi versi, questa logica appare sottesa alle stesse previsioni dell'art. 147 del regolamento di procedura innanzi alla corte di Giustizia²¹⁸.

Senza troppo enfatizzare le ravvisate ragioni di crisi di tali postulati, l'analisi comparata mostra come i principali sistemi giuridici ammettano che la composizione delle controversie di cui sia parte la p.a. possa essere raggiunta anche attraverso strumenti negoziali finalizzati ad individuare, in concreto, la soluzione più idonea al superamento del conflitto²¹⁹.

²¹⁸ Si tratta di un assunto – connesso alla stessa rilevanza costituzionale della giurisdizione nei singoli ordinamenti statuali, e nella stessa Unione Europea – ribadito anche dagli Autori che hanno maggiormente insistito sul mutamento di paradigma dei sistemi di giustizia amministrativa europei, rappresentato dal progressivo arricchimento delle tecniche di tutela nei confronti dell'amministrazione. Sul punto, la sintesi più efficace resta quella di E. GARCIA DE ENTERRIA, *op. cit.*, 53 ss. Per una discussione delle trasformazioni della giustizia amministrativa, anche in chiave comparata, cfr. M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 487 ss.; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 283 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 74 ss.; S. MIRATE, *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione giustizia*, 2015, 1 ss. (fonte *on-line*). Per una sintesi ulteriore ed una riflessione critica sulle convergenze fra tecniche di tutela giudiziale, cfr. M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 125 ss.; A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON, a cura di, *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 7 ss.

²¹⁹ Il fenomeno in esame si iscrive, pertanto, nel contesto delle più generali trasformazioni del diritto amministrativo, che – con riferimento alle dinamiche giustiziali – risulterebbe caratterizzato dalla progressiva perdita di centralità del sindacato *ex post* dell'azione amministrativa, a favore di una concezione dell'attività come sistema di decisioni e co-decisioni finalizzate ad una soluzione condivisa delle problematiche sottese alle singole operazioni. In tal senso, cfr. soprattutto le pagine di E. SCHMIDT ASSMANN, *Cambios de perspectiva en el derecho administrativo: la "nueva ciencia del*

In contesti di incertezza derivanti dall'inflazione normativa, dalla sovrapposizione di differenti livelli di regolazione dell'agire amministrativo e dalla crescente alea processuale, gli spazi per la composizione negoziale della controversia mediante accordi transattivi trovano la propria giustificazione istituzionale nella necessità di rendere compatibile la composizione del conflitto con le esigenze di economicità, efficacia e stabilità delle relazioni fra p.a. e terzi²²⁰.

Inoltre, le stesse transazioni consentono alle parti di giungere ad una integrale composizione della controversia attraverso reciproche concessioni, che garantiscono prestazioni non ottenibili mediante il ricorso al giudice. Se può sembrare eccessivo il parallelismo fra la composizione transattiva della controversia e l'emersione di una nuova *equity*, risulta chiaro come la soluzione consensuale consenta di giungere ad assetti di interessi più aderenti alle loro aspettative di quanto non accada attraverso l'intervento del giudice²²¹.

A fronte di una giustizia amministrativa che, sulla base del principio istituzionale della separazione dei poteri affermato nella maggioranza degli ordinamenti statuali, limita la cognizione della controversia a profili di legittimità ed a specifiche questioni di fatto, gli accordi transattivi

derecho administrativo", in J. BARNES, a cura di, *Innovación y reforma del derecho administrativo*, II ed., Siviglia, 2012, 93 ss. Si tratta della sintesi di precedenti contributi dell'A., partendo da E. SCHMIDT ASSMANN, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1976, 227 ss. Non si tratta, ad ogni modo, di conclusioni limitate alla specifica prospettiva teorica dell'A.: per un'indagine sulla trasformazione dei sistemi di giustizia amministrativa colta nel filtro offerto dal dibattito in materia di *a.d.r.*, cfr. A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione*, in G. FALCON, a cura di, *op. cit.*, 85 ss., al quale si rinvia anche per le attente notazioni storiche.

²²⁰ Si tratta di una conclusione cui si è pervenuti in tutti gli ordinamenti esaminati, e che trova conferma nelle stesse indicazioni contenute nella raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa. Pur nella consapevolezza dei limiti della diffusione delle *a.d.r.* nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione, il fenomeno non sembra dunque destinato ad arrestarsi, esprimendo una delle possibili declinazioni dell'attuale modernità giuridica: sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1232 ss.; ulteriori sviluppi in M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss.

²²¹ In termini generali, la tesi è stata formulata da T.O. MAIN, *Adr: the New Equity*, in *University of Cincinnati Law Rev.*, 2005, 329 ss.

consentono alle parti di superare il conflitto mediante co-decisioni attinenti al merito della controversia e della stessa azione dei pubblici poteri²²².

Le specifiche soluzioni applicate nell'ambito delle controversie di cui sia parte la stessa Unione si spiegano nella differente logica di una necessaria riserva di giurisdizione di Tribunale e Corte di Giustizia quale tecnica di legittimazione giuridica dell'ordinamento sovrastatale²²³.

Venendo al secondo aspetto, se lo sfondo istituzionale entro cui si registra la diffusione delle transazioni amministrative appare assodato, resta aperto il problema del loro regime, condizionato dalle tradizioni

²²² Non casualmente, le transazioni amministrative hanno ad oggetto questioni che non si esauriscono su problemi di mera legittimità, ma che vertono – oltre che su rapporti patrimoniali – su controversie che incidono sul merito della singola operazione amministrativa, ossia sulla composizione degli interessi praticata in concreto e sulla lite da essa nascente (o che ad essa si riconnette). L'incentivo a transigere, sotto questo profilo, non sembra venir meno a fronte del progressivo ampliamento delle tutele garantite dalla giurisdizione nei confronti di cittadini ed imprese, quantomeno se si condivide l'assunto per cui raramente il giudice amministrativo giunge in tempi ragionevoli ad una decisione definitiva sul merito della lite (e dell'azione amministrativa). Al riguardo, cfr. A. TRAVI, *Verso una convergenza*, cit., 19 ss., dove si evidenziano i limiti dell'esecuzione stessa delle pronunce del giudice amministrativo, pur sempre affidate agli apparati pubblici. Il medesimo aspetto è sottolineato da A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali*, cit., 103, dove si sottolinea – con riferimento alle *a.d.r.* latamente intese ed ai ricorsi amministrativi – come tali strumenti rappresentino più un'alternativa al procedimento (già concluso e tale da generare un conflitto) che al processo: questo, proprio per il fatto di assicurare una revisione integrale della situazione controversa e determinare una nuova composizione degli interessi in conflitto su un piano prettamente meritale. Sembra orientata nella medesima prospettiva anche M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss., la quale, ancorchè in una prospettiva *de iure condendo* e riferita all'ordinamento italiano, evidenzia l'attitudine delle *a.d.r.* ad una ricomposizione del conflitto con efficacia rivolta al futuro, in cui non si tratta di stabilire chi abbia torto o ragione, quanto di fissare un assetto di interessi idoneo al superamento della lite: il che, nella sostanza, finisce per coincidere con una revisione del merito delle questioni litigiose. Per una recente ricognizione del problema, cfr. anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 315 ss.

²²³ Sulla giurisdizione europea come tecnica di legittimazione dell'ordinamento unionale, cfr., fra gli altri, S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., 143 ss.; B. MARCHETTI, *Il sistema integrato*, cit., 197 ss.

dei singoli sistemi e dalle modalità attraverso cui si è sviluppato il fenomeno.

È tuttavia possibile individuare alcuni tratti comuni ai singoli sistemi, che rappresentano le costanti riconducibili ad un'ideal-tipo di transazione amministrativa nell'attuale periodo storico²²⁴.

La prima costante è rappresentata dall'adattamento dei modelli originariamente elaborati dalla codificazione civile e dal *Common Law* alle esigenze dell'amministrazione.

Ne è derivata una disciplina che caratterizza le singole figure negoziali, che, pur contraddistinta da alcune peculiarità rispetto al modello di diritto comune, ne riproduce la struttura di fondo con riferimento ai fattori causali, all'oggetto ed all'efficacia. Da questa prospettiva, la qualificazione delle singole figure negoziali non incide sulla fondamentale unità del fenomeno²²⁵.

La stessa distinzione fra transazioni su questioni di diritto privato o di diritto pubblico – già delineata dalla dottrina italiana e seguita con varie distinzioni in Francia e Germania – risulta priva di idonea utilità, considerando come le vicende inerenti alla formazione del contratto ed alla definizione del suo regime non differiscano apprezzabilmente in rapporto all'oggetto²²⁶.

²²⁴ Sulla possibilità di utilizzare la comparazione al fine di individuare gli ideal-tipi espressivi della conformazione di determinati istituti in specifici contesti storici, sia concesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nello jus commune europeo*, in G. DELLA CANANEA, M. CONTICELLI, a cura di, *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione Europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, 2017, 17 ss. Per una più ampia disamina del fenomeno cfr. G. DELLA CANANEA, *Organiser la pluralité: le fonds commun des droits administratifs en Europe*, in AA.VV., *Les méthodes en droit administratif*, Parigi, 2018, 135 ss.

²²⁵ Va incidentalmente osservato come la stessa teorizzazione del contratto di diritto pubblico da parte della dottrina tedesca non abbia condotto ad esiti radicalmente diversi sul piano della disciplina sostanziale della consensualità amministrativa. Per alcuni, infatti, la stessa nozione di contratto di diritto pubblico si ridurrebbe a mera formula verbale, in considerazione del fatto che anche al secondo si applicherebbero i principi fondamentali dell'attività contrattuale, senza apprezzabili differenze se non in rapporto ai modi di esternazione della volontà amministrativa. Per questi aspetti, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 157 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 47 ss.

²²⁶ È semmai la disciplina processuale – come avviene in Italia ed in Germania – a condizionare direttamente o indirettamente la distinzione, quantomeno allo scopo di

Tale unità emerge con riferimento alla seconda costante, che concerne i presupposti delle transazioni. Benché nella legislazione civile sussistano note divergenze in ordine alla qualificazione dell'incertezza come presupposto del contratto, giustificando da questo punto di vista una divergenza fra il modello francese e tedesco, in tutti i sistemi amministrativi l'incertezza è presupposto necessario del contratto²²⁷.

Si è ripetutamente osservato come la giustificazione del presupposto discenda dall'esigenza di rendere compatibile la composizione negoziale della lite con il principio di legalità, consentendo alla p.a. di transigere solo nel caso in cui non vi sia una ragionevole certezza della fondatezza delle pretese affermate nei confronti della controparte²²⁸.

Sul piano della circolazione dei modelli, ciò implica che la disciplina dei §§ 779 e 55 *VwVfG* renda esplicito un presupposto che, in altri sistemi, si è ormai affermato alla stregua di un crittotipo giurisprudenziale²²⁹.

individuare il giudice competente a conoscere il regime giuridico delle transazioni pubblicistiche. Cfr., soprattutto con riferimento alla disciplina dei §§ 54 e 55 *VwVfG*, la sintesi di G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 40 ss., dalla quale emerge come la scelta di attribuire carattere latamente 'pubblico' al contratto fosse strettamente connessa alla necessità di garantire la devoluzione delle controversie in materia al giudice amministrativo. Analogo effetto, seppure a partire da differenti premesse concettuali e in rapporto ad un diverso contesto, si può attribuire alla distinzione profilata da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 13 ss.

²²⁷ Cfr. *supra*, con riferimento alle varie situazioni indicate nei singoli sistemi. Si tratta di un aspetto emerso con riferimento a tutte le transazioni amministrative, nei termini indicati in ciascun paragrafo, anche in rapporto alla necessità che l'incertezza sia oggettiva, ossia indipendente dalle convinzioni del singolo funzionario, e dunque riferibile alle caratteristiche delle questioni di fatto e di diritto sottese alla lite. Se l'incertezza del fatto è un problema di ordine epistemologico, o, più semplicemente, probatorio ed istruttorio, l'incertezza del diritto attiene alle caratteristiche del sistema giuridico, ossia all'idoneità dei singoli principi o delle singole regole ad orientare l'azione amministrativa, anche ai fini della composizione della lite.

²²⁸ Sulla disciplina del § 779 *BGB*, il cui antesignano è rappresentato dal § 1380 *ABGB*, e sulle sue matrici storiche, cfr. S. PARINI VINCENTI, *Tra tutto e niente*, cit., 139 ss., anche in rapporto a quanto emerso *supra*, cap. II, par. 1.

²²⁹ Cfr. *supra*, par. 2, anche in rapporto alla giurisprudenza *Mergui*. Il risultato è tuttavia analogo in sistemi in cui la codificazione civile, seguendo il modello napoleonico, non ha conferito espressa rilevanza all'incertezza: oltre al caso spagnolo, è emblematico proprio il caso francese, a riprova di una strutturale alterità fra tipo codicistico e critto-

Se gli elementi delineati esprimono una tendenziale convergenza fra i vari sistemi esaminati, non vanno sottovalutate le divergenze sottese alla specifica regolazione della materia.

Una prima distinzione caratterizza la struttura del contratto, in rapporto alla qualificazione giuridica della volontà dell'amministrazione: il riferimento alla necessaria valutazione discrezionale della p.a. in ordine all'opportunità di transigere appare generico, sussistendo chiare divergenze sia in ordine al contenuto della valutazione discrezionale che alla qualificazione stessa dell'atto²³⁰.

Una seconda distinzione riguarda l'ambito applicativo delle transazioni, in rapporto ai limiti posti dalla legge alla possibilità di disporre delle situazioni oggetto di lite. La delimitazione delle controversie suscettibili di composizione transattiva, risulta essere più l'effetto delle norme di settore e dell'elaborazione giurisprudenziale, che il risultato di una disciplina organica della materia²³¹.

Alcune divergenze riguardano, infine, i modi attraverso cui viene garantita la necessaria stabilità del contratto rispetto alle prerogative della p.a., affermata in via di principio ma ottenuta in modi e con risultati non sempre coincidenti.

Sul piano della disciplina i singoli ordinamenti tendono a differenziarsi: basti considerare le peculiarità della disciplina del § 59 *VwVfG*, che individua una disciplina speciale dei vizi della transazione; o le incertezze che caratterizzano il regime di stabilità del contratto in Francia o Spagna, in larga parte derivanti dalla difficoltà di armonizzare il mo-

tipo giurisprudenziale. Benché l'art. 423-1 del *Code* del 2015 continui a tacerne la rilevanza, in formale conformità all'art. 2044 c.c., ciò non toglie che, nella prassi, la necessità di transigere su situazioni incerte, anche al fine di evitare indebiti arricchimenti della controparte privata, sia sempre indispensabile ai fini della configurazione del negozio.

²³⁰ Circa il regime dell'atto, è tuttavia significativo osservare come in nessun sistema sia previsto, dal legislatore, lo schema del c.d. «doppio grado» elaborato dalla dottrina tedesca con riferimento alle ipotesi di sovvenzione amministrativa, in cui il provvedimento precede la stipulazione del contratto. Sulla teoria del doppio grado, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 287 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 134 ss.

²³¹ Se ne ha riprova con riferimento alle varie ipotesi in cui si esclude la possibilità di transigere anche qualora vi sia incertezza sull'esito della lite, riservando comunque al giudice la cognizione di determinate materie o questioni.

dello del Codice civile con le esigenze della parte pubblica. Lo stesso rapporto fra modello civilistico e disciplina settoriale torna ad assumere una specifica rilevanza, non tanto come dicotomia dotata di una propria capacità ordinante, quanto come criterio utile a cogliere la parallela evoluzione dei vari istituti e misurare, all'interno di ciascun sistema, i profili che li caratterizzano²³².

Simili argomentazioni possono valere anche con riguardo agli altri sistemi esaminati, mentre – in rapporto alle transazioni stipulate in ambito sovranazionale – si è in presenza di una disciplina autonoma, e forgiata in contesti in cui l'assenza delle tradizionali partizioni teoriche determina la creazione di istituti più elastici²³³.

Quanto emerso consente di affrontare, da ultimo, il tema del raffronto fra la situazione italiana e le soluzioni praticate negli altri ordinamenti maggiormente assimilabili a quello domestico, cogliendo anche i possibili influssi dell'ordinamento europeo sulla ricostruzione complessiva del fenomeno.

Rispetto agli ordinamenti dell'Europa continentale, sembra di poter ravvisare una tendenziale convergenza con i problemi emersi in Francia e Spagna, mentre non pare del tutto assimilabile all'esperienza italiana la soluzione praticata nel sistema tedesco²³⁴.

I §§ 54 e 55 *VwVfG* regolano la materia in termini difficilmente estensibili ad altri ordinamenti, in difetto di una generale riflessione sulla consensualità amministrativa, cui adeguare l'ordinamento positivo statale. Basti rammentare come, in Italia, la riflessione teorica avviata in materia fra gli anni Sessanta e Settanta non abbia comportato il recepimento del modello tedesco, escludendo la possibilità di qualificare la

²³² Anche su questi aspetti occorre rinviare ai singoli paragrafi, in rapporto alla disciplina dei vizi del contratto, della risoluzione, e della possibilità di attribuire alla p.a. poteri di riesame sull'equilibrio negoziale.

²³³ Si torna, quindi, alla lettura del fenomeno profilata, fra gli altri, da S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., 1 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni*, cit., 101 ss.

²³⁴ L'esperienza tedesca conferma come la possibilità di configurare la transazione alla stregua di un contratto di diritto pubblico implichi un'espressa scelta legislativa, nei termini desumibili dal § 55 *VwVfG* e dalle prassi interpretative formatesi in materia. Ad analoga conclusione, in rapporto all'ordinamento spagnolo, è giunto R.O. BUSTILLO BOLADO, *op. cit.*, 326.

transazione amministrativa alla stregua di un contratto di diritto pubblico o di una convenzione pubblicistica latamente intesa²³⁵.

In un simile contesto, non può dirsi che il diritto dell'Unione Europea abbia svolto una funzione armonizzante o abbia fornito indirettamente nuovi modelli di riferimento, come avvenuto in altre occasioni²³⁶.

Ciò dipende dalle peculiarità del contratto di transazione, che opera fisiologicamente al di fuori delle logiche di mercato di interesse europeo, sorgendo a seguito di una lite e non di un comune incontro fra domanda ed offerta. Al contempo, la chiara incidenza delle transazioni sui sistemi di giustizia amministrativa statuali lascia supporre che il regime giuridico degli accordi ricada nella sfera dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ancorché essa sia sempre più ridotta²³⁷.

²³⁵ Cfr. M. NIGRO, *L'accordo*, cit., 1931 ss.

²³⁶ Sull'influenza del diritto amministrativo europeo nella ricostruzione delle categorie ordinanti degli stessi amministrativi statuali, cfr. P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law*, Cambridge, 2015; G. DELLA CANANEA, *L'Unione Europea*, cit., 164 ss.; A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2007, 291 ss.; A. SANDULLI, *Il ruolo della scienza giuridica nella costruzione del diritto amministrativo europeo*, in B. MARCHETTI, L. DE LUCIA, a cura di, *op. cit.*, 273 ss.; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, specie 162 ss.

²³⁷ Sulla questione, cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*. *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Milano, 2009; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, 1 ss. Va nondimeno osservato come, in materia di controversie civili e commerciali, il ricorso alle *a.d.r.* abbia determinato la sospensione dei termini di prescrizione in caso di mediazione: sul punto, cfr. G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (a.d.r.) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, *Dir. Un. Eu.*, 2008, 349 ss. Cfr., in tal senso, l'art. 8 della direttiva 2008/52/Ce in materia di mediazione civile e commerciale e l'art. 12 della direttiva 2013/11/UE in materia di tutela dei consumatori.

CAPITOLO QUARTO

PROFILI RICOSTRUTTIVI: DALL'OPERAZIONE TRANSATTIVA AL CONTRATTO DI TRANSAZIONE

SOMMARIO: 1. *Necessità di una ricostruzione del fenomeno a fronte della pluralità dei modelli transattivi.* 2. *Unilateralità e consensualità nelle transazioni degli enti pubblici: la posizione della dottrina del primo Novecento.* 3. *La discussa emersione degli accordi transattivi nel dibattito successivo.* 4. *Una rivisitazione del fenomeno: la rilevanza dell'operazione transattiva.* 5. *La transazione amministrativa come esito dell'operazione e come contratto.* 6. *La transazione e gli altri strumenti di composizione negoziale della conflittualità.* 7. *Il contratto di transazione come tecnica di regolamentazione suppletiva della fattispecie controversa.*

1. Necessità di una ricostruzione del fenomeno a fronte della pluralità dei modelli transattivi

I dati acquisiti nel corso della prima parte dell'indagine permettono di cogliere tre ragioni per le quali le transazioni stipulate dalla p.a. non sono caratterizzate da una disciplina unitaria.

La prima ragione attiene alla varietà dei rapporti giuridici di cui può essere parte l'amministrazione, sia in veste di autorità dotata di specifiche prerogative, sia in veste di soggetto munito di capacità giuridica di diritto comune. La tipologia di tali rapporti incide sulla rilevanza giuridica della lite amministrativa e, conseguentemente, sulle modalità attraverso cui la transazione può porre fine ad essa¹.

La seconda ragione è identificabile nella difficoltà di adattare il modello della transazione di diritto comune ai rapporti litigiosi di cui siano

¹ Sul punto, cfr. *supra*, cap. I, par. 2 e 3. Si è osservato, tuttavia, come lo stesso fenomeno ricorra anche negli ordinamenti stranieri, determinando una interazione fra disciplina di diritto comune e amministrativo, caratterizzata dal significativo intreccio di principi, regole ed istituti applicati in materia. Sul punto non può che rinviarsi *supra*, cap. III, *passim*.

parte le stesse amministrazioni. Tale difficoltà può essere colta, a propria volta, sotto due profili.

In primo luogo, la scienza privatistica evidenzia, già con riferimento alle controversie fra soggetti privati, come il fenomeno transattivo mal si presti a categorizzazioni unitarie. Se lo stesso modello contemplato dall'art. 1965 c.c. appare idoneo a qualificare le più disparate tecniche di composizione negoziale della lite in rapporto alle caratteristiche delle concessioni², nulla esclude che il medesimo effetto possa essere raggiunto attraverso forme di autotutela consensuale riconducibili all'art. 11 della l. n. 241/1990, o mediante tecniche di collegamento negoziale caratterizzate da accordi programmatici ed atti esecutivi³.

La varietà di questi schemi trova nelle controversie di cui sia parte la p.a. un fertile terreno, come dimostra la prassi esaminata nel cap. II. In quelle pagine, è emersa l'esistenza di negozi a carattere composito, in rapporto alle caratteristiche della lite, delle obbligazioni pattuite dalle parti e degli effetti dell'accordo sullo stesso esercizio di funzioni amministrative⁴. Così avviene anche in altri ordinamenti⁵.

In secondo luogo, nel quadro già frammentato della matrice privatistica, si innestano i problemi inerenti ai fondamenti ed al regime giuridico della consensualità amministrativa entro un contesto litigioso⁶.

Basti qui osservare come, ai tradizionali problemi teorici ed applicativi sottesi alla diffusione di convenzioni ed accordi fra amministrazioni e terzi, si aggiungano le questioni inerenti al rapporto fra soluzione consensuale e ruolo della p.a. nell'attuazione delle singole politiche

² Già F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 72 ss. Nella dottrina più recente, cfr., fra gli altri, E. DEL PRATO, *op. cit.*, 823 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 4 ss.; G. GITTI, *La transazione*, cit., 80 ss.; A. PALAZZO, *Transazione*, cit., 387 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 339 ss.

³ Cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 456 ss., anche se in senso critico. Per un generale inquadramento del tema del collegamento negoziale si rinvia anche a G. LENER, *op. cit.*, specie 163 ss.

⁴ Cfr. *supra*, cap. I, par. 4 e II, par. 1, 2 e 3.

⁵ Cfr. *supra*, cap. III, *passim*, con riferimento ai differenti sinallagmi transattivi, specie in Spagna, Germania e negli ordinamenti in cui si fa ricorso al *settlement*.

⁶ Si tratta, del resto, di problemi colti dalla stessa dottrina tradizionale, oltre che da quella contemporanea: cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 11 ss., nonché G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 223 ss.

pubbliche; all'incidenza della soluzione consensuale della lite sulla futura attività amministrativa, oltre che sui rapporti fra amministrazione e terzi; alle caratteristiche del procedimento decisionale ed alla connessa necessità di contemperare l'esigenza di una soluzione negoziale della lite con i principi generali di tutto l'agire amministrativo, sintetizzati nell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990⁷.

La terza ragione attiene alle perduranti lacune del diritto positivo ed alla ridotta prassi giurisprudenziale formatasi in materia, che non consentono di delineare le caratteristiche della procedura transattiva, né il regime giuridico di eventuali contratti o accordi transattivi comunque intesi⁸.

L'arretratezza del sistema italiano rispetto alle soluzioni maturate in altri ordinamenti è netta. Se appare difficile comparare l'esperienza italiana con quella tedesca⁹, sembra più significativa l'inerzia del legislatore domestico rispetto ai tentativi di consolidazione del fenomeno effettuati in Francia o Inghilterra, ancorché in termini elusivi della complessità di un fenomeno che, pure oltralpe, appare frastagliato¹⁰.

L'assenza di una specifica disciplina consente, sul piano analitico e ricostruttivo, tre opzioni teoriche.

Si può continuare a distinguere il contratto di transazione dal negozio transattivo di diritto pubblico, adattando alla transazione il dibattito sulla consensualità amministrativa¹¹; si può prendere atto della varietà

⁷ Sono questioni simili a quelle esaminate *supra*, cap. III, *passim*, anche in rapporto alle soluzioni elaborate nei singoli ordinamenti presi a riferimento.

⁸ Cfr. *supra*, cap. II, par. 3 e 6.

⁹ Peculiarità che discendono, a monte, dalla qualificazione della transazione amministrativa come un contratto di diritto pubblico, ossia come una figura teorico-generale oggetto di espresso riconoscimento nell'ordinamento tedesco, ma discussa in quello italiano, anche in considerazione della difficoltà derivante dall'attribuire all'art. 11 della l. n. 241/1990 il valore di norma ricognitiva dell'esistenza del contratto di diritto pubblico nell'ordinamento interno. Sul punto, cfr., fra gli altri, N. BASSI, *Accordi*, 83 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 1 ss.; F. CANGELLI, *op. cit.*, 60 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., 147 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 83; G. GRECO, *Accordi*, cit., 75 ss.; G. MANFREDI, *op. cit.*, 83 ss.

¹⁰ Cfr. *supra*, cap. III, specie par 2 e 5.

¹¹ Un tentativo in tale direzione – poco soddisfacente sotto il profilo sistematico – è stato già compiuto in A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 252 ss. Sembra,

del fenomeno, ricostruendo le caratteristiche dei singoli accordi transattivi su base prettamente induttiva e tipologica¹²; si può tentare una ricostruzione che miri, all'opposto, ad individuare i tratti unitari della transazione amministrativa, verificando, in un secondo momento, la sua compatibilità con le singole figure negoziali disciplinate dalle varie leggi speciali¹³.

Nelle prossime fasi della ricerca si intende seguire questa terza opzione, in modo da delineare – attraverso il confronto con gli studi già dedicati al tema – una ricostruzione unitaria dei fondamenti e della disciplina della transazione amministrativa.

Riservando alle successive parti del lavoro gli sviluppi dell'opzione metodologica prescelta, è opportuno chiarire le ragioni per le quali si ritiene che l'indagine non si possa limitare, anche a fini ricostruttivi, alla presa d'atto della frammentazione del fenomeno.

Alcuni argomenti di ordine prettamente valoriale – ma pur sempre riconducibili ai principi costituzionali di riferimento – sono stati individuati in precedenza, ponendo in luce l'impatto delle incertezze teoriche sulla prassi della p.a., oltre che sul livello di tutela delle parti e dei terzi nei confronti di contratti illeciti¹⁴.

Se ci si limitasse a prendere atto dell'anomia che caratterizza la materia, o dell'esistenza di una pluralità di contratti e negozi con funzione latamente transattiva, si incorrerebbe, inoltre, in un errore di prospettiva percepibile sulla base dell'indagine comparata.

peraltro, che nella medesima direzione siano orientati tutti i contributi che, sin da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., *passim*, hanno tentato di tracciare i confini del fenomeno, distinguendo le transazioni prettamente intese da accordi o convenzioni pubblicitiche con funzione transattiva: cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 228 ss., nonché M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 206 ss.; G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 9 ss.

¹² Cfr. *supra*, cap. II, par. 5.

¹³ Si tratta di una soluzione che mira, indirettamente, a contribuire ad una migliore comprensione sistematica del fenomeno transattivo, valorizzando la prospettiva metodologica di M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 384 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico*, cit., 11 ss.; e – con riferimento alla dottrina straniera – soprattutto E. SCHMIDT ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., 4 ss. Con particolare riguardo ai problemi in esame, cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*, cit., 661 ss.

¹⁴ Cfr. *supra*, cap. II, par. 5.

L'evoluzione dei singoli sistemi rivela, infatti, la tendenziale convergenza verso la necessità di regolare in via autonoma la transazione amministrativa, stabilendo le modalità attraverso cui l'amministrazione decide di transigere e la complessiva disciplina del negozio¹⁵.

Tale esigenza presuppone che si chiarisca la stessa struttura della transazione, da ricostruire sulla base della combinazione fra diversi plessi normativi. Il punto trova conferma sul piano dell'indagine comparata e su quello teorico-generale¹⁶.

La necessità di un ancoraggio della ricostruzione al dato positivo non esime, tuttavia, dall'analisi delle singole proposte teoriche già formulate in materia dalla dottrina italiana, da cogliere non solo in rapporto alla loro importanza storica, ma anche con riferimento alla loro perdurante rilevanza ai fini della soluzione della questione appena impostata¹⁷.

Si tenterà, pertanto, di valorizzare l'attuale dimensione prescrittiva delle varie tesi, prendendo posizione rispetto ad esse e giungendo, attraverso tale confronto, alla formulazione di un'autonoma proposta ricostruttiva.

2. Unilateralità e consensualità nelle transazioni degli enti pubblici: la posizione della dottrina del primo Novecento

Nei decenni che hanno segnato nascita e sviluppi di un'autonoma scienza del diritto amministrativo italiano, la problematica delle transazioni degli enti pubblici fu sostanzialmente trascurata, ancorché non fosse negletta nella prassi e non fosse sfuggita all'attenzione – pur fu-

¹⁵ Cfr. *supra*, cap. III, *passim*.

¹⁶ Cfr. anche le indicazioni metodologiche evincibili da G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 159 ss.; *Convenzioni e accordi*, cit., 202; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 70 ss., nonché E. BRUTI LIBERATI, *Accordi*, cit., 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 217 ss.; F. LIGUORI, *op. cit.*, 27 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 235 ss.

¹⁷ L'incidenza della dottrina nella formulazione delle categorie giuridiche e la persistenza di determinate formulazioni teoriche anche in rapporto ai mutamenti del diritto positivo sono evidenziate, in chiave realistica, da S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., 67 ss., oltre che da A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 761 ss.

gace – di un Autore come Mantellini, che coniugava le proprie attitudini speculative con l'esperienza professionale¹⁸.

Ne *Lo Stato e il Codice civile*, Mantellini muoveva da una sintesi dall'allora vigente procedura di autorizzazione a transigere, che subordinava la stipulazione del contratto da parte dell'amministrazione statale al parere del Consiglio di Stato, per giungere ad ammettere la transigibilità di liti «per fini patrimoniali [e] politici»¹⁹. L'osservazione non aveva, tuttavia, seguito, salvo l'inciso per cui, in simili vicende, il contenuto dell'accordo doveva essere funzionalizzato al pubblico interesse, a prescindere dalle disposizioni del Codice civile²⁰.

Gli Autori della generazione successiva – riconducibili alla scuola di matrice orlandiana²¹ – non approfondirono il tema, nonostante la sua incidenza sui problemi inerenti all'individuazione dei profili giuridici dell'attività negoziale dell'amministrazione²².

Vanno tuttavia segnalate, per la loro autorevolezza, le distinte posizioni di Cammeo e Donati.

Il primo osservava, incidentalmente, come l'ambito della composizione negoziale di controversie – mediante arbitrato o transazione – dovesse essere confinato ai rapporti di diritto privato della p.a., sulla scia del coevo esempio francese²³. Il secondo riteneva, viceversa, che i

¹⁸ Sui profili biografici dello studioso, ed Avvocato erariale, cfr. G. REBUFFA, *op. cit.*, 117 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 40 ss. Più recentemente, cfr. anche la voce di B. SORDI, *Giuseppe Mantellini*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI, a cura di, *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013, 1258 s.

¹⁹ Cfr. G. MANTELLINI, *op. cit.*, II, 671 s.

²⁰ Cfr. sempre G. MANTELLINI, *op. cit.*, II, 672, dove, in rapporto alle disposizioni di un accordo transattivo fra Stato e Comune di Ravenna, in cui l'ente locale assumeva il compito di conservare e custodire una pineta per ragioni di pubblico interesse, si sottolineava che «la sostanza [transattiva] sorpassava la forma [della vendita del bene al Comune], e poteva sorpassarla in diritto amministrativo, lo potesse o no col codice».

²¹ Si segue la periodizzazione di A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 97 ss.

²² Meri riferimenti alla necessità del parere del Consiglio di Stato in E. PRESUTTI, *op. cit.*, 420.

²³ Cfr. F. CAMMEO, *Corso*, III, cit., 1563. Si consideri che, secondo il medesimo F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, IV, 1900, 1 ss., non potevano neppure ammettersi contratti aventi ad oggetto l'esercizio di funzioni pubbliche, a fronte della loro ritenuta incommerciabilità.

marginari di applicazione della transazione fossero più ampi, seguendo le forme ora del contratto di diritto comune, ora del contratto di diritto pubblico, in rapporto alle previsioni di diritto positivo²⁴. Nessuno dei due studiosi sviluppava in maniera più approfondita la propria tesi, giustificando il rilievo critico di chi tacciava di «impressionismo» e «semplismo» questa dottrina²⁵.

Una prima sintesi critica delle posizioni dottrinali in materia fu formulata, all'inizio degli anni Trenta, da De Valles²⁶.

Applicando al fenomeno le consolidate tecniche qualificatorie di derivazione pandettistica, l'Autore riconosceva la transigibilità delle questioni litigiose inerenti a rapporti patrimoniali sulla base del modello di diritto comune, salva la necessaria applicazione delle norme inerenti ai controlli dell'attività contrattuale della p.a.²⁷. Si negava, invece, la possibilità di transigere su questioni inerenti alla legalità dell'azione amministrativa, sul presupposto che la p.a. fosse sempre tenuta ad agire in conformità alla legge²⁸.

Sotto questo profilo, le tesi dell'Autore non risultavano innovative, allineandosi alla posizione di chi – come Cammeo – aveva già messo in

²⁴ Cfr. D. DONATI, *Principii*, cit., 114 ss. Le conclusioni in ordine all'ammissibilità del contratto di diritto pubblico – sulla scia della dottrina tedesca, e, in particolare, delle teorizzazioni di Jellinek e Laband – erano in linea con la ricostruzione del fenomeno formulata, in Italia, da U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative* (1900), in ID., *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, 1937, 408 ss. Coerentemente, quest'ultimo studioso riteneva ammissibili unicamente le transazioni inerenti a rapporti patrimoniali, in difetto di espresse previsioni legislative che riconoscessero la transigibilità di altri liti inerenti all'esercizio di funzioni pubbliche: cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO, diretto da, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II. *Parte seconda*, Milano, 1915, 1102 e 1104 in nota.

²⁵ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 5.

²⁶ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 46 s.

²⁷ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.* 47. Sull'itinerario culturale di De Valles, cfr. A. MASERA, *Arnaldo de Valles*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, a cura di, *op. cit.*, I, 723; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 272 s.

²⁸ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 47. Ad avviso dell'A., l'inammissibilità della transazione era giustificata dall'impossibilità di qualificare come *res dubia* una questione di legittimità dell'agire amministrativo, in considerazione del fatto che amministrazione e giudice risultavano istituzionalmente obbligati ad accertare la conformità dell'azione amministrativa alla legge.

dubbio la possibilità di estendere il modello del Codice civile ad ogni manifestazione della litigiosità amministrativa.

Appare, semmai, più rilevante la conclusione a cui giungeva De Valles circa la possibilità di attribuire uno scopo latamente transattivo ai provvedimenti di riesame aventi ad oggetto la rinnovazione, la modificazione o la revoca di atti pregressi²⁹.

Nel caso in cui il conflitto fra le parti avesse avuto ad oggetto questioni inerenti all'opportunità dell'esecuzione del provvedimento già emanato, nulla escludeva che gli atti di riesame potessero essere giustificati dalla necessità di evitare il radicamento di eventuali conflitti. L'atto rimaneva, ad ogni modo, unilaterale, trovando la propria causa nel perseguimento del pubblico interesse tipicamente individuato dalla norma attributiva del potere, potendosi parlare di transazione solo in senso generico ed atecnico³⁰.

Si tratta di una tesi che, a decenni dalla propria formulazione, sembra smentita dall'evoluzione della prassi e dall'esperienza comparata, che non esaurisce il fenomeno nell'atto di riesame finalizzato al superamento del conflitto³¹. Essa rivela, inoltre, dei chiari limiti ricostruttivi, nella parte in cui omette di prendere posizione in ordine alla natura della 'lite' soggiacente all'atto di riesame con scopo transattivo, che pare riconducibile ad un generico contrasto economico-sociale fra le parti in ordine all'opportunità della perdurante efficacia dell'atto soggetto a revoca o modifica³².

²⁹ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 48. L'ambito della transigibilità, in questa prospettiva, finiva per coincidere con le questioni di merito sottratte alla stessa cognizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l. n. 2248/1865, all. E.

³⁰ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 48, secondo il quale si sarebbe trattato di transazioni in senso 'sociale', ma non giuridico.

³¹ Cfr. già *supra*, cap. II, par. 4 e 5, nonché cap. III, *passim*, fatte salve le già rilevate peculiarità della disciplina applicabile alle istituzioni dell'Unione Europea.

³² Sulla distinzione fra conflitto economico e giuridico si rimanda a quanto chiarito diffusamente *supra*, cap. I, par. 2 e 3. Nella prospettiva dell'A., questo elemento resta sottostimato, considerando come – rispetto all'esercizio di funzioni amministrative – le questioni meritevoli di transazione non atterrebbero mai a giudizi difformi in ordine alla illegittimità o meno del provvedimento (ipotesi non considerata da De Valles) quanto a contrasti nascenti da non meglio precisate questioni estranee alla validità dell'atto.

Al contempo, questa tesi conserva una propria attualità, dove sostiene che i provvedimenti di riesame possano assumere scopi latamente transattivi, determinando, in via indiretta, una composizione della lite: si pongono qui le basi per il fenomeno dell'autotutela consensuale cui si è fatto riferimento nell'impostazione dello studio³³.

Al netto delle cautele inerenti alla piena ammissibilità di tali sviluppi³⁴, la tesi formulata da De Valles non risultava del tutto soddisfacente per la stessa dottrina contemporanea, dato che essa finiva per negare la transigibilità di tutte le controversie aventi ad oggetto la legittimità di provvedimenti amministrativi, ossia la maggior parte delle liti devolute alla giurisdizione amministrativa.

L'insoddisfazione verso questa tesi e la complessiva elaborazione teorica del tema ad opera della dottrina era francamente espressa nello studio monografico di Guicciardi sulle transazioni degli enti pubblici³⁵.

Lo scritto rispecchiava un duplice ordine di esigenze: ad un primo livello, esso si presentava come un'ampia trattazione dei problemi inerenti alle transazioni su questioni patrimoniali e di diritto pubblico, dimostrando come, in entrambi i casi, non vi fossero limiti tecnico-giuridici ad ammettere la composizione amichevole di ogni tipologia di controversia³⁶; ad un secondo, e più profondo, livello, il tema offriva a Guicciardi la possibilità di prendere posizione su due questioni allora centrali in dottrina, concernenti la qualificazione delle posizioni sogget-

³³ Cfr. *supra*, cap. I, par. 4. Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 223 ss.; G. LUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 23 s., nonché, ancor più recentemente, M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 197 ss.

³⁴ Su cui si ritornerà *infra*, par. 3.

³⁵ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 5 ss. Per una sintesi degli esiti dello studio cfr. ID., *La giustizia*, cit., 297 ss. Sull'itinerario culturale ed esistenziale di Guicciardi, le pagine migliori restano quelle di A. AMORTH, *Enrico Guicciardi (1975)*, in ID., *Scritti*, IV, 1979 ss. nonché di E. CASETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 283 ss. Un giudizio più stereotipato nel tratteggiare uno studioso prigioniero di un formalismo antistorico si coglie in A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 224 ss. A chi scrive pare che proprio lo studio dedicato alle transazioni amministrative dimostri come il preteso formalismo dell'Autore fosse comunque strumentale alla soluzione di problemi di spiccata rilevanza pratica, nascenti dalla concreta esperienza giuridica. Sul punto, cfr. lo stesso E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 9 ss.

³⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 14 ss.

tive delle parti in lite ed ai margini di applicazione della nascente teoria del contratto di diritto pubblico nel diritto amministrativo italiano³⁷.

Con riferimento alle transazioni su questioni patrimoniali, lo studio di Guicciardi consolidava gli apporti della dottrina tradizionale, dando ad essi una più incisiva dimensione sistematica³⁸.

Su questo versante, il contributo rappresentava un riuscito tentativo di armonizzare specialità amministrativa e disciplina di diritto comune, chiarendo in quale misura le transazioni degli enti pubblici si discostassero dal modello del Codice civile, in virtù di previsioni speciali coerenti con la posizione istituzionale della p.a.³⁹

Le transazioni su questioni di carattere patrimoniale erano dunque assimilate – in forza di un rapporto analogico – alle transazioni di diritto comune, di cui mutuavano l'intera disciplina, salve le deroghe imposte dalla necessità di esternare la volontà amministrativa mediante determinazioni caratterizzate dall'autonoma rilevanza dei motivi della composizione negoziale della lite⁴⁰.

L'aspetto più innovativo – e discusso – del pensiero guicciardiano riguardava l'ammissibilità ed il regime giuridico delle transazioni inerenti rapporti di diritto pubblico⁴¹. L'Autore si discostava, infatti, dalla tesi di De Valles, ammettendo che, a determinate condizioni, pure le

³⁷ Mentre il primo tema evidenziava i nascenti interessi di Guicciardi per lo studio della giustizia amministrativa, il secondo rappresentava un evidente sviluppo delle riflessioni donatiane in tema di contrattualità amministrativa. Sul punto, e sull'influenza di Donati nella formazione di Guicciardi, sia concesso un rinvio ad A. CASSATELLA, *Donato Donati*, cit., 3 ss.

³⁸ Occorre avvertire come Guicciardi abbia contribuito, a partire dall'analisi delle transazioni amministrative, alla stessa definizione del regime teorico-generale del modello civilistico, con argomentazioni innovative in rapporto all'efficacia costitutiva del contratto, contro la dottrina dominante all'epoca. Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 30 ss.

³⁹ Cfr. sempre E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., specie 43 ss.

⁴⁰ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 41 ss.

⁴¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 9 ss. e 56 ss., con riferimento alle transazioni incidenti su rapporti di diritto pubblico, inerenti – secondo la prassi – a transazioni in materia di pubblico impiego; di applicazione di imposte; di responsabilità della p.a. per danni illegittimamente arrecati ai cittadini. Da tale limitata casistica si potevano tuttavia desumere, sempre secondo l'A., indicazioni in ordine alla generale fisionomia dell'istituto.

controversie relative alle predette questioni fossero suscettibili di essere transatte, non ravvisandosi ostacoli di ordine teorico-generale ad ammettere la composizione negoziale di queste liti⁴².

Venivano confutati tutti gli argomenti potenzialmente contrari a tale conclusione.

Secondo Guicciardi, infatti, il principio di legalità non era di ostacolo alla transazione, posto che essa operava in contesti in cui la legittimità dei singoli atti rimaneva dubbia⁴³. Si trattava, inoltre, di uno strumento idoneo a perseguire gli interessi pubblici in situazioni di incertezza e di conflittualità, garantendo la realizzazione di effetti coerenti con le finalità istituzionali degli apparati di riferimento⁴⁴. Del resto, nulla imponeva alle parti di rivolgersi al g.a. per la soluzione di tali liti, non sussistendo in materia una riserva di cognizione a favore del giudice quale astratto tutore della legalità⁴⁵.

Ammessa in termini generali, la transazione su questioni di diritto pubblico trovava i propri limiti nella natura delle situazioni oggetto di

⁴² Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 56 ss.

⁴³ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 59 ss. In ciò, si poteva ravvisare la maggiore discontinuità rispetto alla tesi di De Valles, che escludeva in radice la stessa esistenza di dubbi in ordine all'applicazione della legge da parte delle amministrazioni. Va tuttavia osservato come, secondo Guicciardi, l'incertezza non fosse un presupposto obiettivo della lite alla stregua della *res dubia*, quanto l'esito di una valutazione prognostica in ordine all'accoglimento del ricorso promosso dalla controparte privata.

⁴⁴ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 64 ss., specie con riferimento al rilievo per cui, in determinate circostanze, l'interesse astratto alla legalità dell'azione amministrativa potesse essere sacrificato rispetto all'interesse concreto alla produzione di determinati effetti. Sempre l'A., *ivi*, 154, riconosceva implicitamente come l'atto avesse carattere discrezionale, in considerazione del fatto che l'amministrazione risolveva un conflitto fra due interessi pubblici «secondo un criterio che non è giuridico, ma piuttosto politico, consistendo in una comparazione fra l'urgenza, l'importanza, l'intensità e l'urgenza di ciascuno di essi». Sotto questo profilo, la tesi guicciardiana evidenziava, già alla metà degli anni Trenta, il carattere artificioso dello stesso concetto di interesse pubblico unitariamente inteso, essendo possibile individuare una latente conflittualità fra diversi interessi (pubblici e privati): per ulteriori sviluppi, oltre a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 75 ss., cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, 57 ss.

⁴⁵ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 56 ss.

lite. Nel solco di una distinzione tratteggiata da Romano⁴⁶, Guicciardi riteneva che non fossero suscettibili di transazione le liti che coinvolgevano i diritti pubblici ‘generali’, mentre si potevano comporre in via negoziale le liti aventi ad oggetto diritti pubblici ‘speciali’ e interessi legittimi, salva l’esistenza di specifici divieti⁴⁷.

Il punto più delicato della teorizzazione guicciardiana aveva ad oggetto il modo attraverso cui comporre la lite.

La conclusione dello Studioso è nota. Le liti aventi ad oggetto diritti pubblici speciali erano transigibili allo stesso modo delle liti su questioni inerenti a rapporti patrimoniali⁴⁸; le liti aventi ad oggetto interessi legittimi potevano essere transatte attraverso atti unilaterali, mediante i quali l’amministrazione corrispondeva al privato una somma di danaro per rinunciare alla proposizione del ricorso o alla prosecuzione del giudizio, con salvezza dell’atto originariamente contestato⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. S. ROMANO, *Corso*, cit., 148 ss.

⁴⁷ Cfr. sempre E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 72 ss. e 95 ss. Secondo l’A., pertanto, non erano suscettibili di transazione le liti aventi ad oggetto “diritti soggettivi pubblici generali”, ossia diritti che – nella sistemazione romaniana – risultavano istituiti direttamente dalla legge, senza la necessaria mediazione di un rapporto giuridico, normalmente creato da un provvedimento amministrativo o da un fatto illecito. Non erano dunque transigibili le liti aventi ad oggetto, sempre seguendo l’impostazione di S. ROMANO, *Corso*, cit., 146 s.: i diritti inerenti a questioni di *status*; i diritti di supremazia generale e di autarchia dello Stato; i diritti politici e di libertà dei cittadini. Viceversa, erano transigibili sia le liti inerenti a “diritti soggettivi pubblici speciali” (ossia a rapporti giuridici costituiti da provvedimenti, o da illeciti), come pure le liti inerenti a interessi legittimi (intese, tuttavia, come liti aventi ad oggetto due distinti interessi pubblici: quello alla legalità dell’agire amministrativo, e quello alla conservazione dell’atto produttivo di effetti favorevoli per l’interesse concretamente perseguito dalla p.a.).

⁴⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 83 ss.

⁴⁹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 88 ss. e 94 ss., in considerazione del fatto, che, a fronte di un ricorso su questioni aventi o interessi legittimi, la p.a. poteva annullare d’ufficio l’atto, resistere in giudizio, o – nel caso in cui lo ritenesse conveniente in rapporto alla tutela dell’interesse pubblico concreto – transigere. Le prime due ipotesi postulavano una ragionevole certezza in ordine alla fondatezza o infondatezza del ricorso; la terza rendeva difficoltoso un giudizio prognostico, giustificando il pagamento di somme di danaro per indurre il privato a rinunciare al ricorso. Rispetto alla tesi di De Valles, pertanto, l’atto con funzione transattiva non aveva ad oggetto la modifica, sostituzione o revoca del provvedimento impugnato, quanto la (mera) conferma onerosa della legittimità dell’atto, riducendo l’ambito applicativo dell’istituto ad una

In tali passaggi vanno rinvenuti il principale pregio, ed al contempo il maggior limite, di questa teorizzazione. Si dava integrale rilevanza ad un fenomeno artificiosamente ridotto, dalla dottrina precedente, a questioni di carattere patrimoniale, ma si frammentava, allo stesso tempo, la sua disciplina⁵⁰.

Ritenendo che il contratto di transazione potesse risolvere unicamente controversie incidenti su diritti soggettivi, e negando, al contempo, l'ammissibilità del contratto di diritto pubblico, l'Autore era infatti costretto a ricostruire la fattispecie transattiva avente ad oggetto questioni di legittimità alla stregua di un atto unilaterale. Si trattava, in sostanza, di un atto di mera conferma a titolo oneroso, attraverso il quale si ribadiva l'efficacia del provvedimento contestato dalla controparte, a cui veniva corrisposta una somma di danaro in cambio della rinuncia ad ulteriori contestazioni giudiziali⁵¹.

Lo studio proseguiva con un'attenta disamina dei corollari applicativi della soluzione proposta, in rapporto alla disciplina della validità, dell'efficacia e della stabilità dell'atto con funzione transattiva⁵².

Senza soffermarsi nell'analisi delle specifiche soluzioni date ai vari problemi affrontati nella parte finale dello scritto – su cui si tornerà successivamente – sembra sufficiente osservare come il regime giuridico dell'atto transattivo si discostasse, per molteplici aspetti, da quello dei normali atti amministrativi.

Erano circoscritte, ad esempio, le ipotesi di invalidità per violazione di legge, a fronte della irrilevanza dell'errore di diritto rispetto alla

ipotesi di riesame con scopo conservativo. Sulla qualificazione dell'atto come conferma cfr. peraltro i dubbi di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 100, secondo il quale tale categoria poteva essere richiamata solo in senso «implicito e indiretto».

⁵⁰ La conclusione dell'A. non differisce, in tal senso, dalla posizione successivamente assunta da F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, cit., 187 ss., quantomeno nella parte in cui questi poneva l'accento sull'effetto dell'accordo come tecnica di pacificazione sociale, prima ancora che sul regime formale degli atti delle parti, suscettibili di differenti qualificazioni giuridiche a seconda del punto di vista prescelto ai fini della ricostruzione del regime giuridico del negozio. Ne derivava la piena ammissibilità teorica e pratica della distinzione fra contratti di transazione ed atti amministrativi con funzione transattiva, ancorché coi limiti illustrati più diffusamente *infra*, anche in nota.

⁵¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 133 s.

⁵² Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 136 ss.

composizione transattiva della lite⁵³; non era ammessa la revoca⁵⁴; era esclusa la possibilità di impugnativa ad opera di terzi⁵⁵, mentre si ammettevano sia l'annullamento d'ufficio⁵⁶ che la teorica impugnazione dell'atto transattivo ad opera della controparte privata⁵⁷.

Al netto della sua relatività storica e di alcune contraddizioni intrinseche, la tesi formulata da Guicciardi conserva il merito fondamentale di aver giustificato, in termini generali, la possibilità di comporre ogni controversia sulla base di una ricostruzione dell'agire amministrativo in

⁵³ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 152 ss., con riferimento ad errori inerenti alla disciplina del rapporto oggetto di lite, ritenuti giuridicamente irrilevanti a fronte della volontà di sostituire lo stesso rapporto controverso con una nuova disciplina giuridica. Viceversa, tutti gli errori di fatto inerenti alla sussistenza dei presupposti per transigere implicavano l'annullabilità dell'atto transattivo per eccesso di potere (da travisamento del fatto).

⁵⁴ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 159 ss., in rapporto al rilievo per cui la transazione determinava la costituzione di un diritto soggettivo – ossia di un credito – a favore della parte privata che aveva rinunciato al ricorso, che l'A. riteneva intangibile ad opera dell'atto di revoca o di annullamento, assimilandolo ad un diritto quesito. Al netto della soluzione proposta, è significativo il fatto che fosse la stessa natura del fenomeno ad escludere l'instabilità degli effetti della transazione, giacché, secondo lo stesso Guicciardi, *ivi*, 160, «ripugna alla nozione stessa di transazione, e contraddice alla sua funzione specifica, il pensare che il negozio transattivo possa essere fatto cadere da quella delle parti che, successivamente, si accorgesse che avrebbe potuto vincere in giudizio la lite su cui ha transatto».

⁵⁵ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 163 ss., sul presupposto per cui i terzi non sarebbero risultati titolari di un interesse giuridicamente protetto alla contestazione dell'atto transattivo, sussistendo – eventualmente – un autonomo interesse al ricorso nei confronti dell'atto che l'altra parte privata rinunciava ad impugnare. Esemplificando, se l'atto transattivo implicava la rinuncia all'impugnazione di un decreto di esproprio, ciò non impediva al terzo di impugnare autonomamente il medesimo decreto, o di proseguire il giudizio già instaurato nei confronti dell'atto. A nulla rilevava, viceversa, l'intervenuta transazione fra la p.a. ed un coricorrente.

⁵⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 160, sulla base del presupposto per cui dall'atto illegittimo non sarebbero potuti sorgere diritti quesiti, e, dunque, il diritto di credito nascente dall'accettazione degli effetti dell'atto transattivo.

⁵⁷ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 162 ss., con la precisazione per cui il giudice competente a conoscere l'invalidità dell'atto di accettazione della parte privata rimaneva, in ogni caso, quello ordinario, nei termini dell'art. 2 della l. n. 2248/1865, all. E.

cui la capacità di risolvere problemi di ordine pratico non è meno rilevante di quella di operare secondo diritto⁵⁸.

⁵⁸ La relatività della tesi discende dalle stesse premesse dell'indagine dell'A., che postulavano, con tutta evidenza, una determinata concezione dello Stato amministrativo e dei rapporti fra amministrazione ed individuo: l'aspetto maggiormente significativo riguarda la peculiare ricostruzione dell'interesse legittimo alla stregua di un interesse di fatto occasionalmente protetto in via processuale. Sul punto cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 88 ss., le cui argomentazioni anticipano la successiva prolusione patavina del '36 dello stesso E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., 1 ss.; per una discussione critica di questa tesi cfr. G. FALCON, *Norme di relazione*, cit., 1 ss., nonché F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 80 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, 127 ss. Nei confronti di tale tesi possono tuttavia profilarsi tre obiezioni di carattere logico, senza necessità di mettere in discussione i postulati da cui muoveva l'A.: a) innanzitutto, assimilando l'interesse legittimo ad un interesse di mero fatto, e ricostruendo la posizione del ricorrente come un sostituto processuale, si nega la sussistenza di una 'lite' in senso sostanziale, posto che lo stesso conflitto di interessi è riferibile alla sola posizione dell'Amministrazione. Si consideri, al riguardo, come la nozione di lite cui faceva riferimento Guicciardi fosse mutuata da quella carneltuttiana (su cui cfr. *supra*, cap. I, par. 3), di cui si è già sottolineata l'insufficienza al fine di demarcare il confine fra il concetto giuridico di lite ed il più generico concetto di conflitto; b) l'altra carenza della tesi attiene alla petizione di principio per cui, in caso di dubbi in ordine all'esito del processo di legittimità, l'unica soluzione transattiva compatibile con la tutela dell'interesse pubblico concreto sarebbe quella della (mera) conferma onerosa dell'atto impugnato. Nulla esclude, tuttavia, che – nell'ottica già profilata da De Valles – l'interesse pubblico concreto sia garantito anche mediante la revoca dell'atto (supposto legittimo) e la sua eventuale riforma con altro atto idoneo allo scopo, volto a garantire determinati interessi della controparte privata. Anche sul punto, le argomentazioni di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 98 s., non sembrano persuasive, posto che, secondo l'A., tali revoche possono essere assimilate ad atti con indiretta funzione transattiva, finalizzati alla tutela di un diritto soggettivo della p.a.; non si chiarisce, tuttavia, perché le stesse conclusioni non possano riferirsi alla (mera) conferma onerosa, a fronte del rilievo per cui, anche in tal caso, la p.a. agisce in condizioni analoghe (un cenno, in tal senso, *ivi*, 137). Non sono persuasivi neppure i riferimenti alla specifica causa dell'atto transattivo, individuata, *ivi*, 100, nella «desistenza del ricorrente dal ricorso». Anche al netto delle discussioni inerenti alla causa della transazione, sembra sufficiente osservare come la desistenza dal ricorso sia una conseguenza della transazione, non la sua causa in senso tecnico-giuridico; c) la terza obiezione, con specifico riferimento alle transazioni su rapporti di diritto pubblico, attiene alla necessità di individuare nell'atto con funzione transattiva un provvedimento tipico e nominato, che resta tuttavia privo di espresso fondamento legale, difettando, nella prospettiva di Guicciardi, la stessa indicazione della norma attributiva del potere di transigere mediante l'atto di (mera) conferma

Sul versante delle transazioni di diritto pubblico, la tesi di Guicciardi rappresentava, in maniera ancor più netta di quella espressa da De Valles, il possibile fondamento dell'autotutela consensuale della p.a., nella parte in cui attribuiva ad una specifica attività di secondo grado – finalizzata alla conferma dell'atto – una funzione transattiva, in rapporto a quanto materialmente pattuito fra le parti⁵⁹. Si tratta di un modo di agire potenzialmente riconducibile alla figura dell'accordo integrativo del provvedimento, nei termini dell'art. 11 della l. n. 241/1990.

Ad ogni modo, pure questa tesi sembra suscettibile di revisione, in rapporto all'evoluzione dell'ordinamento e della stessa prassi, oltre che dell'esperienza comparata⁶⁰. Si aggiunga come la ricostruzione formulata da Guicciardi non risulti idonea a spiegare la diffusione di accordi transattivi caratterizzati da molteplici sinallagmi di *facio ut facias*, né operazioni negoziali in cui l'accordo rappresenta il presupposto per la ridefinizione di più complessi rapporti fra amministrazione e terzi⁶¹.

Colti in sintesi, sia il primo tentativo qualificatorio di De Valles che la ricostruzione di Guicciardi esprimono pregi e limiti della dogmatica tradizionale come tecnica di qualificazione della realtà, condotta attraverso la combinazione di istituti di matrice civilistica ed amministrativistica⁶².

onerosa. Se E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 100, individuava nell'atto transattivo un atto con «una propria fisionomia, una propria causa, una propria funzione specifica», il passaggio successivo doveva consistere nell'indicazione della fonte di tale potere. L'A. prescindeva, tuttavia, da tale dimostrazione, ritenendo probabilmente che le norme di riferimento fossero individuabili nelle lacunose previsioni inerenti alla procedura transattiva (mediante acquisizione dei pareri di Avvocatura e Consiglio di Stato). Non sembra, tuttavia, un criterio sufficiente, anche in rapporto alla posizione espressa dallo stesso E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 10, in ordine alla necessità di individuare in termini rigidi i presupposti legali dell'attività amministrativa.

⁵⁹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 100 ss.

⁶⁰ Cfr. soprattutto G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 227 ss.

⁶¹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

⁶² Sui limiti di tale dogmatica, con specifico riferimento ai rapporti fra diritto privato e pubblico, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 72 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 30 ss. Fra i contributi più recenti, cfr. A. MOLITERNI, *op. cit.*, 32 ss. Con specifico riferimento alla posizione di Guicciardi in materia di transazioni amministrative, cfr. G. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 51 s.

Gli sviluppi del dibattito posero l'accento sulle caratteristiche strutturali della transazione, lasciando in secondo piano l'analisi del regime dell'istituto nella cornice delle trasformazioni dell'ordinamento. Sotto questo profilo, l'opera di Guicciardi resta ancora il necessario termine di raffronto per ogni comparazione diacronica finalizzata a cogliere le analogie e le distinzioni fra il modo di intendere il fenomeno nel contesto dello Stato tardo-liberale di matrice ottocentesca e dello Stato amministrativo contemporaneo⁶³.

3. *La discussa emersione degli accordi transattivi nel dibattito successivo*

Rispetto alle acquisizioni della dottrina del primo Novecento, gli studi dei successivi decenni si sono concentrati sulle problematiche di ordine teorico-generale inerenti all'ammissibilità di contratti di diritto pubblico con funzione transattiva, nel quadro delle rinnovate concezioni della consensualità amministrativa che hanno caratterizzato larga parte del dibattito scientifico nella seconda metà del secolo scorso⁶⁴.

Un primo nitido tentativo, in tale direzione, si registra in un succinto scritto di Miele⁶⁵.

Nella ricostruzione formulata dall'Autore, la tradizionale distinzione fra liti inerenti a rapporti di diritto privato o pubblico non incideva sulla natura bilaterale del negozio. Se, con riferimento alla prima tipologia di liti, non era dubbia la natura contrattuale della transazione, alle medesime conclusioni si doveva giungere con riguardo alle liti su questioni di diritto pubblico⁶⁶.

⁶³ Ne ha dato recentemente atto la stessa giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, sez. III, 7.7.2011, n. 4083. Che l'opera di Guicciardi fosse tendenzialmente volta a garantire la conservazione di tecniche argomentative e metodi ricostruttivi propri della teoria dello Stato liberale – risultando relativamente indifferente alle trasformazioni indotte dal Fascismo nella stessa forma di Stato – è stato ribadito da G. FALCON, *Norme di relazione*, cit., 18 s.; L. MAZZAROLLI, *Presentazione*, in E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., IX.

⁶⁴ Si fa sempre rinvio ai contributi menzionati *supra*, cap. I, par. 4.

⁶⁵ Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 511.

⁶⁶ Sempre secondo G. MIELE, *La transazione*, cit., 513, si trattava di un negozio bilaterale «e precisamente di un contratto». Per meglio comprendere i passaggi attraverso

Nella prospettiva di Miele, le due figure negoziali si ponevano in un rapporto di analogia, non sussistendo, pertanto, specifiche ragioni per distinguere il rispettivo regime giuridico⁶⁷. La transazione su questioni patrimoniali era qualificabile come un contratto di diritto comune caratterizzato da una disciplina parzialmente derogatoria rispetto al Codice civile, specie in ordine alla formazione della volontà della p.a.⁶⁸; lo stesso fenomeno si riscontrava per la transazione amministrativa, assimilata ad un contratto di diritto pubblico a cui si applicavano, in via analogica, le disposizioni del Codice civile, salve le deroghe previste dalla disciplina speciale⁶⁹.

La proposta ricostruttiva di Miele non andava oltre tali rapidi cenni, essendo finalizzata a dimostrare le potenzialità applicative del contratto di diritto pubblico al fenomeno delle transazioni⁷⁰. Si riteneva, infatti, che, in assenza di espressi divieti, nulla impedisse di qualificare gli accordi transattivi nei termini delineati⁷¹.

cui l'A. giungeva a tali conclusioni, si deve fare rinvio a G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 12 ss., in ordine all'ammissibilità della figura del contratto di diritto pubblico: conclusione cui l'A. giungeva in via teorica *ivi*, 30 ss., dopo aver confutato le argomentazioni contrarie al riconoscimento di tale modalità di azione. Per un'analisi della dottrina di Miele, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 88 ss.

⁶⁷ Ciò, in coerenza l'assunto per cui qualsiasi attività negoziale della p.a. – in quanto funzionalizzata all'interesse pubblico – risultava connotata da un regime derogatorio al diritto comune: cfr. sempre G. MIELE, *La manifestazione di volontà*, cit., 23 e 29 ss.

⁶⁸ Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 510 ss.

⁶⁹ Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 514.

⁷⁰ Sul punto, ancorché con riferimento ad altre tecniche di composizione negoziale del conflitto, cfr. già G. MIELE, *La manifestazione di volontà*, cit., 45 ss. È noto come l'A., *ivi*, 48, ritenesse che, in assenza di una riserva di atto amministrativo – ossia di norme che attribuivano alla p.a. il potere di agire esclusivamente attraverso atti unilaterali, producendo specifici effetti senza il concorso della volontà del privato – nulla escludesse, in termini generali, la possibilità di agire sia con atti unilaterali, sia con atti bilaterali produttivi dei medesimi effetti. Per quanto l'argomentazione non sia espressamente sviluppata negli scritti di Miele, deve ritenersi che, non sussistendo una riserva di amministrazione in ordine alla composizione di liti con atti unilaterali (di riesame), nulla escludesse l'operatività di negozi bilaterali transattivi.

⁷¹ Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 514. In termini sostanzialmente adesivi cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I ed., Napoli, 1952, 201.

È tuttavia noto come, nel dibattito successivo, la necessità di uno specifico fondamento normativo per i contratti di diritto pubblico rimanesse oggetto di frequenti contrasti, anche a prescindere dai dubbi frequentemente palesati nei confronti di questa concettualizzazione⁷². A differenza di quanto sostenuto da Miele, infatti, proprio l'assenza di specifiche disposizioni di legge che conferissero alla p.a. la potestà di concludere un contratto di diritto pubblico poteva considerarsi espressiva di una norma generale di esclusione, tesa a vietare tale attività negoziale⁷³.

È questo specifico aspetto ad aver lasciato la dottrina in uno stato di costante impasse almeno fino ai tardi anni Ottanta del secolo scorso, quando le riflessioni attorno alla consensualità amministrativa aprirono il varco dapprima per una rinnovata teorizzazione della contrattualità pubblicistica, e, successivamente, per il parziale tentativo di codificazione del fenomeno nell'art. 11 della l. n. 241/1990⁷⁴.

Proprio con riferimento alla disciplina degli accordi procedimentali, parte della dottrina ebbe modo di notare, già all'inizio degli anni Novanta, come le previsioni dell'art. 11 della l. n. 241/1990 potessero considerarsi espressive di un principio generale di negoziabilità della funzione pubblica⁷⁵. Tale principio avrebbe quindi consentito di ricorrere a figure negoziali ricalcate sul modello dell'art. 1965 c.c. per transigere su controversie di diritto pubblico⁷⁶.

⁷² Per una sintesi, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 125 ss.

⁷³ Anche sul punto cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 125 ss.

⁷⁴ Cfr. F. MERUSI, *Il coordinamento*, cit., 34 ss.; critici S. GIACCHETTI, *op. cit.*, 527 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 428 ss. Per una sintesi delle questioni, cfr., fra gli altri, N. AICARDI, *op. cit.*, 9 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 6 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 74 ss.; G. MANFREDI, *op. cit.*, 79 ss.; per una sintesi cfr. pure F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 655 ss.

⁷⁵ Fra gli altri, cfr. N. AICARDI, *op. cit.*, 24 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 159 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento*, cit., 133 ss.; F. MERUSI, *Il coordinamento*, cit., 38; G. SCIULLO, *op. cit.*, 34 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo*, cit., 243 ss.

⁷⁶ Per una prima apertura in tal senso cfr. P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 871. Gli A. precisavano, tuttavia, come il fenomeno dovesse essere distinto da quello delle transazioni prettamente intese, posto che l'accordo procedimentale implicava,

Altra parte della dottrina riteneva, invece, che lo stesso art. 11 della l. n. 241/1990 potesse essere interpretato nel senso di attribuire a tutti gli accordi procedimentali una funzione latamente transattiva. Si trattava, infatti, di tecniche di prevenzione delle controversie che trovavano le proprie premesse nella teoria dell'amministrazione obiettivata benvenutiana, come pure nella dimensione garantistica del procedimento teorizzata da Nigro⁷⁷.

Su tale sfondo, spiccano gli specifici contributi dedicati al tema da Chirulli e Stella Richter⁷⁸ oltre che da Carlo Ferrari⁷⁹. Per quanto elaborati in un contesto culturale favorevole alla diffusione di strumenti negoziali di composizione della lite, questi studi evidenziano una serie di perduranti difficoltà qualificatorie in ordine alla collocazione sistematica delle transazioni su questioni inerenti all'esercizio di funzioni amministrative.

È significativo osservare come Chirulli e Stella Richter negassero la transigibilità su liti aventi ad oggetto l'esercizio di poteri amministrativi e posizioni di interesse legittimo, ritenendo che la transazione potesse applicarsi solo a fronte di liti vertenti su questioni patrimoniali⁸⁰.

Più che da considerazioni teorico-generalì inerenti alla natura delle posizioni coinvolte nella lite, la tesi si fondava sull'esigenza pratica di evitare il consolidamento di assetti di interessi potenzialmente contrari ad interessi pubblici sopravvenuti⁸¹. In altri termini, si voleva evitare che l'assodata efficacia costitutiva della transazione precludesse il riesercizio del potere o l'eventuale riesame della situazione controversa⁸².

semmai, una tacita rinuncia alla contestazione del provvedimento emanato in conformità alle pattuizioni delle parti, in quanto misura idonea a contemperare gli interessi in gioco.

⁷⁷ Cfr. N. AICARDI, *op. cit.*, 34; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso*, cit., 257 s.; G. SCIULLO, *op. cit.*, 45. Sul punto cfr. pure G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi*, cit., 77ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., 1303 ss.

⁷⁸ Cfr. P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 867 ss.

⁷⁹ Cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, 1 ss.

⁸⁰ Cfr. P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 870.

⁸¹ Cfr. sempre P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 870.

⁸² Si tratta, invero, di argomenti che provavano troppo, nulla ostando alla possibilità di annullare d'ufficio determinazioni a transigere viziate da eccesso di potere: cfr. già

In tale contesto, gli accordi previsti dalla l. n. 241/1990 potevano operare come atti bilaterali con funzioni solo latamente transattive, evitando l'insorgenza di eventuali liti nascenti dai conflitti economici e giuridici emersi nel corso del procedimento. La loro fisiologica instabilità – rispetto all'esercizio di potestà di recesso della p.a. era tuttavia in contrasto con la funzione pacificatoria della transazioni⁸³.

Le conclusioni a cui giungevano gli Autori, anche in riferimento alle acquisizioni teoriche sottese alla tesi di Guicciardi ed al successivo dibattito sulla negoziabilità dello stesso potere pubblico, possono spiegarsi in rapporto ad un'opzione di metodo mutuata, a propria volta, dalla giurisprudenza. Dando per assunto che alle transazioni della p.a. si dovesse applicare rigidamente la disciplina di diritto privato, ne derivava che il regime giuridico del negozio condizionasse la sua stessa ammissibilità in ordine alla composizione di liti in cui l'applicazione del Codice civile si poteva rivelare in contrasto con l'interesse pubblico⁸⁴.

E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 160. Gli stessi esempi utilizzati da P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 870, per giustificare tale ricostruzione non appaiono del tutto persuasivi: si faceva riferimento ad una transazione che garantiva ad un pubblico impiegato un avanzamento di carriera, ritenuta illecita dal giudice amministrativo in quanto riconducibile a fini di natura privatistica; similmente, si era ritenuta illecita una transazione con cui si era consentita la conservazione di un edificio in contrasto con le previsioni pianificatorie, a fronte del versamento di una somma a titolo di opere di urbanizzazione. In entrambi i casi, non sembra che il divieto di transigere dipenda dalla natura delle posizioni giuridiche soggettive della parte privata o del potere amministrativo, in rapporto al canone costituzionale di imparzialità, quanto da ostacoli alla transigibilità: nel caso dell'avanzamento di carriera, si reputa che tale concessione non fosse liberamente disponibile, a fronte del principio di legalità che connota l'organizzazione amministrativa e le stesse promozioni; nel caso della convenzione transattiva urbanistica, era il potere sanzionatorio-repressivo della p.a. a non poter essere disponibile. Nella medesima prospettiva critica cfr. anche L. FORMENTIN, *op. cit.*, 318 s.

⁸³ Cfr. P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 871, con l'avvertenza – *ivi*, in nota – per cui l'effetto transattivo rappresentava «solamente un riflesso degli altri effetti prodotti dall'accordo e non acquisi[va] perciò una rilevanza autonoma all'interno dello schema causale della fattispecie». La precisazione – come meglio si vedrà *infra* – appare condivisibile, ma conferma il rilievo per cui gli accordi procedurali possano essere riconducibili solo in termini impropri alla categoria degli atti con funzione transattiva. Sul punto, cfr. già A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 241 ss.

⁸⁴ Cfr. P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 869 ss.

Con una significativa inversione logica, i problemi inerenti alla disciplina del contratto condizionavano la stessa possibilità di contrattare. Si sarebbe giunti ad opposte conclusioni se, ammessa generalmente l'ammissibilità delle transazioni su questioni pubblicistiche, si fosse proseguita l'analisi individuando i limiti di applicabilità delle disposizioni del Codice civile a questo tipo di accordi⁸⁵.

Non casualmente, la dottrina che riteneva preferibile una ricostruzione del regime del fenomeno in termini induttivi giungeva a diverse conclusioni, ribadendo gli orientamenti guicciardiani in ordine alla generale ammissibilità della transazione⁸⁶.

È indicativo della difficoltà di superare i condizionamenti della tradizione il tentativo classificatorio di Ferrari, che distingueva, nel solco di Guicciardi, i contratti di transazione dagli atti bilaterali transattivi.

Mentre i primi, aventi ad oggetto questioni patrimoniali, erano a tutti gli effetti dei contratti riconducibili alla disciplina del Codice civile⁸⁷, i secondi erano provvedimenti con funzione transattiva, integrati da accordi pregressi fra le parti, in forza di un'applicazione analogica delle previsioni dell'art. 11 della l. n. 241/1990⁸⁸.

Da tali premesse non si traevano, tuttavia, significative conseguenze in ordine alla disciplina del provvedimento con funzione transattiva, sia in rapporto alla compatibilità del modello del Codice civile con la disciplina dell'art. 11, sia con riferimento alla più specifica questione della stabilità dell'assetto di interessi delineato⁸⁹. Si sottostimava, parimen-

⁸⁵ In tal senso possono cogliersi anche le critiche di L. FORMENTIN, *op. cit.*, 315 ss.

⁸⁶ Cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, 3; simile la tesi di L. FORMENTIN, *op. cit.*, 315 s.

⁸⁷ Le uniche eccezioni erano rappresentate, in tal caso, dalle norme procedurali applicabili alla formazione della volontà amministrativa, in termini analoghi alla disciplina della trattativa privata. Cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, 3.

⁸⁸ Cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, 7, secondo il quale l'art. 11 della l. n. 241/1990 andava inteso come «dato rafforzativo» delle conclusioni cui l'A. era pervenuto affermando la natura bilaterale (non contrattuale) delle transazioni pubblicistiche.

⁸⁹ Nei confronti della tesi in esame valgono, quindi, i medesimi avvertimenti di P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 871, che, in questo caso, dimostrerebbero l'insussistenza di una transazione di diritto pubblico, in contrasto con l'obiettivo dello stesso Ferrari. L'A. non riesce, quindi, a dimostrare la fonte della facoltà di transigere, il che potrebbe comunque giustificare un rinvio all'originaria tesi di Miele circa l'ammissibilità di contratti di diritto pubblico in tutte le ipotesi in cui non sussista riser-

ti, la possibilità di configurare forme di composizione negoziale della lite che non si articolavano nello schema dell'accordo integrativo del provvedimento, nei termini già emersi nella prassi⁹⁰.

Lo stesso Ferrari riconosceva, al riguardo, come l'art. 11 della l. n. 241/1990 fosse una norma di riconoscimento di accordi procedurali transattivi, ma per tale via si finiva per assorbire il problema della transazione di diritto pubblico in quello dell'autotutela consensuale, aprendo la questione dell'individuazione della fonte di una più ampia facoltà di transigere, comunque postulata in premessa.

Alla fine degli anni Novanta, la dottrina più aperta alla ricostruzione consensualistica della fattispecie transattiva si trovava, pertanto, in una situazione di perdurante stallo. Ove si fosse ricostruito l'intero fenomeno secondo gli schemi qualificatori del diritto privato, si sarebbe dovuta giocoforza escludere l'ammissibilità di transazioni pubblicistiche; ove si fossero ammesse le transazioni di diritto pubblico, sarebbe rimasta aperta la questione del loro fondamento normativo⁹¹.

Su queste discusse premesse intervenivano gli studi dedicati al tema all'inizio del nuovo secolo, riconducibili principalmente a due contributi di Greco⁹², oltre che ad ulteriori scritti di D'Orsogna⁹³ e Ligugnana⁹⁴.

La tesi di Greco muove da un'ulteriore rivisitazione del pensiero di Guicciardi, per riconoscere l'ammissibilità di transazioni di diritto pub-

va di provvedimento. Allo stesso modo non si spiega, per quanto più interessa, quale rapporto intercorra fra disciplina del Codice civile e normazione amministrativa in ordine alla definizione del regime giuridico dei negozi bilaterali transattivi.

⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

⁹¹ La stessa dottrina che profilava, a questo riguardo, la necessità di superare le dicotomie tradizionali – fra transazioni su controversie di diritto privato o di diritto pubblico – ometteva comunque di individuare una convincente base giustificativa della facoltà di transigere anche rispetto a tale tipo di liti, non essendo sufficiente, allo scopo, né il riferimento alla capacità giuridica generale della p.a., né all'art. 11 della l. n. 241/1990. La tesi qui criticata si deve a L. FORMENTIN, *op. cit.*, 318 s.

⁹² Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 223 ss.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 93 ss.

⁹³ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.* 198 ss.

⁹⁴ Cfr. G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 1 ss.

blico, ferma restando la piena facoltà di transigere su liti aventi ad oggetto questioni patrimoniali⁹⁵.

Rovesciando l'impostazione di Chirulli e Stella Richter, e generalizzando la tesi di Ferrari, Greco riteneva, infatti, che l'art. 11 della l. n. 241/1990 non si limitasse a disciplinare gli accordi procedurali, ma fosse qualificabile come norma di principio sulla negoziabilità del potere pubblico, anche nelle forme della transazione amministrativa⁹⁶.

Nella prospettiva di Greco, tuttavia, l'art. 11 operava sia come norma ricognitiva dell'ammissibilità del negozio, che come norma sulla disciplina degli accordi transattivi⁹⁷. L'esigenza di comporre la lite avrebbe rappresentato, in tale prospettiva, la causa dell'accordo procedimentale, legittimando, per tale via, la sua stipulazione⁹⁸.

Sotto il profilo strutturale, l'accordo transattivo delineato da Greco implicava l'incontro fra la valutazione autonoma del privato e la decisione discrezionale della p.a., in termini analoghi a quanto previsto dal § 55 *VwVfG*. La ponderazione discrezionale della p.a. comportava, pertanto, un bilanciamento fra l'interesse primario sotteso alla norma attributiva del potere con gli interessi secondari correlabili, per entrambe le parti, all'esigenza di comporre la lite⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, 228 ss. ID., *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 96 ss.

⁹⁶ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 227; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 103 ss., con riferimento alla tesi generale espressa in ID., *Accordi amministrativi*, cit., 80 ss.

⁹⁷ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 247 ss., specie 251 ss.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 103, dove si afferma come nell'ordinamento italiano una transazione di questo genere si possa «concepire *solo* all'interno della figura degli accordi amministrativi (ex art. 11 l. n. 241/1990, ma anche ex art. 15)». Corsivo aggiunto. In tale secondo contributo è esplicito il tentativo di assimilare la disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 a quella del § 55 *VwVfG*, assorbendo nella fattispecie contemplata dalla legge sull'attività amministrativa sia le previsioni del § 54 che del § 55 *VwVfG*. L'operazione ermeneutica, come meglio si chiarirà subito *infra*, appare di dubbia ammissibilità.

⁹⁸ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 250.

⁹⁹ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 252. Analoga valutazione, sempre secondo l'A., non sarebbe richiesta ai fini della stipulazione di contratti di transazione aventi ad oggetto questioni puramente patrimoniali, in considerazione del fatto che – per quanto disciplinata dai principi della pubblica evidenza e della necessaria esterna-

Le conseguenze applicative della proposta ricostruttiva formulata da Greco riguardavano anche il regime dell'accordo procedimentale transattivo, al quale si applicavano le previsioni dell'art. 11, comma 2, della stessa l. n. 241/1990¹⁰⁰.

Nella prospettiva dell'Autore, ne derivava che molte disposizioni del Codice civile relative al contratto di transazione non sarebbero state applicabili agli accordi transattivi: sia perché non si sarebbe trattato di norme di principio, nei termini indicati dall'art. 11, comma 2; sia perché la disciplina codicistica non sarebbe stata compatibile con struttura e regime degli accordi transattivi¹⁰¹.

A tali accordi non sarebbero state applicabili, in particolare: le disposizioni dell'art. 1965, comma 2, c.c., in ordine alla transazione mista¹⁰²; le disposizioni dell'art. 1969 c.c., che vietano l'annullamento del contratto per errore di diritto¹⁰³; le previsioni dell'art. 1974 c.c., che dispongono l'annullabilità della transazione rispetto ad una lite già decisa con sentenza passata in giudicato¹⁰⁴; le previsioni dell'art. 1976 c.c.

zione della scelta di transigere – la decisione della p.a. risulterebbe, in tal caso, espressiva di una volontà contrattuale. Gli stessi atti prodromici alla stipulazione del contratto, secondo l'A., *ivi*, 233, sarebbero qualificabili come atti di evidenza pubblica c.d. interna, in quanto esaurirebbero i propri effetti nella formazione e stipulazione del contratto.

¹⁰⁰ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 253 ss.

¹⁰¹ Cfr. ancora una volta G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 254.

¹⁰² Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 258, a fronte del rilievo per cui una transazione avente ad oggetto rapporti diversi da quello controverso non sarebbe compatibile con i limiti della discrezionalità che connotano gli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990: gli unici interessi da prendere in considerazione rispetto alla soluzione transattiva della lite dovrebbero essere «attinenti alla fattispecie del potere esercitato».

¹⁰³ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 254, secondo il quale l'errore di diritto renderebbe illegittima la stessa determinazione a contrarre della parte pubblica, con conseguente annullabilità del provvedimento, nei termini stabiliti dall'art. 113 Cost. In termini più generali, l'illegittimità della determinazione a contrarre non priva la p.a. del potere di disporre l'annullamento d'ufficio, né eventuali terzi della facoltà di agire per l'annullamento dell'atto innanzi al giudice amministrativo. Non è escluso che l'azione possa essere proposta dalla controparte privata, ove l'errore di diritto della p.a. abbia inciso sulla scelta di transigere della prima.

¹⁰⁴ Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 254 s., con riferimento alla possibilità di transigere anche a seguito del passaggio in giudicato di una sentenza, qualora permangano dei dubbi in ordine alle modalità di esecuzione della pronuncia, anche in rapporto

in ordine al divieto di risoluzione della transazione novativa per inadempimento¹⁰⁵.

L'effetto finale di questa ricostruzione è di giustificare, sul piano sistematico, il differente trattamento giuridico dei contratti di transazione conclusi dalla p.a. in regime di diritto comune (salve eventuali deroghe) da quello degli accordi transattivi di diritto pubblico¹⁰⁶.

La dottrina successiva ha sviluppato questa impostazione, mettendo paradossalmente in rilievo alcune ambiguità e debolezze.

Si deve fare riferimento alla ricostruzione profilata da D'Orsogna, che, pur muovendo dall'assunto per cui le transazioni amministrative ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 11 della l. n. 241/1990, giungeva a diverse conclusioni in ordine al loro regime giuridico ed al rapporto con il modello previsto dal Codice civile¹⁰⁷.

Rispetto alla tesi di Greco, questa proposta ricostruttiva muoveva dal presupposto per cui ogni accordo transattivo dovesse essere conforme al modello del Codice civile, attribuendo alla composizione negoziale una stabilità maggiore di quella prevista per i normali accordi procedimentali¹⁰⁸.

agli effetti conformativi "aperti" della sentenza di annullamento o di determinate sentenze di accertamento e condanna.

¹⁰⁵ La conclusione sarebbe giustificata, sempre secondo G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 254, dal fatto che l'accordo transattivo non determina l'esaurimento del potere giuridico della p.a. in ordine alla conformazione del rapporto litigioso. Ne deriva che, in caso dell'inadempimento di controparte, ben potrebbe l'amministrazione disporre del rapporto originario, determinando la sua reviviscenza. Sarebbero per tale via superati i dubbi di P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 870.

¹⁰⁶ Deroghe attinenti, nella prospettiva dell'A., alle modalità di formazione della volontà amministrativa ed alle norme procedurali da seguire ai fini della scelta di transigere, che rimane comunque assimilabile ad un atto negoziale, salva la necessità di chiarire le ragioni di convenienza economico-giuridica e di proporzionalità alla base della scelta. Cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 232 s.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit., 96 ss.

¹⁰⁷ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 202 ss.

¹⁰⁸ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 213 ss., dove si osserva come in tutti i casi «la transazione conserva la sua natura contrattuale: rimane cioè "fedele" a sé stessa, ricadendo pienamente ed esclusivamente nel paradigma civilistico». Nel testo, si fa riferimento tanto ad ipotesi relative a liti inerenti a rapporti di diritto ed obbligo, quanto a liti

In particolare, se si postulava che l'interesse pubblico perseguito in concreto dalla p.a. nel momento della stipulazione dell'accordo fosse rappresentato dall'opportunità di transigere – intesa come scelta preferibile alle alternative possibili – ne derivava che la disciplina dell'accordo dovesse essere ricostruita in rapporto a tale esigenza di stabilità, comune alle parti¹⁰⁹. Ciò implicava, in concreto, la possibilità di intervenire sul rapporto nascente dalla transazione unicamente attraverso facoltà previste dal Codice civile, senza margini per l'esercizio di potestà di riesame fondate sulla rivalutazione unilaterale dell'originario interesse a transigere¹¹⁰.

Restava ferma, in questa prospettiva, la necessità di combinare la disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 con quella del Codice civile, ma l'analisi doveva articolarsi sulla base di valutazioni di ordine casistico, legate alle peculiarità della singola fattispecie ed alle caratteristiche degli interessi concretamente coinvolti¹¹¹. Va da sé che si rischia di frammentare ulteriormente la disciplina del fenomeno, contro le aspirazioni sistematizzanti delle tesi volte a ricondurre gli accordi transattivi alla disciplina dell'art. 11.

Se ne ha conferma anche in riferimento al successivo contributo di Ligunana, che bene evidenzia come, a partire dalla medesima premes-

nascenti dall'esercizio di funzioni amministrative idonee ad incidere su posizioni di interesse legittimo.

¹⁰⁹ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 220 ss., che distingue la propria posizione da quella di Greco, rifiutando l'assunto per cui la composizione del conflitto sarebbe un interesse secondario rispetto a quello perseguito dalla p.a., ritenendo, al contrario, che esso sia elemento idoneo a definire la causa concreta dello stesso negozio giuridico. Ciò deriva da una concezione realistica del procedimento decisionale della p.a. – anche ai fini della stipulazione dell'accordo procedimentale – in forza della quale l'interesse ad accordarsi (*recte*: a transigere) rimane il frutto di una determinazione concreta della parte pubblica, ed appare, dunque, idoneo a condizionare la stessa struttura dell'accordo procedimentale.

¹¹⁰ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 223. Viceversa, sarebbero ammissibili interventi di riesame – attraverso il recesso previsto dall'art. 11 della l. n. 241/1990 – a fronte di circostanze sopravvenute o sulla base di elementi ignorati dall'amministrazione al momento della stipulazione dell'accordo.

¹¹¹ Cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 224. Non risulta esplicita, nella ricostruzione proposta, la concreta ricaduta della teorizzazione rispetto al quadro delineato da Greco.

sa teorica, si possa giungere ad opposte conclusioni in ordine al regime giuridico del fenomeno¹¹².

In tal caso, ammessa la possibilità di ricondurre le transazioni su questioni pubblicistiche alla disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990, si dubitava che la disciplina del recesso prevista per gli accordi procedurali fosse compatibile con la funzione transattiva del negozio¹¹³. Si cercava, pertanto, di trovare un punto di equilibrio fra fisiologica instabilità dell'accordo procedimentale ed esigenze di certezza giuridica sottese alla transazione, limitando il recesso alle ipotesi in cui esso fosse stato pattuito a favore di una o di entrambe le parti¹¹⁴.

Le difficoltà interpretative che portavano la dottrina esaminata a conclusioni difformi in ordine al regime degli accordi appaiono senz'altro indicative del problema di fondo rappresentato dalla difficoltà di armonizzare la perdurante specialità dell'accordo procedimentale con il modello civilistico della transazione¹¹⁵.

Si reputa, tuttavia, che tale conseguenza non sia altro che un corollario del difetto di impostazione che caratterizza tutti i tentativi di ricondurre le transazioni pubblicistiche alla disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990. Tale ricostruzione è inficiata, a monte, dalla scelta di giustificare la soluzione consensuale di tutte le liti derivanti dall'esercizio di potestà pubblicistiche mediante il richiamo alle disposizioni in materia di accordi procedurali¹¹⁶.

Specie in rapporto all'elaborazione di Greco, la tesi in esame muove dall'intento di attribuire all'art. 11 della l. n. 241/1990 una funzione

¹¹² Cfr. G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 14 ss., che si segnala per il tentativo di valorizzare la rilevanza della transazione quale esito della partecipazione al procedimento amministrativo e di un effettivo contraddittorio fra le parti.

¹¹³ Cfr. sempre G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 26 ss.

¹¹⁴ Cfr. G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 27. Viceversa, si sostiene la possibilità di annullare d'ufficio la determinazione a contrarre, con prevalenza delle previsioni dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 sull'art. 1969 c.c.

¹¹⁵ Il problema è avvertito, in particolar modo, dalla stessa G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 30 ss.

¹¹⁶ Alcune critiche sono state profilate in A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 241 ss. e vengono qui sviluppate.

analoga a quella ricoperta, nell'ordinamento tedesco, dai §§ 54 e 55 *VwVfG*¹¹⁷.

Mediante questa analogia si rischia, però, di attribuire all'art. 11 della l. n. 241/1990 una portata che trascende la disciplina degli accordi procedurali, determinando una sovrapposizione fra il tipo negoziale disciplinato dal legislatore italiano e la transazione¹¹⁸.

Anche senza prendere posizione in ordine alle questioni sollevate dall'interpretazione degli istituti richiamati dall'art. 11¹¹⁹, preme rilevare come si tratti di strumenti funzionali a risolvere il conflitto economico-sociale sotteso all'esercizio delle potestà discrezionali della p.a., e non le liti in senso tecnico-giuridico¹²⁰.

Si deve infatti osservare come la legge concepisca tale strumento quale tecnica di esercizio 'negoziato' del potere, in un'ottica compatibile con la progressiva emersione della consensualità amministrativa¹²¹. Ammessa una concezione della discrezionalità amministrativa come tecnica di riduzione del conflitto economico-sociale connaturato al pluralismo istituzionale e valoriale dell'ordinamento¹²², l'accordo opera come tecnica di corresponsabilizzazione del privato rispetto al bilan-

¹¹⁷ Cfr. in particolare G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 243 ss.

¹¹⁸ Contro la generalizzazione della disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 cfr. M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo*, cit., 74 ss.

¹¹⁹ Si sono già richiamati *supra*, cap. I, par. 4, gli essenziali contributi in materia. Basti qui rammentare le questioni inerenti alla natura contrattuale o meno degli accordi, alla possibilità di ricondurre il contratto alla disciplina di diritto comune o speciale, alla distinzione fra le tipologie di accordi ed al rapporto fra accordo procedimentale ed esercizio della funzione amministrativa, specie in ordine ai principi di tipicità e nominatività del provvedimento. Questioni ulteriori attengono all'esecuzione dei contratti, come pure ai rimedi valevoli a fronte dell'inadempimento dell'una o dell'altra parte.

¹²⁰ Solo in tal senso sembra possibile attribuire all'art. 11 della l. n. 241/1990 la portata generale che gli conferisce una parte della dottrina: cfr., ad es., N. AICARDI, *op. cit.*, 24 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 54, nonché *supra*, cap. I, par. 4.

¹²¹ Cfr. ampiamente *supra*, cap. I, par. 4.

¹²² In questa chiave di lettura, che appare sociologica, prima ancora che giuridica, si reputa attuale l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., specie 75 ss., ribadito in ID., *Il pubblico potere*, cit., 124 ss. Ma, sul punto, risultano anticipatorie anche le osservazioni di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 154.

ciamento degli interessi in gioco ed alla determinazione dell'interesse concreto¹²³.

Proprio questo assunto evidenzia l'incompatibilità della disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 con struttura, funzione ed effetti delle transazioni prettamente intese. Il regime degli accordi procedimentali appare, infatti, coerente con la necessità di rendere evidente il modo in cui si sono ponderati interessi pubblici e privati sottesi alla scelta discrezionale, riservando alla p.a. alcuni margini di riesame dell'accordo, ove imposti da ragioni di opportunità e sopravvenienze. Ciò determina, nondimeno, una tendenziale instabilità del negozio, strutturalmente incompatibile con le finalità della transazione, quale contratto finalizzato a risolvere stabilmente la lite¹²⁴.

Va poi aggiunto come il tentativo di ricondurre le transazioni amministrative alla disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 contrasti con le stesse modalità di emersione pratica del fenomeno. Se, infatti, l'accordo rappresenta pur sempre un momento incidentale del procedimento¹²⁵, le transazioni stipulate dalla p.a. costituiscono, semmai, la conclusione di

¹²³ Con il concetto di corresponsabilizzazione si indica la partecipazione dello stesso privato all'esercizio delle responsabilità funzionali che connotano l'azione amministrativa nell'attuale contesto ordinamentale: sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 256.

¹²⁴ Si rinvia a quanto già osservato *supra*, cap. I, parr. 4 e 5.

¹²⁵ Deve sempre considerarsi, al riguardo, come l'accordo rappresenti – sul piano positivo e sistematico – una modalità di conclusione del procedimento amministrativo avviato non al fine della soluzione di una lite, quanto allo scopo di garantire la concreta attuazione dell'interesse pubblico contemplato dalla norma attributiva del potere, o comunque individuabile sulla base del bilanciamento di interessi che caratterizza la fattispecie discrezionale: basti qui rinviare a G. FALCON, *Lezioni*, cit., 111 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo*, cit., 135 ss. Nella dottrina recente, cfr. pure A. MOLITERNI, *op. cit.*, 444 s., il quale correttamente evidenzia come l'accordo procedimentale ex art. 11 della l. n. 241/1990 sia finalizzato ad ottenere il consenso del privato in alternativa al perdurante esercizio unilaterale della funzione amministrativa: rispetto al tema in esame, ciò potrebbe addirittura portare ad escludere la natura dell'accordo quale atto con (mera) funzione transattiva, dato che esso si pone come alternativa al provvedimento discrezionale, e non quale alternativa alla composizione eteronoma della lite.

autonome trattative, che si sviluppano a fronte di una lite pregressa, anche al di fuori del procedimento configurato dalla l. n. 241/1990¹²⁶.

Resta tuttavia da verificare se l'accordo procedimentale possa assumere una funzione transattiva nell'ambito di un esercizio consensuale delle potestà di autotutela della p.a.¹²⁷. In tal senso, le tesi che valorizzano la disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990 finirebbero per congiungersi all'originaria teoria di De Valles e dello stesso Guicciardi, per i quali le transazioni di diritto pubblico potevano assumere unicamente le forme dell'atto di riesame, emanato sulla base di pregressi accordi informali fra le parti¹²⁸.

Anche questa ipotesi non può essere condivisa. Occorre considerare le caratteristiche degli atti di riesame potenzialmente integrati dalla patuizione.

Nel caso in cui gli atti abbiano efficacia conservativa, determinando la sopravvivenza dell'atto in cui si sostanzia l'originaria pretesa della p.a., non sussistono margini per assimilare tale attività ad una transazione: si pensi all'ipotesi guicciardiana della conferma onerosa¹²⁹. Affermare la validità dell'atto equivale a ribadire la fondatezza della pretesa originaria della p.a., escludendo l'esistenza di una 'concessione' ai sensi dell'art. 1965 c.c.: qualora la concessione si sostanziasse nel pagamento di una somma di danaro contro la rinuncia al ricorso, la causa del negozio non sarebbe propriamente transattiva, ma si tradurrebbe in una liberalità ingiustificata a favore della controparte¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. ampiamente *supra*, cap. II, par. 4 e 5.

¹²⁷ Sull'autotutela consensuale, cfr. *supra*, cap. I, par. 4.

¹²⁸ La rilevanza dell'accordo informale è sottolineata soprattutto da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 124 ss., nel momento in cui si scinde la dimensione effettuale della transazione (come accordo sulla composizione della lite) dalla sua qualificazione legale (come atto unilaterale la cui efficacia è subordinata all'accettazione della controparte).

¹²⁹ Un'altra ipotesi potrebbe essere rappresentata dalla convalida del provvedimento illegittimo, anche mediante integrazione della motivazione, contro la rinuncia alle pretese risarcitorie della controparte. Sul punto, cfr. G. FALCON, *Lezioni*, cit., 196.

¹³⁰ Per tali ragioni non sembra accettabile la ricostruzione dello stesso E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 95 ss., anche in rapporto a quanto osservato *supra*, par. 2: si aggiunga come la conclusione valga anche per la convalida, ove si rammenti come essa abbia ad oggetto vizi che non incidono sul contenuto dispositivo del provvedimento, ossia sulla fondatezza della pretesa della p.a. Sul piano comparato, l'illiceità di questa

A fronte di atti di riesame ad esito eliminatorio, occorre distinguere le questioni relative all'annullamento d'ufficio ed alla revoca.

L'annullamento d'ufficio implica il riconoscimento dell'illegittimità dell'atto e dell'infondatezza dell'originaria pretesa della p.a.¹³¹: si tratta di un fenomeno speculare a quello appena considerato. Tale attività non ha il carattere dispositivo che caratterizza la transazione, ma si risolve in un accertamento che anticipa gli effetti di una possibile sentenza di annullamento dell'atto e di condanna della p.a., nel quadro remediale attualmente previsto dagli artt. 30 e 34 c.p.a., mitigandone le conseguenze patrimoniali a carico della p.a.¹³².

In tale frangente, si potrebbe ipotizzare una transazione attraverso con cui la p.a. paghi una somma forfettaria alla controparte, in cambio della rinuncia alla prosecuzione del giudizio per l'accertamento di pretese risarcitorie derivanti dall'illegittimità dell'atto soggetto a ritiro, nei termini degli artt. 30 e 34 c.p.a.¹³³. Che si sia di fronte ad una transazio-

soluzione trova conforto nella giurisprudenza *Mergui*, che, almeno in Francia, ha evidenziato non tanto l'inammissibilità di transazioni di diritto pubblico – poi variamente emerse nella prassi – quanto l'incompatibilità fra tale istituto ed il fenomeno della rinuncia a ricorrere in cambio del pagamento di somme di danaro da parte della p.a. Una transazione di tal sorta potrebbe essere rilevante anche sul piano penale, nel caso in cui la rinuncia al ricorso – ancorché parzialmente compensata dalla dazione di somme di danaro o altra utilità – sia funzionale non solo alla tutela degli interessi della p.a., ma anche degli interessi personali dei singoli amministratori, mediante dazioni a loro favore. Non è raro che fenomeni di tal sorta, anche al di fuori dello schema transattivo, comportino imputazioni per il reato di concussione, ai sensi dell'art. 317 c.p.: cfr. Cass. pen., sez. VI, 14.1.2008, n. 1699; Cass. pen., sez. VI, 22.6.2006, n. 21991.

¹³¹ Si consideri il caso di un diniego di permesso in deroga o di altra autorizzazione discrezionale, impugnato tempestivamente con contestuale richiesta di risarcimento dei danni patiti dalla società richiedente. Va da sé che, nel caso in cui siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento o per agire mediante azione autonoma di risarcimento del danno, verrebbe meno la stessa sussistenza della lite attuale o potenziale ai sensi dell'art. 1965 c.c.

¹³² Lo stesso E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 98 ss., riteneva correttamente che il ritiro del provvedimento illegittimo fosse incompatibile con lo schema transattivo, in considerazione dell'accertata illegittimità dell'atto.

¹³³ Sul concetto di 'integrazione' dell'effetto, ai sensi dello stesso art. 11 della l. n. 241/1990, cfr. M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo*, cit., 75 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 258 ss.

ne appare indubbio, ma il negozio non è qualificabile come un accordo 'integrativo' degli effetti del provvedimento di ritiro, quanto come un patto – concettualmente separabile dall'annullamento – con cui le parti regolano le possibili conseguenze patrimoniali derivanti dalla illiceità dell'originario provvedimento, in luogo della pronuncia del giudice¹³⁴.

Per quanto concerne la revoca di un provvedimento impugnato dalla controparte, occorre sottolineare come l'interruzione dei suoi effetti non incida sulla sua originaria validità e, dunque, sulla fondatezza delle pretese originariamente contenute in esso¹³⁵. Eventuali accordi possono avere ad oggetto la rinuncia al ricorso – per profili risarcitori connessi all'esecuzione dell'atto revocato –, ma, pure in tal caso, la qualificazione della transazione fuorisce dallo schema dell'accordo integrativo del contenuto dispositivo dell'atto di riesame, avendo ad oggetto gli effetti patrimoniali dell'atto soggetto a ritiro¹³⁶.

Sembra infine difficile profilare accordi transattivi in sostituzione dei provvedimenti di riesame, posto che la rimozione dell'atto deve necessariamente seguire le forme tipiche degli artt. 21 *quinquies* e *nonies* della l. n. 241/1990, in assenza di atti unilaterali di diritto privato

¹³⁴ Si assume che gli effetti costitutivi dell'annullamento abbiano ad oggetto l'atto in quanto illegittimo, non in quanto illecito. Si tratterebbe, dunque, di accordi 'paralleli' al procedimento, un tempo riferiti alla categoria dell'accordo officioso: cfr. N. AICARDI, *op. cit.*, 37 s. Anche in tal caso, il raffronto con le soluzioni elaborate in Francia appare indicativo, considerando come oltralpe non sia vietato transigere sulle conseguenze patrimoniali dell'attività illegittima della p.a., che rimane tuttavia estranea all'oggetto della transazione. Nell'ordinamento italiano, come ampiamente osservato, la transazione può avere ad oggetto l'illegittimità dell'atto – come del resto evidenzia anche l'evoluzione della disciplina francese – ma, ai fini che qui interessano, lo strumento attraverso cui giungere a tale risultato non è l'accordo procedimentale integrativo dell'atto di riesame.

¹³⁵ Si consideri il caso di un diniego di concessione di plateatico, impugnato dal destinatario con contestuale richiesta di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. La sua revoca, nelle more del giudizio, potrebbe essere accompagnata da un accordo in forza del quale la controparte rinuncia a far valere la pretesa risarcitoria relativa ai danni comunque patiti dal ricorrente.

¹³⁶ Come per l'annullamento d'ufficio, anche in tal caso l'accordo non ha ad oggetto gli effetti della revoca in sé considerata, quanto le questioni inerenti all'illecito nascente dall'emanazione dell'atto oggetto di revoca.

fungibili rispetto ad essi ed in considerazione della perdurante rilevanza del principio del *contrarius actus*¹³⁷.

Da quanto osservato emergono non solo la generale difficoltà di impostare una ricostruzione teorica della transazione amministrativa sulla base dell'art. 11 della l. n. 241/1990, ma anche la concreta impossibilità di attribuire piena rilevanza transattiva alla c.d. autotutela consensuale.

Ne discende la necessità di reimpostare l'analisi su differenti basi teoriche, in forza delle quali il fondamento giuridico della transazione amministrativa possa essere individuato in fenomeni irriducibili alle potestà di autotutela dell'amministrazione ed alla generica amministrazione consensuale, cui possono ricondursi le più recenti proposte teoriche.

4. Una rivisitazione del fenomeno: la rilevanza dell'operazione transattiva

Il limite di tutte le tesi considerate è di postulare una distinzione fra contratti di transazione su rapporti di diritto privato ed accordi transattivi su rapporti di diritto pubblico. Profilata in origine da Cammeo, e seguita da De Valles e Guicciardi, questa differenziazione ha successivamente condizionato l'analisi teorica dell'istituto, con la sopravvivenza dell'impostazione originaria rispetto ai mutamenti del diritto positivo e del sistema istituzionale¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo*, cit., 75; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 255 ss. Anche ammettendo la sussistenza di un accordo, questo avrebbe comunque ad oggetto un accertamento della legittimità o illegittimità della pretesa originaria, limitandosi a disciplinare gli effetti patrimoniali della pretesa illecita.

¹³⁸ Si tratterebbe, dunque, di un fenomeno di persistenza, e trascinarsi, di distinzioni maturate nel contesto dello Stato liberale nell'ambito dell'attuale esperienza giuridica. Sui rischi sottesi all'utilizzo di concettuologie elaborate in differenti contesti, e dunque non sempre idonee a classificare e qualificare fenomeni reali sopravvenuti, cfr. A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico* (1998), in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 189 ss.; R. ORESTANO, *op. cit.*, 402 ss. Con specifico riferimento alle problematiche di diritto amministrativo, cfr. E. CASSETTA, *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV,

La duplicazione dei tipi non trova, tuttavia, una specifica giustificazione normativa. Essa non ha, inoltre, una reale efficacia euristica, posto che il ragionamento tipologico può essere utile fintantoché implichi l'individuazione di un'univoca fattispecie intermedia fra fatti e norme¹³⁹.

Il tratto caratteristico di queste tesi va individuato nella premessa per cui transazioni su questioni patrimoniali o inerenti a funzioni amministrative sarebbero fenomeni distinti e, dunque, suscettibili di un diverso trattamento normativo¹⁴⁰.

Proprio questo presupposto va messo in discussione, anche in rapporto a quanto emerso nella parte iniziale del lavoro. Si è già visto, al riguardo, come la peculiarità della 'lite' non derivi dalla qualità dei soggetti che ne sono parte o dall'oggetto del conflitto, quanto dalla di-

Milano, 1996, specie 745 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., 67 ss.; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 1105 ss.

¹³⁹ Sull'argomentazione tipologica, e la stessa definizione del tipo quale entità unitaria intermedia fra fatti e norme, cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, cit., 133 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo*, 121 ss.; A. KAUFMANN, *Analoga e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo* (II ed., 1982), trad. it., Napoli, 2004, 61 ss.; G. ORRÙ, *I criteri extralegali*, cit., 83 ss. Recentemente, il tema è ripercorso da C.B.N. CIOFFI, *Classe concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, specie 209 ss.

¹⁴⁰ I prodromi del fenomeno sono attentamente individuati, nell'ordinamento italiano, da A. BENEDETTI, *op. cit.*, 49 s., in rapporto alla più generale necessità di distinguere l'ambito del diritto privato da quello del diritto pubblico ad opera della dottrina della fine del XIX sec. Con riferimento alle transazioni della p.a., cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 203 ss. Come emerso anche *supra*, cap. III, par. 2, si tratta di un elemento comune all'ordinamento francese, in cui la distinzione era funzionale sia ad escludere la transigibilità di determinate categorie di controversie, che ad ascrivere la disciplina delle transazioni al diritto comune, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Anche in sistemi processuali monistici – come quello spagnolo – la distinzione conserva una propria rilevanza sostanziale, al fine di giustificare una serie di deroghe alla disciplina di diritto comune potenzialmente applicabile ad ogni transazione. È significativo il fatto che tale distinzione non sia avvertita nell'ordinamento tedesco, per quanto i §§ 54, 55 e 59 *VwVfG* finiscano per tratteggiare una disciplina parzialmente derogatoria rispetto ai normali contratti e rispetto alla transazione prevista dal *BGB*.

sciplina applicabile alla singola fattispecie, e pertanto, da elementi formali e strettamente positivi¹⁴¹.

La distinzione fra transazioni su questioni patrimoniali o questioni latamente pubblicistiche va, quindi, storicizzata, in rapporto agli scopi perseguiti dalla scienza giuridica di inizio Novecento¹⁴².

Nella sistemazione originaria di De Valles e Guicciardi, la dicotomia era funzionale a distinguere l'ambito applicativo del contratto di transazione da quello degli atti unilaterali con funzione transattiva, così da stabilire la linea di confine fra l'area di rilevanza del contratto e del provvedimento. Entrambi gli Autori applicavano al fenomeno tecniche argomentative maturate nell'ambito di un sistema in cui la distinzione fra diritto privato e pubblico era connessa al dualismo giurisdizionale ed al riparto fra g.o. (giudice del contratto) e g.a. (giudice del provvedimento)¹⁴³.

Il fondamento logico della dicotomia poteva essere messo in discussione nel momento in cui si riconobbe la piena rilevanza giuridica della consensualità amministrativa, tentando di darne una qualificazione sostanziale che precedeva le pur rilevanti questioni processuali sottese ad essa¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. ampiamente *supra*, cap. I, parr. 2 e 3, dove si è negato che le qualità delle parti o dell'oggetto della lite – specie se connesso all'attività amministrativa – possano, da sole, giustificare una disciplina differenziata e peculiare del fenomeno rispetto a quanto previsto dagli artt. 1965 c.c. ed alla comune litigiosità fra soggetti privati.

¹⁴² Sul rapporto fra ideologia e tecnica giuridica cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., 61 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 67 ss. Con specifico riguardo ai rapporti fra diritto pubblico e privato, cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio*, cit., 483 ss., nonché, circa i rapporti fra diritto pubblico e privato nella conformazione delle fattispecie contrattuali, M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 144 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 205 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 52 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 342 ss.; P. L. PORTALURI, *op. cit.*, 68 ss.

¹⁴³ Su queste vicende, con specifico riferimento alla posizione di Guicciardi, cfr. G. FALCON, *Norme di relazione*, cit., 1 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 30 ss. In termini generali, e con riferimento all'incidenza della dimensione processuale sulla ricostruzione del sistema amministrativo, cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (1964), in ID., *Scritti*, V, Milano, 2005, 229 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *op. cit.*, 269; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 303.

¹⁴⁴ Sulla rilevanza giuridica degli accordi di fatto e sulla conseguente necessità di dare, ad essi, una specifica qualificazione, cfr. F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*,

Questa differente chiave di lettura avrebbe potuto indurre la dottrina a riconoscere una tendenziale unitarietà del fenomeno, salvi gli adattamenti imposti dallo stesso diritto positivo. Un tentativo in tal senso di deve a Miele, ma esso rimase senza concreto seguito¹⁴⁵.

Nel dibattito successivo si è invece ribadita la rilevanza della dicotomia, riconducendola ad esigenze di carattere sostanziale, espressive di una perdurante distinzione fra diritto comune e speciale. Essa sembra fondarsi sulla perdurante influenza della distinzione amorthiana fra attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato, da cui discende quella fra contratto ed accordo procedimentale transattivo¹⁴⁶.

Si tratta, tuttavia, di un condizionamento che va contro l'originaria finalità della tesi, oltre che dell'attuale disciplina di legge.

La dicotomia elaborata da Amorth alla fine degli anni Trenta era, infatti, finalizzata ad individuare i criteri formali in forza dei quali distinguere il regime giuridico degli strumenti utilizzati dall'amministrazione

cit., 430 s. Va da sé che anche il concetto di 'patrimonialità' non appare del tutto probante ai fini della distinzione fra transazioni privatistiche e pubblicistiche: se è fermo il rilievo per cui l'art. 1321 c.c. subordina la stessa esistenza del contratto alla regolazione di rapporti patrimoniali, ciò non toglie che anche gli accordi amministrativi abbiano tale oggetto, dato che l'esercizio della funzione amministrativa incide pur sempre su posizioni giuridiche soggettive suscettibili di valutazione patrimoniale, ancorché in forza di una specifica disciplina. Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi*, cit., 12 ss.; G. MANFREDI, *Accordi*, cit., 100 ss. Sul versante civilistico, cfr. A. FEDERICO, *op. cit.*, 142 ss. Sulla necessità di ridimensionare il requisito della patrimonialità quale carattere distintivo dell'attività amministrativa, rispetto a quella tradizionalmente intesa come 'privatistica', cfr. già A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 295; diversamente F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 110, ma nell'ambito di una strategia argomentativa complessivamente volta a tracciare una distinzione fra contratto e pseudo 'contratto' di diritto pubblico, dove quest'ultimo poteva essere (teoricamente) utilizzato per rapporti non patrimoniali.

¹⁴⁵ Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 514.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, I. ed., cit., 201.

¹⁴⁶ Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 283 ss.; analoga distinzione è ribadita da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit. 22 ss. Con riferimento alle transazioni, cfr. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 203 ss.; il medesimo condizionamento può essere ravvisato, altrettanto espressamente, nella ricostruzione formulata da G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 225 ss.

nell'ambito della propria attività¹⁴⁷. Questo studio non postulava, pertanto, una distinzione concettuale fra contratto di diritto comune ed 'accordo', affrontando il diverso problema dell'incidenza delle previsioni di diritto speciale sulla disciplina del contratto¹⁴⁸.

Lo stesso diritto vigente non sembra giustificare la perdurante distinzione fra transazioni di diritto privato e pubblico, in rapporto ai principi stabiliti dall'art. 1, commi 1 e 1 *bis*, della l. n. 241/1990, oltre che dalle analoghe previsioni dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Da tali previsioni emerge la conferma della funzionalizzazione dei negozi bilaterali della p.a. alla legge¹⁴⁹, oltre che della necessità di veri-

¹⁴⁷ Cfr. sempre A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, 290 ss., con riferimento alla natura formale della distinzione, finalizzata a distinguere l'operatività degli istituti di diritto amministrativo dagli istituti di diritto comune utilizzabili da parte dell'amministrazione per il raggiungimento dei propri scopi istituzionali. Viceversa, la distinzione non avrebbe avuto carattere sostanziale, ossia, *ivi*, 293, non avrebbe implicato una reale differenza fra attività amministrativa di diritto pubblico o privato in rapporto alle finalità perseguite dalla p.a., impedendo, pertanto, di qualificare «come privata quell'attività compiuta dagli enti pubblici con intenti economici». Come noto, nella sistematica dell'A., *ivi*, 300 s., rimaneva uno spazio residuo per la c.d. attività privata delle pubbliche amministrazioni, preordinata all'accrescimento dei mezzi patrimoniali degli apparati: anche a prescindere dal rilievo per cui l'accrescimento dei mezzi patrimoniali della p.a. non ha mera rilevanza privatistica, trattandosi pur sempre di una dotazione, che, ai sensi dell'art. 97, comma 3, Cost. risulta indissolubilmente finalizzata al funzionamento dell'apparato pubblico, occorre avvertire come lo stesso A., *ivi*, 301, ritenesse il fenomeno tendenzialmente recessivo già alla fine degli anni Trenta, a fronte «del progressivo allargarsi della sfera delle finalità assunte come proprie dello Stato». Per una disamina critica del pensiero di Amorth, cfr., tra gli altri, G. FALCON, *Le convezioni*, cit., 53 ss. in nota e 102 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 75 ss., nonché A. BENEDETTI, *op. cit.*, 121 ss.

¹⁴⁸ Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 334 ss. Alle medesime conclusioni giungeva, all'inizio degli anni Novanta, anche G. OPPO, *op. cit.*, 29. In termini analoghi, fra i contributi degli ultimi due decenni, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., 454 ss.; C. MARZUOLI, *Pubblico, privato*, cit., 471 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*, cit., 661 ss. Sul versante privatistico, cfr. pure V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 212 ss.

¹⁴⁹ Si tratta di un assunto pacifico in dottrina, benché siano variabili le conseguenze che si traggono da tale generica premessa: cfr. A. BENEDETTI, *op. cit.*, 120 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 235 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 18 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 160; C. MARZUOLI, *Principio di*

ficare come le previsioni speciali applicabili alla p.a. introducano deroghe alla disciplina di diritto comune: esse non implicano, tuttavia, la necessità di distinguere, sul piano concettuale e strutturale, gli accordi transattivi aventi ad oggetto questioni suscettibili di valutazione patrimoniale e questioni relative all'esercizio di potestà amministrative¹⁵⁰.

La situazione tratteggiata rischierebbe di rimanere confinata sul piano meramente descrittivo se non si traessero, da essa, una serie di implicazioni in ordine alla definizione del regime della transazione amministrativa unitariamente intesa, specie per quanto concerne la questione inerente alle caratteristiche del negozio bilaterale concluso dalle parti al fine di superare la controversia.

In tale ottica, si reputa opportuno reimpostare l'indagine ponendo l'accento sulla rilevanza del contesto entro cui matura la decisione di transigere, rappresentato dalla lite quale presupposto dell'alternativa decisionale rappresentata dalla composizione autonoma o eteronoma della controversia¹⁵¹.

La scelta fra le possibili tecniche di composizione della lite è rimessa all'iniziativa delle parti, ancorché ciò avvenga sulla base di differenti ordini di interessi. Dal punto di vista del privato essa costituisce un'espressione del diritto di difesa, riconducibile all'art. 24 Cost.¹⁵²; dal

legalità, cit., 133 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1552 ss.; G. PERICU, *op. cit.*, 124 ss.; P. L. PORTALURI, *op. cit.*, 194 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 118 ss.

¹⁵⁰ Per specifici approfondimenti critici, cfr. A. MOLITERNI, *op. cit.*, 350 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 113 ss.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, cap. I, par 3. Tale alternativa discende, sul piano dello stesso diritto positivo, dalla coesistenza di diversi mezzi di composizione della lite, posti a disposizione delle parti e – per quanto maggiormente interessa – della stessa pubblica amministrazione: va da sé che la possibilità di transigere o meno andrà vagliata in rapporto alle circostanze del caso concreto, ad esempio nei termini attualmente stabiliti dall'art. 208 del Codice dei contratti pubblici (che qualifica la transazione come tecnica residuale rispetto alle altre *a.d.r.* introdotte dal legislatore). È dunque il diritto positivo a stabilire se l'interesse pubblico individuato, in concreto, dal funzionario agente possa essere tutelato, rispetto alla lite, mediante tecniche di composizione autonoma o eteronoma: cfr. già A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 310 ss.

¹⁵² L'assunto, riferibile anche all'ipotesi in cui la parte privata sia convenuta in giudizio, appare pacifico tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in rapporto alla posizione giuridica soggettiva che legittima ad agire il privato in quanto attore o in quanto

punto di vista dell'amministrazione, essa va ricondotta alla posizione istituzionale degli apparati rispetto al perseguimento degli interessi pubblici demandati alle loro cure, nei termini dell'art. 97 Cost.¹⁵³.

È evidente come non sia necessario, né decisivo, che tale scelta avvenga nell'ambito di un procedimento amministrativo strettamente inteso¹⁵⁴. Quest'ultimo, infatti, può costituire uno dei possibili momenti di emersione del conflitto, avente ad oggetto pretese radicate nella disciplina sostanziale che conforma l'attività delle parti e che precede la stessa apertura del procedimento¹⁵⁵.

ricorrente. In tal senso, ci si discosta dalla posizione di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 95 ss., essendo la conflittualità giuridica sempre intersoggettiva, ed essendo lo stesso interesse ad agire in giudizio finalizzato alla tutela di posizioni giuridico-soggettive individuali, e non di meri interessi di fatto tutelati in via riflessa. Sul punto cfr. F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 133 ss.

¹⁵³ Si tratta di interessi da cogliere nella loro concretezza, ossia in rapporto al singolo problema giuridico da risolvere, nei termini efficacemente indicati da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 74 ss. La stessa posizione dell'amministrazione come parte ricorrente (verso altra p.a.) o come parte attrice (verso altra p.a. o privato debitore, o comunque convenuto), oltre che come resistente o convenuta, rappresenta, infatti, la proiezione processuale della condizione istituzionale dell'apparato pubblico: questo è sempre titolare di una posizione di garanzia rispetto all'implementazione e tutela dell'interesse pubblico prestabilito dalla norma attributiva del potere, o comunque determinato sulla base di attività di concretizzazione ed attuazione della norma. Sul problema, poco affrontato in dottrina, cfr. l'impostazione del dibattito offerta da E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 153; M. NIGRO, *Considerazioni sulla parte pubblica del processo amministrativo* (1961), ora in *Id.*, *Scritti*, I, cit., specie 476 ss.; *Id.*, *La giustizia amministrativa*, cit., 230. Sotto altro profilo, cfr. pure F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 458 ss.; C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 240 ss.; L. MIGLIORINI, *Parti (dir. processuale amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.

¹⁵⁴ Si fa riferimento alla nozione formale di procedimento, avviato d'ufficio o su istanza di parte al fine di emanare un determinato provvedimento: cfr. per tutti R. VIL-LATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 578 ss., salvo il doveroso rinvio ad A. M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., *passim*.

¹⁵⁵ Sotto questo profilo, la lite in senso tecnico-giuridico potrebbe avere ad oggetto unicamente posizioni giuridiche individuate in forza delle norme primarie – o, nella prospettiva guicciardiana, di relazione – che stabiliscono i criteri di distribuzione di determinate utilità fra i membri dell'organizzazione giuridica, siano essi amministrazioni pubbliche o soggetti privati. Viceversa, la lite non potrebbe mai avere ad oggetto

Se il contesto in cui matura la scelta di comporre la lite non coincide con il procedimento, deve necessariamente concludersi come esso debba essere individuato in due differenti situazioni: con riferimento alla composizione eteronoma (mediante ricorso al giudice o ad altro organo preordinato allo scopo), nella scelta unilaterale della parte a cui spetta il potere di iniziativa processuale o giustiziale; con riferimento alla composizione autonoma (in via transattiva, per quanto interessa), nel diretto confronto fra le parti¹⁵⁶.

Tale confronto ha una specifica rilevanza giuridica, posto che si tratta di un'attività in grado di incidere su interessi che trascendono la posizione delle parti in lite, soggetta all'applicazione dei principi stabiliti dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990¹⁵⁷.

Dare una qualificazione giuridica al confronto è, pertanto, fondamentale al fine di stabilire i presupposti della transazione ed il rapporto che intercorre fra la composizione autonoma della lite e la posizione istituzionale dell'amministrazione come parte del conflitto.

il rispetto delle sole norme secondarie – o di azione – inerenti alle modalità di applicazione della norma primaria, in quanto la loro violazione dovrebbe essere sempre correlata all'incidenza che assumono sulla distribuzione delle singole utilità che le parti affermano ad esse spettanti. È in questa prospettiva che non si può ammettere, del resto, una giurisdizione amministrativa come pura giurisdizione di legittimità (in senso radicalmente oggettivo), posto che l'attività giurisdizionale non è dissociabile, nel nostro sistema giuridico, dall'affermata lesione di una posizione giuridica sostanziale del ricorrente (privato, sia essa diritto soggettivo o interesse legittimo), o, comunque, dalla lesione di una prerogativa della p.a. (ove ricorrente, o attrice).

¹⁵⁶ Su un piano generale, connesso alla possibilità di rinunciare all'esercizio unilaterale del potere amministrativo, cfr. N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 115 ss.

¹⁵⁷ Nella dottrina antecedente alla l. n. 241/1990, non si dubitava che qualunque modalità di azione degli apparati amministrativi incidesse su interessi pubblici, con la necessaria applicazione di un regime giuridico distinto da quello dei puri atti di autonomia privata: cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 296 ss.; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 24 ss., e, con ulteriori sviluppi, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 216, e successivamente M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 79 ss.; P. PORTALURI, *op. cit.*, 194 ss.

Si reputa, a questo proposito, che il confronto fra le parti possa essere qualificato alla stregua di una operazione transattiva, qui intesa come sottocategoria dell'operazione amministrativa¹⁵⁸.

Ove si ammetta che tale concetto indichi la sintesi delle attività finalizzate a garantire un risultato compatibile con l'interesse pubblico affidato all'amministrazione¹⁵⁹, si può individuare nell'operazione transattiva l'insieme delle attività poste in essere dai litiganti al fine di supera-

¹⁵⁸ La necessità di definire la disciplina dei contratti in rapporto al contesto di formazione delle scelte delle parti è riconosciuta dalla stessa dottrina privatistica, con riferimento al concetto di operazione economica: per una ricognizione del fenomeno, cfr. almeno E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID., *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, 18 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto* (2008), in ID. "Operazione economica" e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, 61 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 421 ss.; V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 217 ss. La moderna individuazione del concetto di operazione amministrativa si deve, invece, ad U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 196 s. Nella dottrina successiva, cfr. G. SALA, *Operazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, 318 ss.; F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 78 ss. Per ulteriori approfondimenti, cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2006, specie 67 ss.; L. GIANI, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove autonomie*, 2012, 204 ss.; utili spunti, seppure da differente angolazione, in G. COMPORI, *Il principio di unità funzionale*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *op. cit.*, 316. Va rammentato come, nell'ordinamento francese, fosse già emersa la c.d. teoria dell'operazione complessa, nei termini originariamente profilati dal CE, 19.2.1967, *Société des établissements Petitjean*, su cui cfr. M. DISTEL, *La notion d'opération administrative complexe*, in *Revue Administrative*, 1981, 370 ss.: in tale contributo si mette in luce, principalmente, l'utilità processuale della nozione, allo scopo di consentire l'impugnazione di atti presupposti al provvedimento finale anche a seguito del decorso del termine per la loro autonoma impugnativa.

¹⁵⁹ In tal senso sia la nozione proposta da F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 78, che gli sviluppi impressi da D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 183 ss.; L. GIANI, *op. cit.*, 200 ss. Non dissimile la concezione di operazione economica di E. GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 20; V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 218 s. È appena il caso di precisare come la nozione non possa coincidere con quella (formale) di procedimento amministrativo individuata dalla dottrina più tradizionale, descrivendo, semmai, una modalità di coordinamento di attività pubbliche e private al fine di conseguire un risultato giuridico unitario. Il fenomeno, quantomeno sul piano descrittivo, sembra semmai riconducibile ad una concezione lata di partenariato pubblico-privato, nei termini messi in luce da F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato*, in B. MARCHETTI, a cura di, *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, 16 ss.

re la lite mediante la fissazione di un comune assetto di interessi valevole per il futuro. Tale assetto sarebbe espressivo, a propria volta, di una mediazione fra interessi pubblici e privati, derivante dalla comune regolazione del rapporto ad opera delle parti stesse¹⁶⁰.

Mediante l'operazione le parti in lite formano le proprie decisioni preliminari in ordine alla sussistenza dei presupposti per transigere¹⁶¹, fino a giungere alla stipulazione, intesa quale atto giuridico che esterna la codecisione in ordine alle modalità di composizione della lite¹⁶².

¹⁶⁰ Sulla transazione come espressione di una scelta discrezionale, ossia come una ponderazione di interessi, cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 154. Il fenomeno in esame sarebbe invece ascrivibile ad una attività – paritaria – di disciplina della fattispecie, nei termini di G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 250 ss.; F.P. PUGLIESE, *op. cit.*, 1489 ss. In termini generali, cfr. L. FERRI, *op. cit.*, 70 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato*, cit., 414.

¹⁶¹ Si tratta di decisioni da considerare come distinte non solo sotto il profilo logico-giuridico, ma anche suscettibili di una differente qualificazione giuridica, nei termini di provvedimento amministrativo contenente una determinazione a transigere della parte pubblica, ed una valutazione autonoma del privato in ordine alla composizione negoziale della lite. In tal senso, si veda anche la dottrina francese che ha meglio sviscerato il concetto di operazione amministrativa, chiarendo espressamente come essa sussista «*toutes les fois qu'une décision a créé la situation nécessaire à l'intervention d'une seconde décision*». Cfr. M. DISTEL, *op. cit.*, 372.

¹⁶² Sul fenomeno della codecisione in ordine alla formazione degli accordi amministrativi, cfr. anche A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 298, che la collocava nel contesto degli accordi ufficiosi fra amministrazione e privati. Si utilizza il termine di codecisione per descrivere il risultato dell'attività delle parti, muovendo dal rilievo per cui si è in presenza di una scelta fra alternative possibili in ordine alle modalità di composizione della controversia. Si estende alla co-decisione la rilevanza che, sulla base dell'art. 3 della l. n. 241/1990, si può attribuire alla decisione amministrativa quale sostrato del provvedimento: cfr. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., 275 ss. Si tratta, ad ogni modo, di una conclusione che valorizza una linea di pensiero già profilata dalla dottrina tedesca alla metà degli anni Sessanta: cfr. K.A. BETTERMANN, *Das Verwaltungsverfahren*, in *VVDStRL*, 1959, 122 ss. Per sviluppi nella dottrina italiana cfr. F.P. PUGLIESE, *op. cit.*, 1504, nonché M. NIGRO, *Procedimento amministrativo*, cit., 1427 ss. Successivamente, cfr. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi. I. Schema teorico e qualificazioni*, Rimini, 1983, 73 ss.; F. LEDDA, *La concessione*, cit., 240 ss. In differenti prospettive, cfr. pure gli Autori richiamati *supra*, cap. I, nota 63, nonché la recente sintesi di A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2018, 551 ss.; L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2017, 1 ss.

Il concetto di operazione transattiva rischierebbe di risolversi in una mera tecnica di descrizione dell'esistente se non si individuasse, nella disciplina legale, un riscontro della fondatezza di tale tesi. Si tratta di chiarire in forza di quali norme l'operazione transattiva acquisti la rilevanza di un fatto giuridico.

Il passaggio argomentativo appare agevole, se si pone mente a quanto emerso in precedenza in rapporto all'individuazione delle modalità attraverso cui si sviluppano le trattative fra le parti e si giunge a stipulare la transazione. Esse non conferiscono autonomo rilievo giuridico ad alcun formale procedimento transattivo, dovendo essere, semmai, intese come fonti idonee a disciplinare alcuni momenti dell'operazione transattiva¹⁶³.

La pur frammentaria legislazione esistente, nel disciplinare alcuni momenti dell'operazione, così come nell'individuare alcune specifiche operazioni transattive, postula, infatti, l'avvio di un confronto fra le parti, rilevante in quanto espressivo della capacità giuridica dei singoli soggetti¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr. cap. II, par. 4, con rinvio alla pur frammentaria disciplina legale delle transazioni amministrative: disciplina che non opera come norma di riconoscimento della facoltà di transigere (su cui cfr. la nota immediatamente successiva), quanto – a valle – come parziale regolazione dell'operazione transattiva.

¹⁶⁴ La capacità cui si fa riferimento va intesa in termini teorico-generalmente e non come sinonimo della capacità di diritto comune della p.a. nei termini tradizionalmente individuati, tra gli altri, da C. CAMMEO, *op. cit.*, 131 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 134 ss. Entro questa categoria possono poi profilarsi le specifiche distinzioni fra la capacità dell'ente pubblico e della persona fisica o giuridica, le quali nulla tolgono al rilievo per cui è tale condizione a rendere possibile l'effettivo confronto fra le parti e l'avvio dell'operazione transattiva, in rapporto alla capacità di agire dei soggetti. Sulla teoria generale della capacità, cfr. già i rilievi di S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *ID., Frammenti*, cit. 190 s., nonché C. LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 90 ss., dove bene si coglieva come «la capacità debba essere invocata solo e, però, in tutti i casi in cui sia possibile ed utile considerare, nel soggetto, un'attitudine virtuale alla titolarità ed all'esercizio di situazioni giuridiche soggettive». Si deve tuttavia dissentire, dall'A., *ivi*, 91 ss., nella parte in cui escludeva che, con riferimento agli enti pubblici, si ponesse un problema di capacità giuridica, trattandosi, semmai, di individuare le attribuzioni e le competenze della singola istituzione. Si reputa, infatti, che la questione relativa alla individuazione delle attribuzioni e competenze del singolo apparato – in termini desumibili dall'art. 97, commi 2 e 3, Cost. – attenga

La disciplina positiva conforma, pertanto, il modo di comporre la lite, determinando i momenti salienti dell'operazione, senza effettuare distinzioni in rapporto all'oggetto della lite¹⁶⁵. Se è vero, dunque, che in origine tale disciplina poteva essere interpretata con riferimento alle sole transazioni inerenti a liti che coinvolgevano rapporti patrimoniali della p.a., nulla preclude di estendere l'ambito di applicazione di tali previsioni ad ogni transazione.

Scendendo in dettaglio, la rilevanza giuridica dell'operazione transattiva va colta con riferimento: alla capacità giuridica (e, conseguen-

all'esistenza di una riserva di legge in materia organizzativa, ed alla connessa necessità di imputare a specifiche soggettività giuridiche gli effetti dell'azione amministrativa, anche in rapporto alle previsioni dell'art. 28 Cost. Seguendo le direttrici individuate da A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, sempre in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 10 ss. si ritiene che, per quanto concerne gli apparati amministrativi, i limiti derivanti dalla preesistenza di norme di attribuzione ed esercizio delle singole potestà esprimano la necessità – tipica dello Stato costituzionale di diritto – di attribuire al solo individuo una posizione di libertà originaria nel contesto dell'ordinamento statale, correlativamente limitando l'incidenza degli apparati pubblici nella sfera individuale a quanto necessario per la soddisfazione di determinati bisogni. In tale prospettiva, il riconoscimento di una capacità giuridica dello Stato-apparato è la preconditione dei limiti legali all'esercizio delle potestà statuali, sia attraverso norme di attribuzione e limitazione del potere, sia – secondo teorie più aggiornate ed in linea con le trasformazioni della legalità amministrativa – mediante la predeterminazione normativa delle finalità dell'agire amministrativo. Per questo specifico aspetto, cfr. F.G. COCCA, *Attività*, cit., 87 ss. Da questo punto di vista, può sottolinearsi come lo stesso concetto di operazione amministrativa connoti l'attività della p.a. quale tecnica di realizzazione delle finalità rinvenibili nelle singole norme in termini maggiormente pragmatici – e realistici – di quanto non avverrebbe seguendo le più tradizionali teorizzazioni dell'agire amministrativo quale pura attuazione della norma di attribuzione del potere, mediante la classica tripartizione fra attività vincolata, tecnica, discrezionale. Su questi profili, sia rinvia ad A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale*, cit., 677 ss., mentre i problemi attinenti all'individuazione della capacità di diritto comune della p.a. sono ricostruiti da C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 96 ss.; G. PERICU, *op. cit.*, 72 ss. Per una discussione critica del concetto di capacità cfr. P. CHIRULLI, *op. cit.*, 206 ss.; S. VINTI, *op. cit.*, 27 ss., nonché, da ultimo, A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2018, 399 ss.

¹⁶⁵ Si tratta di un aspetto non pienamente colto da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 43 ss. e 124 ss.

temente, di agire) di entrambe le parti in lite¹⁶⁶; all'individuazione degli organi amministrativi competenti a transigere¹⁶⁷; all'acquisizione dei pareri strumentali alla stipulazione del contratto, sulla base di eventuali intese preliminari o di richieste formulate dall'amministrazione¹⁶⁸; alla doverosa esternazione del contratto imputabile ad entrambe le parti¹⁶⁹, per il quale si ritiene indispensabile la forma scritta *ad substantiam*¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Capacità che, per la parte privata, trova la propria fonte nell'art. 1 c.c., mentre, per la parte pubblica, trova la propria fonte nell'art. 11 c.c., e nell'art. 1, comma 1 *bis*, della stessa l. n. 241/1990, qui inteso come norma di riconoscimento della capacità giuridica generale dell'amministrazione, in grado di perseguire i propri fini istituzionali sia con gli strumenti autoritativi predisposti dall'ordinamento, sia con strumenti non autoritativi disciplinati dal diritto privato e dalla normazione speciale eventualmente individuabile. Rispetto a tale premessa, le singole norme di individuazione delle competenze a transigere operano quali norme organizzative finalizzate a selezionare, all'interno dello specifico plesso organizzativo, l'organo titolare del potere di scelta in ordine alla composizione transattiva o meno della controversia. Sul punto cfr. anche la nota immediatamente successiva.

¹⁶⁷ Ammessa la capacità giuridica generale, le norme di attribuzione e competenza operano come criteri di individuazione degli strumenti giuridici utilizzabili per il perseguimento di determinati fini e come norme sulla distribuzione dei compiti all'interno dei singoli apparati, in coerenza con art. 1, comma 1 e 1 *bis*, l. n. 241/1990 e con l'art. 97, comma 3, Cost. Nel caso specifico, esse implicano che in tutte le materie devolute alla p.a. si possa transigere, non sussistendo limitazioni di ordine generale se non in rapporto a specifici divieti legislativi.

¹⁶⁸ Cfr. le previsioni degli artt. 13 del r.d. n. 1611/1933; 14 del r.d. n. 2440/1923, nonché delle leggi speciali esistenti in materia.

¹⁶⁹ In difetto di espresse previsioni normative, deve invece escludersi la necessità di una determinazione a contrarre della p.a., da esternare nelle forme del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 11, comma 4 *bis*, della l. n. 241/1990. La conclusione appare coerente con il rilievo per cui l'operazione transattiva non è assimilabile ad un procedimento (da concludere con un provvedimento), ma come attività extraprocedimentale giuridicamente rilevante e destinata a concludersi, nel caso in esame, con una codecisione. Ciò non toglie che l'amministrazione debba esternare la propria scelta di transigere mediante un atto amministrativo, in coerenza con i principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'agire pubblico a cui rinvia l'art. 1 della l. n. 241/1990. Tale atto, tuttavia, non ha natura ed efficacia provvedimentali, in quanto non mira a costituire, modificare o estinguere unilateralmente alcun rapporto giuridico: cfr., in tal senso, G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 290 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 233 ss.; G. PITTALIS, *Licitazione privata*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1989, 258 ss. Più sfumata la posizione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 368 ss., secondo il

Risulta palese come le norme di riferimento non descrivano in termini sistematici ogni passaggio dell'operazione transattiva, ma frammenti di un fenomeno più complesso. L'operazione non può essere quindi assimilata ad un procedimento nel senso tecnico-giuridico della dottrina amministrativistica o processualistica, risultando paragonabile – in senso lato – al procedimento di formazione del negozio giuridico individuato da una parte della dottrina privatistica¹⁷¹.

quale esso non ha necessaria natura provvedimentoale, essendo invece assimilabile ad un provvedimento solo per le amministrazioni diverse dallo Stato. Sul punto cfr. pure A. MASSERA, *I contratti pubblici*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato*, cit., II, 1577 ss. Il diritto positivo sembra, in ogni caso, confermare la natura non provvedimentoale di tale atto: se, infatti, si attribuisce questa qualità alla determinazione individuata dall'art. 11, comma 4 *bis*, della l. n. 241/1990 – per i soli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento – deve desumersi che nelle altre e residuali ipotesi la determinazione non abbia tali contenuti ed effetti. La stessa giurisprudenza qualifica normalmente la determinazione a contrarre – al di fuori dell'ipotesi richiamata – come un atto preparatorio interno «inidoneo di per sé a dar luogo all'incontro dei consensi, e cioè alla stipulazione»: cfr. Cass. civ., sez. III, 22.10.2013, n. 23921; Cass. civ., sez. I, 22.12.1986, n. 7833. Negli stessi termini anche la giurisprudenza amministrativa: fra le altre, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 5.9.2018, n. 5380; Trga, Trento, 16.2.2017 n. 53; Tar Veneto, sez. III, 17.7.2017, n. 680; Tar Abruzzo, L'Aquila, 26.5.2014 n. 485.

¹⁷⁰ Ciò implica, per quanto più interessa, la possibilità di individuare in termini autonomi rispetto agli atti presupposti un documento transattivo propriamente inteso, in conformità a quanto previsto dall'art. 16 del r.d. n. 2440/1923, la cui disciplina è ritenuta espressiva di un principio generale applicabile ad ogni negozio bilaterale. Ove si ammetta che l'operazione transattiva possa assimilarsi – per gli aspetti inerenti all'identità del contraente privato – alla trattativa privata, la forma scritta della transazione sarebbe imposta, in via analogica, dall'art. 17 dello stesso r.d. n. 2440/1923. In giurisprudenza, la necessità della forma scritta appare pacifica: cfr. Cons. Stato, sez. V, 2.7.2018, n. 4045; Cass. Civ., sez. I, 8.2.2012 n. 1774; Cons. Stato, sez. V, 11.12.2008, n. 6159. Sul punto, cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 512 s.

¹⁷¹ Cfr. G. OPPO, *op cit.*, 30; SAL. ROMANO, «*Agere*», cit., 945 ss., ma soprattutto 1003 ss. Nella dottrina successiva, il tema è stato rivisitato ed approfondito, tra gli altri, da A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, specie 424 ss.; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, 35 ss. Sul punto cfr. anche le osservazioni critiche di V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 116 ss., che sottolineano come la stessa elaborazione privatistica sia debitrice, in materia, delle riflessioni pubblicistiche sulle modalità e sui procedimenti di formazione del contratto.

Alla lacuna si potrebbe ovviare con espresse previsioni legislative, volte a regolare una vera e propria procedura transattiva, nei termini ad esempio desumibili dall'art. 208 del d.lgs. n. 50/2016 o da altre norme speciali, come pure da alcuni regolamenti degli enti locali adottati in attuazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 267/2000¹⁷². In assenza di essa, le parti godono di evidenti margini di libertà nella gestione delle trattative.

5. *La transazione amministrativa come esito dell'operazione e come contratto*

L'individuazione dell'operazione transattiva, quale attività che determina la formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia, non esaurisce l'analisi del fenomeno, che deve concentrarsi sul regime del negozio in cui l'operazione si concretizza¹⁷³.

Ferme restando le riserve già espresse sulla ricostruzione della fattispecie transattiva mediante il ricorso a categorie generali entro cui sussumere la singola fattispecie bilaterale, occorre rilevare, a monte, il difetto di chiari modelli di riferimento. Se sono noti i perduranti dubbi in ordine alla stessa possibilità di individuare la categoria del contratto di diritto pubblico come un *quid* distinto dal contratto¹⁷⁴, deve rimarcarsi come la stessa categoria del contratto abbia perso, nel corso dei decenni, una specifica utilità qualificatoria¹⁷⁵.

¹⁷² Su questi specifici aspetti, cfr. C. FORNARI, *Le transazioni degli enti locali*, in *Appalti & Contratti*, 9/2015, 10 ss., oltre che supra, cap. II, par 2.

¹⁷³ Che tale analisi costituisca la riprova di ogni indagine sull'agire consensuale della p.a. emerge nitidamente in M. NIGRO, *L'accordo*, cit., 1934 ss.

¹⁷⁴ Per una disamina della disciplina della l. n. 241/1990 e dello stesso § 54 *VwVfG* cfr. F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 420 ss., radicalmente critico in ordine all'ammissibilità stessa del contratto di diritto pubblico. Per una serie di argomentazioni contrarie alla stessa possibilità di ricondurre gli accordi procedurali a contratti (di diritto pubblico o meno) cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 167 ss.; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 159 ss. Nella stessa prospettiva si veda anche la sintesi di R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso*, cit., 256 ss.

¹⁷⁵ Si richiamano sempre G. ALPA, *Le stagioni*, cit., 57 ss.; N. LIPARI, *Le categorie*, cit., 141 ss., ma pure G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014,

Il tentativo di ricondurre aprioristicamente la transazione all'una o all'altra categoria sembra dunque destinato ad essere infruttuoso, oltre che foriero dei fraintendimenti e delle frammentazioni che – come evidenza il pregresso dibattito teorico – non permettono di raggiungere una soddisfacente sistematizzazione del fenomeno¹⁷⁶.

Sembra più proficuo sviluppare l'analisi in rapporto alle norme della l. n. 241/1990 entro le quali è possibile sussumere la disciplina del negozio elaborato nell'ambito dell'operazione transattiva. Si fa inevitabile riferimento alle disposizioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, e dell'art. 11 della l. n. 241/1990.

Pure in rapporto agli orientamenti della dottrina maggioritaria criticata in precedenza, deve escludersi che l'art. 11 della l. n. 241/1990 vada inteso quale norma di riconoscimento della fattispecie transattiva e, conseguentemente, come criterio idoneo a disciplinare il contenuto dell'atto anche in rapporto alla disciplina privatistica di riferimento¹⁷⁷.

Si è già osservato, in precedenza, come questa teorizzazione incontri due limiti: postulare la distinzione fra transazioni privatistiche e pubblicistiche, sulla base di un riferimento tralazio alla dicotomia fra attività amministrativa di diritto privato e di diritto pubblico; qualificare forzatamente l'accordo transattivo come incidente di un procedimento già avviato¹⁷⁸.

6 ss.; N. IRTI, *Un contratto incalcolabile*, cit., 17 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2016, 597 ss.; V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 535 ss. Altrettanto significative le posizioni già espresse da F. GALGANO, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 946 ss.; F. LUCARELLI, *Negozio, contratto, rapporto sociale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, 1502 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Id.*, a cura di, *op. cit.*, 19 ss.

¹⁷⁶ Al riguardo, vanno tenuti fermi tanto gli avvertimenti di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa*, cit., 286 ss. che di G. OPPO, *op. cit.*, 29 ss.

¹⁷⁷ In senso opposto, cfr. invece G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 243 ss., nonché M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 200 ss. e G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 9 ss.

¹⁷⁸ Cfr. appena *supra*, par. 3. Tenendo ferme queste critiche, sembra in ogni caso, che, sul piano del diritto positivo, il riferimento all'art. 11 della l. n. 241/1990 non sia accettabile neppure ammettendo che la norma sia ricognitiva della generale ammissibilità del contratto di diritto pubblico nel sistema italiano – al pari del § 54 *VwVfG* – e possa essere conseguentemente applicata in via analogica al fine di disciplinare fattispecie negoziali in cui amministrazione e privato stipulano negozi irriducibili al model-

Se è vero che taluni accordi procedimentali possono assumere una lata funzione transattiva, ciò non vale ad attribuire all'art. 11 della l. n. 241/1990 il ruolo della norma di riconoscimento e di disciplina della facoltà di transigere su ogni lite di cui sia parte la p.a.¹⁷⁹. Semmai, è più corretto affermare come l'accordo procedimentale, comunque finalizzato al perseguimento del pubblico interesse ai sensi del primo comma dell'art. 11, possa avere quale ulteriore effetto pratico la soluzione di eventuali conflitti nascenti nell'ambito del procedimento¹⁸⁰.

Sgomberato il campo da tale ipotesi, si deve necessariamente ritenere che il negozio transattivo vada sussunto, ai fini della determinazione della disciplina ad esso applicabile, entro lo schema dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990. Tale alternativa postula, tuttavia, una preliminare riflessione in ordine alla natura dell'operazione transattiva e, dunque, alla possibilità di ricondurre la fattispecie all'attività autoritativa della p.a. o alla residua attività non autoritativa.

Contrariamente a quanto si è tentato di sostenere in dottrina, non pare che la pendenza della lite possa incidere sulla posizione istituzionale della p.a., privandola della qualità di istituzione pubblica per assimilarla

lo di diritto comune. Pare, infatti, che questa soluzione non possa essere accolta, sia nella parte in cui attribuisce all'art. 11 della l. n. 241/1990 la qualità di norma di principio, esclusa dalla stessa collocazione sistematica della previsione legale; sia nella parte in cui qualifica impropriamente come interpretazione analogica una mera sussunzione di accordi procedimentali regolati dal diritto speciale entro lo schema generale dell'art. 11 della l. n. 241/1990. Tale conclusione risulta confermata anche dalla stessa Cort. Cost., 15.7.2016, n. 179, anche al fine di limitare l'applicazione dell'art. 133 c.p.a. e la giurisdizione esclusiva del g.a. a specifiche materie; in termini, cfr. pure Cons. Stato sez. IV, 5.10.2018, n. 5715.

¹⁷⁹ Contro tali ipotesi sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 241 ss. Ricorrendo a categorie civilistiche, potrebbe osservarsi come la causa della sola transazione sia rappresentata dalla composizione negoziale della lite mediante reciproche concessioni, mentre la causa dell'accordo procedimentale coincide con la sua funzionalizzazione alla tutela del pubblico interesse individuato dall'amministrazione, previo confronto con i soggetti che partecipano al procedimento: la composizione della lite potrebbe rappresentare, semmai, un motivo dell'accordo, di per sé suscettibile di esternazione nella motivazione della determinazione a contrarre o nella stessa motivazione dell'accordo, ma non tale da alterare le caratteristiche strutturali dell'accordo stesso ed il regime giuridico ad esso applicabile.

¹⁸⁰ Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 241 ss.

ad una ‘parte’ privata del rapporto litigioso, tenuta necessariamente ad agire su un piano di integrale parità con la controparte (privata, ma anche pubblica)¹⁸¹.

La tesi non sembra condivisibile proprio perché fa dipendere da un mero fatto giuridico (la lite) un mutamento della posizione istituzionale della p.a., a cui dovrebbe fare ipoteticamente seguito la perdita dei poteri autoritativi che la legge stessa attribuisce stabilmente agli apparati per il perseguimento del pubblico interesse: ragionamento di dubbia ammissibilità logica, che risulta smentito dal rilievo per cui la pendenza di una lite non priva mai la p.a. delle proprie prerogative, rendendo ad esempio possibili l’annullamento d’ufficio, la revoca o la stessa convalida dell’atto che ha dato luogo al conflitto¹⁸².

La questione va dunque impostata prescindendo dalla posizione istituzionale dell’amministrazione (che, sul piano organizzativo, resta indefettibilmente un’istituzione preordinata al perseguimento di interessi pubblici)¹⁸³, e considerando la disciplina degli strumenti di composizione della lite. Ci si deve chiedere, in particolare, se la decisione di concludere l’operazione transattiva mediante la composizione bilaterale della lite abbia – nella prospettiva della parte pubblica – un carattere ‘autoritativo’, idoneo ad incidere sullo stesso regime dell’accordo¹⁸⁴.

¹⁸¹ La tesi è formulata, benché incidentalmente, da C. FERRARI, *op. cit.*, 6, oltre che – sul piano generale – da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 74 ss., rispetto al quale si rinvia alle osservazioni critiche già profilate *supra*, nota 152.

¹⁸² In tal senso, cfr. anche gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8.4.2015, n. 1778; Cons. Stato, sez. III, 24.11.2011, n. 6244; Cons. Stato sez. VI, 2.8.2004, n. 5366; Cons. Stato, sez. VI, 19.2.1993, n. 171.

¹⁸³ In tal senso andrebbe del resto colta la rilevanza costituzionale delle istituzioni amministrative, in termini immediatamente desumibili dall’art. 97, comma 3, Cost. Cfr. A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale*, cit., 677 ss. Ma, sul punto, cfr. già le nitide pagine di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa*, cit., 299, e, sul piano più generale, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, nonché V. CERULLI IRELLI, *Pubblica amministrazione*, cit., 22 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 119 ss. Recentemente, questo ordine di idee è ribadito, tra gli altri, da P. CHIRULLI, *op. cit.*, 212 ss.

¹⁸⁴ La questione così definita postula l’identificazione dei tratti dell’attività autoritativa dell’amministrazione, nei termini dell’art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990. Tali caratteri, per quanto interessa ai fini della prosecuzione dell’indagine, sembrano identificabili non tanto in rapporto a specifiche qualità dell’amministrazione, variamente

La risposta a questo interrogativo non può che essere negativa, in forza del rilievo per cui tale decisione potrà dirsi effettivamente ‘autoritativa’ solo qualora si sia tradotta nel rifiuto di comporre la lite mediante strumenti bilaterali, optando per l’utilizzo di strumenti che non implicano l’intervento del giudice o di altro soggetto istituzionalmente preposto allo scopo di dirimere la lite¹⁸⁵.

Nel caso dell’amministrazione, tali strumenti sono agevolmente individuabili. Si tratta degli atti volti a sostituire o modificare un precedente provvedimento, nei termini profilati da De Valles¹⁸⁶, o degli atti che altra parte della dottrina ha ricondotto alla categoria dell’autotutela, quali revoca, annullamento, convalida o la stessa conferma di matrice

riconducibili ad una sorpassata concezione di ‘supremazia’ e ‘privilegio’ dei pubblici poteri in quanto espressivi della sovranità dello Stato persona, quanto alla stessa disciplina dell’attività amministrativa. Si reputa, al riguardo, che l’attività possa dirsi autoritativa solo in quanto la legge imponga all’amministrazione di produrre determinati effetti o raggiungere specifici obiettivi – in conformità alla c.d. legalità indirizzo cui rinvia l’art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 – mediante l’esclusivo utilizzo di strumenti unilaterali ed eteronomi, come i provvedimenti amministrativi tipici e nominati, o gli atti comunque riservati alle competenze dei singoli organi. Nel senso così indicato, cfr. efficacemente F. LEDDA, *Dell’autorità e del consenso*, cit., 405 ss. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 21 ss.; nella dottrina recente, cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Esiste l’atto autoritativo?*, cit., 759 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L’atto autoritativo*, cit., 665 ss.; Per una ricostruzione del dibattito, anche in rapporto al superamento delle posizioni di astratto privilegio del contraente pubblico, cfr. A. BENEDETTI, *op. cit.*, 77 ss.; P.L. PORTALURI, *op. cit.*, 186 ss.

¹⁸⁵ Si ritiene, pertanto, che la stessa scelta di transigere si risolva in un rifiuto ad esercitare quei poteri che la legge attribuisce all’amministrazione in quanto autorità: su un piano logico, si potrebbe osservare che lo stesso rifiuto di esercitare un potere sia espressione di un potere (discrezionale) di scelta degli strumenti più idonei alla tutela del pubblico interesse, rappresentando una chiara espressione di decisione autoritativa discrezionale nel *quomodo*. In tal caso, tuttavia, l’esercizio stesso del potere esaurisce i suoi effetti e la sua capacità conformativa del regime giuridico dell’atto in modo istantaneo, senza ulteriori incidenze sul regime giuridico dell’attività (bilaterale) di composizione della lite. Attività, questa, che si articola in una serie di atti privi delle qualità tipiche del provvedimento autoritativo, in termini già messi in luce da G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 250 ss.; sul punto cfr. pure S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa*, cit., 455 ss.; D. DE PRETIS, *L’attività di diritto privato*, cit., 8 s.

¹⁸⁶ Cfr. A. DE VALLES, *op. cit.*, 46 ss.

guicciardiana, nonché degli atti con cui si manifestano i poteri esecutori della p.a.¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Per una ricognizione generale, cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 537 ss.; G. FALCON, *Esecutività*, cit., 246 ss. Il fatto che, rispetto all'esercizio di tale potestà, possano incidentalmente concludersi accordi procedimentali integrativi o sostitutivi dell'atto di secondo grado non sembra spostare i termini della questione: il raggiungimento di un consenso rispetto alla determinazione del contenuto dell'atto (o all'ipotizzata sostituzione dell'atto con un accordo) rappresenta solo una possibile e non scontata conseguenza della scelta di comporre la lite ricorrendo a strumenti autoritativi, giustificando, sotto questo profilo, anche l'applicazione dello speciale regime giuridico previsto per gli accordi procedimentali ex art. 11 della l. n. 241/1990. Si reputa, del resto, che tali accordi abbiano ad oggetto l'esercizio consensuale di un'attività che resta non solo funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse, ma anche direttamente riconducibile all'esercizio di potestà autoritative dell'amministrazione, che non risultano scalfite dalla partecipazione del privato alla formazione dell'accordo. Se, con riferimento agli accordi integrativi, è infatti agevole osservare come la produzione dell'effetto giuridico finale e la realizzazione del pubblico interesse restino riferibili al provvedimento, e, dunque, alla responsabilità funzionale dell'amministrazione agente, non pare che i termini del problema mutino sensibilmente con riferimento all'accordo sostitutivo. Anch'esso, infatti, può ricondursi all'esercizio di potestà autoritative caratterizzate dalla partecipazione del privato alla fase istruttoria e decisoria del procedimento, senza, tuttavia, incidere sulla complessiva qualificazione della fattispecie in termini pubblicistici: significativa, in tal senso, la posizione di F. FRACCHIA, *op. cit.*, 163 ss., il quale, muovendo dalla ravvisata compatibilità fra autoritatività e consenso, giunge a concludere come lo stesso accordo sostitutivo possa ritenersi espressione dell'attività autoritativa della p.a. Inquadrate in questi termini, ogni accordo procedimentale (con possibile funzione transattiva) opera pur sempre quale strumento tipico di esercizio delle potestà autoritative dell'amministrazione, caratterizzate – rispetto al provvedimento – dalla definitiva emersione del ruolo del privato in ordine alla fase decisoria, e, dunque, alla composizione discrezionale degli interessi: composizione che, tuttavia, non tramuta la fattispecie in attività negoziale di diritto privato, in considerazione del fatto che il bilanciamento fra le posizioni delle parti deve essere, comunque, preordinato alla individuazione di una soluzione di compromesso compatibile con l'interesse perseguito dall'amministrazione agente. Tale interesse, espressamente menzionato dall'art. 11, comma 1, della l. n. 241/1990, non permea unicamente l'attività della parte pubblica, ma rappresenta la stessa ragione giuridica dell'accordo, nei termini che emergono dalle previsioni dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e dalla necessità di motivare lo stesso accordo, ai sensi dell'art. 11, comma 2, della legge. Specifici spunti, in questa medesima prospettiva, possono cogliersi in F. FRACCHIA, *op. cit.*, 213 ss.

Si è già osservato, in precedenza, come tali atti non possano essere confusi con la transazione, pur potendo occasionalmente assumere una funzione transattiva¹⁸⁸. Ai fini che interessano in questa fase della ricerca, preme invece rilevare come la scelta della p.a. di comporre la lite senza ricorrere a tali strumenti – autoritativi – non possa che ritenersi soggetta alla disciplina residuale dell'attività non autoritativa¹⁸⁹.

Ne deriva che il negozio con cui si conclude l'operazione transattiva non può che essere qualificato – sulla base del principio sotteso all'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 – come accordo soggetto alla disciplina di diritto comune, o, in altri termini, come un contratto ai sensi degli artt. 1321 e 1965 c.c.¹⁹⁰.

La conclusione non implica che a tale contratto si applichino in termini esclusivi le disposizioni del Codice civile, rimanendo ferma, proprio in forza dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, la possibilità di integrarne la disciplina anche attraverso norme speciali. Si deve tut-

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

¹⁸⁹ Sussiste, del resto, un'incompatibilità logica fra ricorso allo strumento negoziale/contrattuale e l'agire autoritativo della p.a., connotato da decisioni unilaterali soggette ad una specifica regolazione che enfatizza il potere di produrre in maniera eteronoma determinati effetti giuridici. In tal senso, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., 454 ss.; C. MARZUOLI, *Pubblico, privato*, cit., 471 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*, cit., 661 ss. Per una applicazione concreta, al netto delle questioni attinenti ai profili di giurisdizione, cfr. T.r.g.a, Bolzano, 6.8.2013, n. 269.

¹⁹⁰ La soluzione data alla questione in esame – ossia la necessità di applicare alle transazioni della p.a. la disciplina del Codice civile – non è del tutto inedita in dottrina, ma, a differenza di tali ricostruzioni teoriche, non postula una distinzione fra contratti di transazione di diritto privato e pubblico, né assimila la disciplina del contratto di diritto pubblico a quella del contratto di diritto privato sulla base di un'interpretazione analogica delle previsioni del Codice civile, che si applicano direttamente alla fattispecie. Per la soluzione tradizionale, cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 514; A.M. SANDULLI, *Manuale*, I ed., cit., 201. Ad ogni modo, la conclusione cui si è giunti è coerente con quanto rilevato, con riferimento all'attività amministrativa di diritto privato, da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti*, cit., specie 300 ss. e F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit. 108 ss.; ID., *Dell'autorità e del consenso*, cit., 422, in ordine alla necessità di qualificare i contratti della p.a. sulla base di norme civilistiche. Spunti di particolare interesse, ai fini della ricostruzione proposta, si ritrovano in A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, 183 ss. Sull'ammissibilità di tale ricostruzione, in rapporto alle differenti tipologie in cui si manifesta la consensualità amministrativa, cfr. pure M. NIGRO, *L'accordo*, cit., 1934 ss.

tavia escludere, sulla base di tale previsione, che i principi di diritto comune applicabili all'attività contrattuale siano suscettibili di deroga da parte di principi di diritto pubblico, o da criteri di integrazione del diritto positivo riconducibili alla 'natura' dell'amministrazione, degli interessi in gioco, o simili¹⁹¹.

La soluzione data alla questione in esame – ossia la necessità di applicare alle transazioni della p.a. la disciplina del Codice civile, salve specifiche e tassative disposizioni derogatorie – non è del tutto inedita in dottrina: già Miele, in tal senso, aveva precisato come la disciplina di tutte le transazioni amministrative finisse per convergere, a fronte della necessità di applicare anche ad esse le disposizioni del Codice civile; alla stessa conclusione giungeva pure Sandulli¹⁹².

Resta tuttavia fermo che, rispetto a tali teorizzazioni, si reputa fuorviante continuare a distinguere le tipologie negoziali in transazioni su questioni patrimoniali e transazioni amministrative, in rapporto alla natura della lite o delle posizioni delle parti. Allo stesso modo, appare superfluo il ricorso alla figura del contratto di diritto pubblico, essendo lo stesso legislatore a dettare, per questa tipologia di negozi, una disciplina in larga parte coincidente con quella del Codice civile¹⁹³.

¹⁹¹ Si tratta di un tentativo ancora percepibile in G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 253 ss.; G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 30 ss., sulla scorta di A. AMORTH, *Osservazioni sull'attività di diritto privato*, cit., 290 ss. Ma, in termini, cfr. lo stesso E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 88 ss., che proprio dalla natura degli interessi in gioco (ossia, da postulati inerenti alla posizione istituzionale della p.a. nello Stato liberale), giungeva a negare la contrattualità delle transazioni inerenti su rapporti di diritto pubblico. A diverse conclusioni – compatibili con quanto va emergendo in queste pagine – giungono, invece, G. MANFREDI, *Accordi*, cit., 149 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 403 ss. N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis*, cit., 78 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*, cit., 661 ss., ma già F. FRANCHINI, *op. cit.*, 41; S.A. ROMANO, *L'attività privata*, cit., 150. In termini analoghi, ancorché con riferimento ad altro fenomeno ed in rapporto alle previsioni dell'art. 11 c.c., cfr. S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 104.

¹⁹² Cfr. G. MIELE, *La transazione*, cit., 514; A.M. SANDULLI, *Manuale*, I ed., cit., 201. Alle stesse conclusioni perveniva F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 108 ss.

¹⁹³ Al medesimo risultato giunga, in rapporto alla disciplina degli accordi procedurali, pure chi ritiene che l'art. 1, comma 1 bis, della l. n. 241/1990 possa interpretarsi come norma di principio sulla base della quale interpretare il rinvio ai principi del Codice civile formulato dall'art. 11. Nell'inconcessa ipotesi in cui la transazione ammi-

È l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, in altri termini, ad imporre una ricostruzione del fenomeno che privilegi l'analisi del ruolo e della disciplina del contratto di transazione individuato dagli artt. 1965 c.c. ss. «nel» diritto pubblico, senza moltiplicare la fattispecie nella ricerca di transazioni «di» diritto pubblico¹⁹⁴.

6. La transazione e gli altri strumenti di composizione negoziale della conflittualità

Per saggiare la coerenza interna e la praticabilità della proposta formulata, non sembra tuttavia sufficiente evidenziare la convergenza del risultato raggiunto rispetto ad una parte della dottrina tradizionale o ad analoghe esperienze giuridiche, trattandosi di conferme che – a tutto concedere – esauriscono i propri effetti su un piano latamente culturale o della politica del diritto¹⁹⁵.

Si reputa, invece, che la tesi debba trovare conferma su basi positive. È opportuno, a questo scopo, verificare se sia possibile ricondurre

nistrativa fosse ricondotta a tale modello, questa tesi giustificerebbe una sostanziale unitarietà della disciplina dell'accordo e del contratto: cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni*, cit., 168.

¹⁹⁴ Cfr., in tal senso, G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 209, ma anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 25 ss.

¹⁹⁵ In rapporto all'indagine comparata compiuta in precedenza, la soluzione proposta denota – sempre sul piano del diritto positivo – un significativo punto di contatto con l'esperienza francese, nel momento in cui la transazione è regolata dalle norme del Codice civile, salva la residuale applicazione di norme dettate espressamente a tutela e garanzia della parte pubblica, quale ente esponenziale degli interessi della collettività. Possono, allo stesso tempo, ravvisarsi alcuni punti di contatto con l'esperienza spagnola, posto che anche in tale ordinamento la disciplina della *transacción* segue in larga parte le previsioni del Codice civile. Nondimeno, l'ambito applicativo delineato e la natura unitaria della transazione amministrativa, a prescindere dalle caratteristiche delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nella lite o della “natura” stessa della controversia, coincide con quello del *Vergleichsvertrag* tedesco, differendo da esso quanto alla riconduzione del modello negoziale ad una transazione pubblicistica ignota alla disciplina generale dell'azione amministrativa.

allo schema transattivo appena delineato le singole ipotesi di transazione espressamente individuate dalla legislazione speciale¹⁹⁶.

L'art. 208 del Codice dei contratti pubblici describe, al riguardo, una fattispecie transattiva in cui la specialità dell'operazione finalizzata alla stipulazione dell'accordo non impedisce che il medesimo sia disciplinato, sul piano contenutistico, dalle norme del Codice civile¹⁹⁷. Lo stesso può dirsi per le previsioni dell'art. 306 *bis* del Codice dell'ambiente, in rapporto alle transazioni in materia di bonifiche dei siti di interesse nazionale¹⁹⁸.

La proposta ricostruttiva formulata consente pure di verificare se siano riconducibili allo schema transattivo altre figure contermini che non sono espressamente qualificate come transazioni dal legislatore, così da coglierne le potenzialità euristiche¹⁹⁹.

Il caso più rilevante è quello degli impegni antitrust²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

¹⁹⁷ L'operazione transattiva, in tal caso, è del tutto coerente con quanto osservato nelle pagine che precedono: la transazione è un contratto stipulato dalle parti sulla base di un atto motivato della p.a. – in coerenza con le linee guida dell'Anac – e di un atto di autonomia della parte privata. Il regime giuridico del contratto segue le disposizioni del Codice civile: questo, non perché esso ha ad oggetto questioni patrimoniali, ma perché, rispetto a tali questioni, la stessa combinazione fra art. 208 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 impone di applicare – salvo eccezioni – le previsioni del Codice civile. La qualificazione delle posizioni giuridico-soggettive delle parti, e la conseguente individuazione della giurisdizione ordinaria sulle controversie nascenti dall'esecuzione del contratto, non sono che il corollario di tale disciplina positiva, e non il presupposto – o postulato – che giustifica una ricostruzione della fattispecie in chiave puramente 'privatistica'. La stessa giurisprudenza amministrativa conferma, al riguardo, la fondatezza della tesi proposta: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, 4.9.2014, n. 4714, secondo il quale la possibilità di ricondurre tale tipologia di transazione (anche rispetto al Codice dei contratti previgente) alla disciplina degli artt. 1965 c.c. non escludeva «talune deviazioni dal paradigma tipico del codice civile», con riferimento alla necessità di far precedere la stipulazione del contratto da una decisione motivata della p.a. ed alla forma scritta *ad substantiam*. Nei medesimi termini cfr. anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 30.1.2012, n. 460; Cons. Stato, sez. III, 7.7.2011, n. 4083.

¹⁹⁸ Sul punto si rinvia sempre *supra*, cap. II, par. 2.

¹⁹⁹ Cfr. già *supra*, cap. II, par. 2.

²⁰⁰ Anche in tal caso si fa rinvio a quanto evidenziato *supra*, cap. II, par. 2, anche in rapporto alla letteratura menzionata.

La fattispecie presenta indubbie peculiarità, specie in ordine al rapporto fra negozio bilaterale e provvedimento consequenziale, che non permette di ricondurre gli impegni al modello dell'art. 11 della l. n. 241/1990: che l'accordo non integra, né sostituisce, il contenuto del provvedimento sanzionatorio per il quale si è aperta la procedura di infrazione²⁰¹. Lo stesso provvedimento sembra inoltre finalizzato a determinare la pubblicità costitutiva del negozio, cui rinvia *per relationem* ed al quale devono essere eventualmente ricondotte le lesioni patite da eventuali terzi o dalla stessa controparte privata²⁰².

Esclusa, correttamente, tale qualificazione, si apre l'alternativa di configurare il fenomeno alla stregua di un vero e proprio contratto di transazione soggetto a forme di esternazione speciali, alla stregua del criterio individuato dall'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, nei termini di Gitti²⁰³; o quale accordo procedimentale *sui generis*, la cui fonte va ravvisata nelle disposizioni dell'art. 14 *ter* della l. n. 287/1990, e non nelle previsioni dell'art. 11 della l. n. 241/1990, nei termini di altra dottrina²⁰⁴.

La questione va risolta muovendo dalle medesime premesse utilizzate per individuare il regime giuridico della transazione amministrativa quale tecnica di composizione della lite residuale rispetto ad altre tecniche di *a.d.r.* disciplinate espressamente dal legislatore²⁰⁵. Se si ammette che la qualificazione di un atto bilaterale come contratto di transazione sia possibile ove la legge non individui altrimenti uno specifico tipo negoziale, deve concludersi come il tipo descritto dall'art. 14 *ter* della l. n. 287/1990 non sia assimilabile a quello previsto dall'art. 1965 c.c.,

²⁰¹ Cfr. G. GITTI, *Gli accordi*, cit., 180 ss.; ID., *Gli impegni*, cit., 597 ss.

²⁰² Cfr. sempre G. GITTI, *Gli accordi*, cit., 180 ss.

²⁰³ Cfr. G. GITTI, *Gli accordi*, cit., 180 ss.; ID., *Gli impegni*, cit., 597 ss.

²⁰⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 1284 ss.

²⁰⁵ È la stessa logica dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 ad imporre questa interpretazione, nel momento in cui l'attività non autoritativa della p.a. regolata dal diritto privato può intendersi come un'attività residua – ed espressiva della capacità giuridica generale dell'amministrazione – individuabile nel momento in cui non si rinvenga, nella disciplina speciale o di settore, una diversa disciplina. Disciplina che, in tal caso, ha ad oggetto lo specifico tipo negoziale utilizzabile dall'Agcm.

rientrando, semmai, fra gli atti bilaterali con funzione latamente transattiva²⁰⁶.

L'istituto configurato dall'art. 14 *ter* – al pari del *commitment* comunitario²⁰⁷ – non sembra, infatti, rappresentare una tecnica di composizione negoziale della lite in termini alternativi all'esercizio di potestà autoritative²⁰⁸. Si tratta, semmai, di un accordo finalizzato a predeter-

²⁰⁶ Cfr. S. RUPERTO, *op. cit.*, 196 ss.

²⁰⁷ Cfr. *supra*, cap. III, par. 6.

²⁰⁸ Può osservarsi, in tal senso, come il conflitto intercorrente fra Agcm ed impresa sia assimilabile ad un conflitto economico-sociale in senso generico, non essendo riconducibile alla lite nei termini restrittivi profilati *supra*, cap. I, par. 2. La contrapposizione delle parti attiene, infatti, all'individuazione dei presupposti di fatto e della qualificazione giuridica di un concetto indeterminato quale la pratica lesiva del mercato concorrenziale, inteso come presupposto per l'applicazione e la quantificazione della sanzione economica prevista dalla l. n. 297/1990. Come già anticipato *supra*, cap. I, par. 3, nota 100, il conflitto nascente dall'esercizio di potestà sanzionatorie non è assimilabile alla lite, nella parte in cui esso non ha ad oggetto l'allocatione di beni o il superamento di conflitti di interesse in rapporto a regole di attribuzione, quanto l'accertamento della natura antigiuridica di una determinata condotta. Tale accertamento resta sempre riservato agli organi statuali, sicché l'impegno designa un'alternativa all'accertamento unilaterale, giustificata sulla base di generali esigenze di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa e dell'intervento regolatorio. Il fenomeno può essere ascritto al già menzionato *plea bargaining* diffuso specie in rapporto all'applicazione di sanzioni penali nei sistemi di *Common Law*, cui non si nega una lata valenza transattiva (si pensi ad istituti come oblazioni, patteggiamenti e simili): cfr. G.M. ANCA, *Pena, applicazione su richiesta delle parti*, in *Dig. Disc. Pen.* IX, Torino, 1995, 366 ss., che esplicitamente assimila il fenomeno penalistico a quello degli atti con funzione transattiva; F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1037; M. MONTAGNA, *Giustizia penale differenziata*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Torino, 2014, 310 ss.; più critico A. RUGGIERO, *Patteggiamento*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Torino, 2005, 964 ss. Senza indulgere nell'esame delle posizioni della dottrina penalistica, da tali esempi, emerge che lo Stato non rinunci mai all'esercizio della propria potestà sanzionatoria, e come le varie fattispecie non implicino – anche qualora voglia attribuirsi ad essi generica valenza transattiva – una sorta di contrattualizzazione dell'accertamento dell'illecito. L'accordo verte unicamente sulla determinazione della sanzione applicabile nei confronti della parte privata, in rapporto al contesto istruttorio di riferimento ed all'opportunità – comune alle parti – di applicare, nei confronti del privato, una sanzione più mite di quella eventualmente irrogabile a seguito di ulteriori supplementi istruttori. Lo stesso fenomeno è riferibile agli impegni dell'Agcm, i quali – per inciso – non sembrano implicare un arretramento del potere sanzionatorio dell'amministrazione ed

minare il contenuto di una sanzione alternativa, in cui la parte privata si obbliga ad un *facere* specifico pur sempre contrario al proprio interesse economico, contro il vantaggio derivante dalla mancata applicazione di sanzioni più gravose²⁰⁹.

Rilievi analoghi possono formularsi con riferimento alla transazione fiscale prevista dall'art. 182 *ter* della l. n. 267/1942. Per quanto la stessa dottrina abbia messo in rilievo come l'accordo in ordine alla riduzione o alla dilazione del pagamento dei debiti tributari non possa essere sussunto nel tipo descritto dall'art. 1965 c.c.²¹⁰, resta fermo che si tratta un modo di adempimento delle pretese esecutorie dell'amministrazione fiscale, ossia di una forma di cooperazione del debitore all'esercizio di funzioni autoritative della p.a.²¹¹.

una conversione dell'attività autoritativa in negoziata: attraverso tali tecniche, semmai, si determina una maggiore efficacia del trattamento sanzionatorio, entro una logica di *second best* che può avere immediate ripercussioni favorevoli nella stessa regolazione economica del settore, posto che le imprese sono indotte a garantire l'attuazione degli impegni e l'eliminazione delle stesse condotte anticoncorrenziali.

²⁰⁹ In tal senso cfr. anche M. LIBERTINI, *op. cit.*, 1284 ss.

²¹⁰ Per una sintesi critica, anche in rapporto al *nomen iuris* prescelto dal legislatore, cfr. MA. ALLENA, *La transazione*, cit., 5 ss.; L. TOSI, *op. cit.*, 1071 ss. Mancherebbe, secondo la dottrina, l'essenziale elemento delle reciproche concessioni: cfr. C. CICERO, *Transazione*, cit., 1053 ss. Per altra parte della dottrina, sarebbe invece la difficoltà di ricondurre la c.d. lite esecutiva al concetto di lite ad escludere l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 1965 c.c., essendo in tal caso il credito della p.a. certo nel suo ammontare: cfr. L. RESTAINO, *op. cit.*, 528 ss. L'obiezione sarebbe superabile ammettendo che la lite possa avere ad oggetto anche l'adempimento di crediti già accertati, per quanto si debba opporre a tale argomento il rilievo per cui i rischi derivanti dall'inadempimento del debitore possano determinare l'insorgenza di un conflitto economico-sociale, più che di una lite. In ogni caso, l'accordo sarebbe funzionale, più che alla composizione della lite, all'eliminazione dell'alea derivante dal rischio di incapienza del debitore.

²¹¹ L'obbligazione tributaria rimane comunque determinata, nel suo effettivo ammontare, mentre la 'transazione' prevista dall'art. 182 *ter* della l. n. 247/1942 consente all'Amministrazione di ottenere una soddisfazione tempestiva – o comunque parziale – di crediti difficilmente esigibili in un momento successivo. Sul punto, cfr. efficacemente L. TOSI, *op. cit.*, 1071 ss. Nella medesima posizione sembra attestarsi anche la giurisprudenza che, pur sottolineando alcune possibili affinità fra la disciplina dell'art. 182 *ter* e l'art. 1965 c.c. (quantomeno sul piano funzionale), ribadisce come i fenomeni debbano considerarsi distinti in rapporto al fatto che la scelta di 'transigere' ha ad og-

Stessa sorte segue l'istituto del baratto previsto dall'art. 190 del d.lgs. n. 50/2016. Ai dubbi già profilati in dottrina e giurisprudenza²¹², deve aggiungersi il rilievo per cui la disciplina legale configura la fattispecie come una tecnica di partenariato che riecheggia, nella sua struttura di fondo, l'accordo di programma disciplinato dall'art. 15 della l. n. 241/1990, con rinvio alle stesse previsioni dell'art. 11²¹³.

Si è dunque in presenza di convenzioni pubblicistiche inerenti all'esercizio – concordato – di attività di interesse pubblico ad opera di soggetti meritevoli di ammissione ai progetti di partenariato individuati dalle amministrazioni locali²¹⁴.

Non sembra quindi possibile attribuire ad impegni, transazione fiscale e baratto amministrativo una causa propriamente transattiva: in nessun caso viene messa in discussione la fondatezza della pretesa della p.a. rispetto alla situazione conflittuale pregressa, ma si consente al pri-

getto le modalità di adempimento del credito, non la sua esistenza o esigibilità. La scelta discrezionale dell'Agenzia, in tal caso, si risolve in un'opzione fra un pagamento integrale o parziale/dilazionato del debito, in rapporto alle condizioni del debitore. Cfr. Tar, Puglia, Lecce, sez. I, 10.3.2016, n. 466; Tar Campania, Napoli, sez. I, 22.10.2013, n. 4670

²¹² Può porsi in dubbio, al riguardo, la stessa esistenza di un conflitto economico-sociale fra le parti, e, a maggior ragione, della lite futura. In tal senso cfr. anche la giurisprudenza contabile: C. Conti, Lombardia, sez. contr. 6.9.2016, n. 225. Sulla base del predetto criterio, sembra difficile pure la qualificazione del baratto quale *datio in solutum* ex art. 1197 c.c., posto che, in una chiave di lettura pubblicistica, la fattispecie sembra esprimere una tecnica di incentivazione delle attività di interesse sociale svolte dai cittadini ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 50/2016. Oggetto dell'incentivazione sarebbe, pertanto, la compensazione delle posizioni debitorie e creditorie delle parti.

²¹³ L'attuazione dei regolamenti predisposti dalle singole amministrazioni locali ai sensi dell'art. 190 del Codice dei contratti pubblici potrebbe essere dunque prevista da accordi di programma – o partenariato – fra soggetti pubblici e privati (in deroga alle previsioni dell'art. 15 della l. n. 241/1990), senza peraltro alterare la tendenziale disciplina pubblicistica del fenomeno.

²¹⁴ Cfr. C. Conti, Emilia-Romagna, sez. contr., 23.3.2016, n. 27. In questa prospettiva cfr. M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 559 ss., pur con accenti critici circa la compatibilità dello strumento rispetto al paradigma sussidiario; F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 2016, 1 ss.; S. ZEBRI, *Il volontariato ed il baratto amministrativo*, in *Azienditalia*, 2018, 1448 ss.

vato di accedere a benefici che incentivano variantemente il rispetto della disciplina imperativa pacificamente violata²¹⁵.

Tali rilievi confermano, in conclusione, l'autonomia concettuale della transazione amministrativa rispetto a figure contermini, come pure la possibilità di qualificare il fenomeno alla stregua di un contratto cui applicare, in via generale e salve specifiche deroghe, le previsioni del Codice civile. Ciò non toglie che il contratto abbia alcune peculiarità, su cui occorre soffermare l'analisi, trattandosi pur sempre di un negozio che incide sulla realizzazione di determinati interessi pubblici e sullo stesso esercizio delle funzioni amministrative.

7. Il contratto di transazione come tecnica di regolamentazione supplementiva della fattispecie controversa

L'affermata natura contrattuale della transazione non esaurisce i termini dell'analisi della fattispecie, che deve prendere in esame le questioni inerenti alla specifica efficacia del negozio, con riguardo alla sua incidenza sull'esercizio della futura azione amministrativa²¹⁶.

Solo in rapporto agli effetti del contratto nei confronti delle parti e di eventuali terzi può infatti cogliersi la stessa idoneità dell'operazione

²¹⁵ Anche in questa prospettiva, pertanto, sembra giustificata l'idea per cui il fenomeno può essere latamente ricondotto al *plea bargaining* o ad una visione allargata e teorico-generale del patteggiamento, nel quadro di una concezione del diritto che privilegia lo spontaneo adeguamento alla sanzione più mite in luogo dell'applicazione della sanzione più gravosa. Cfr. F. CORDERO, *op. cit.*, 1036 ss.

²¹⁶ Si muove dal presupposto per cui le questioni inerenti all'efficacia – qui genericamente intesa come attitudine degli atti ad incidere sia sulla realtà effettuale che sui rapporti intersoggettivi – rappresentino uno dei principali fattori di valutazione e misurazione dell'effettività di ogni singola proposta ricostruttiva, quale momento della più generale effettività del fenomeno giuridico, dove non appare possibile scindere momento teorico e momento pratico applicativo. Al riguardo, si rinvia per tutti ad A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 492 ss., fermo restando un richiamo a S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., 101 ss.

transattiva a determinare un concreto superamento della situazione litigiosa²¹⁷.

Come già emerso nell'esame della prassi e nella selezione dei tratti caratteristici dell'operazione transattiva, l'analisi del fenomeno non può essere limitata alla definizione della struttura del negozio, ma comprende anche la sua esecuzione e, in particolare, l'adempimento delle obbligazioni assunte dalle parti ai fini del superamento della lite²¹⁸.

In termini descrittivi, le transazioni stipulate dalla p.a. possono essere intese come una sorta di programma – o regolamento – avente ad oggetto le modalità di composizione della lite e la definizione delle reciproche concessioni pattuite dalle parti²¹⁹. Il contratto di transazione opera, dunque, come un presupposto dei successivi atti unilaterali delle parti: pagamenti di somme di danaro, costituzione di diritti reali su determinati immobili, emanazione di provvedimenti amministrativi²²⁰.

²¹⁷ Sull'efficacia della transazione, in rapporto alla soluzione della questione giuridica sottesa alla lite, cfr., fra gli altri, E. DEL PRATO, *op. cit.*, 828 ss.; G. GITTI, *La transazione*, 80 ss.; A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 52 ss.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 458 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 273 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 350 ss. Per il diritto amministrativo, resta fermo il rinvio ad E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 30 ss.

²¹⁸ Sulla complessità della fattispecie transattiva, anche in rapporto agli atti esecutivi del rapporto, cfr. F. ROMANO, *op. cit.*, 631 ss.

²¹⁹ Si tratta di una caratteristica già individuata da una parte della dottrina con riferimento a determinate tipologie di convenzione pubblicistica: cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 272 ss.; F.P. PUGLIESE, *op. cit.*, 1489 ss. Sulla possibilità di assimilare il contratto ad un regolamento di interessi idoneo a produrre una serie di ulteriori effetti giuridici, cfr. già la discussione critica di P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, 1345 ss., ed in particolare 1369, in termini richiamati anche da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 144 ss. Si tratta di una concezione fortemente debitrice della concezione bettiana del negozio giuridico, nei termini ricostruiti da F. GALGANO, *Negozio giuridico*, cit., 944; N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 29 ss.; C. MIRABELLI, *Negozio giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.

²²⁰ Cfr. già *supra*, cap. II, par. 4. Con riferimento alla natura unilaterale di queste prestazioni, parte della dottrina aveva erroneamente escluso la natura contrattuale della transazione, assimilandola alla combinazione di atti reciprocamente correlati: cfr. F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, cit., 185 ss.

L'aspetto più delicato attiene all'incidenza del contratto sulla futura attività amministrativa e, in particolare, sull'obbligo di tenere condotte o emanare provvedimenti ed atti che dovrebbero trovare il proprio unico fattore giustificativo nelle previsioni di legge che vincolano variamente l'amministrazione²²¹.

A questo riguardo, si è già osservato, in precedenza, come la transazione possa assumere una generica efficacia conformativa della condotta delle parti, operante rispetto alla loro futura attività e preordinata alla definizione di assetti di interessi idonei a sostituire la situazione litigiosa con un nuovo rapporto dotato di sufficiente stabilità²²².

Così intesa, tuttavia, l'efficacia conformativa della transazione – ricalcata sull'effetto di talune sentenze di annullamento ed accertamento²²³ – rischia di risolversi in una riproposizione dell'efficacia obbligatoria del contratto, senza alcuna utilità esplicativa²²⁴.

Occorre dunque chiarire in cosa consista il ravvisato effetto conformativo della transazione, in rapporto alle teorizzazioni civilistiche che hanno già approfondito questo versante del problema. Si deve fare riferimento a due contributi dottrinali che, pur in epoche diverse e mediante l'applicazione di differenti metodologie, hanno posto in rilievo quella che, in prima approssimazione, può definirsi come l'efficacia 'regolativa' del contratto di transazione²²⁵.

²²¹ Nella sua versione più stringente, il principio è sintetizzato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 35 ss., ai quali si rinvia per ulteriori ragguagli. Sul punto, cfr. pure C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., specie 144 ss., dove si distingue il principio di legalità in senso garantistico (inteso come il necessario fondamento legale dei poteri autoritativi della p.a.) dal principio di legalità indirizzo, inteso come vincolo di scopo idoneo a conformare sia l'attività autoritativa che quella *latu sensu* negoziale della p.a.

²²² Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

²²³ Si fa riferimento alle note pagine di M. NIGRO, *Il giudicato*, cit., 1524 ss.

²²⁴ Sulla tautologia sottesa alla stessa formulazione dell'art. 1372 c.c. in ordine all'efficacia del contratto fra le parti cfr. già F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 1961, 956 s. Per una critica alle tradizionali teorie dell'efficacia della transazione, caratterizzate da un eccesso di astrazione, cfr. G. GITTI, *La transazione*, cit., 80 ss.

²²⁵ Sul punto, cfr. A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 66, con riferimento all'efficacia innovativa della transazione, che, in tale prospettiva teorica, implica «la sostituzione di una nuova regola, di fonte convenzionale, ad una regola – di fonte legale o convenzionale – preesistente». Si osserva però, incidentalmente, come la preesistenza di una sicura e stabile regola giuridica idonea a conformare la fattispecie controversa debba essere a

La prima tesi si deve a Salvatore Romano, i cui studi vanno letti nella prospettiva teorico-generale volta a sperimentare le potenzialità della teoria ordinamentale paterna oltre il contesto originario in cui questa tesi era maturata²²⁶.

Come già osservato, nella prospettiva di Romano la transazione è assimilabile ad un negozio esecutivo finalizzato a superare la situazione di incertezza sottesa alla disciplina giuridica della questione controversa²²⁷. Il riferimento alla natura esecutiva della transazione implica che, a fronte della perdurante indeterminazione della norma giuridica applli-

propria volta messa in dubbio, dato che è proprio l'incertezza in ordine alla qualificazione del rapporto litigioso a giustificare, nella prospettiva che si segue, la scelta di transigere.

²²⁶ Cfr. SAL. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, cit., 477 ss.; ID., *L'atto esecutivo*, cit., 800 ss. L'applicazione delle teorie romane al diritto privato conferma come la stessa teoria dell'ordinamento giuridico, quale ambito di composizione del conflitto sociale, possa essere utilizzata per cogliere le premesse organizzative ed istituzionali del fenomeno. L'autocomposizione della lite, sotto questo profilo, può intendersi come un modo di soluzione del conflitto all'interno dell'ordinamento giuridico della singola amministrazione, salva la necessaria conformità del contratto all'ordinamento giuridico generale, le cui disposizioni (contenute nel Codice civile, o nella normazione speciale) operano come norme di riconoscimento della rilevanza giuridica dell'accordo anche rispetto all'ordinamento generale. Sul punto cfr. anche S. RUPERTO, *op. cit.*, 139 ss. Sull'importanza del contributo di Romano nella applicazione delle teorie paterne, cfr. F. MERUSI, *Il diritto privato*, cit., 649 ss.; A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 241 ss.

²²⁷ Cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 803 s.; ma così anche A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia*, cit., 42 s. Sulla rilevanza dell'incertezza quale presupposto della transazione cfr. anche G.B. FERRI, *Decisione negoziale*, cit., 28. Va da sé che, in questa prospettiva, la *res dubia* rappresenta un presupposto della transazione, nella parte in cui è l'incertezza inerente alla disciplina applicabile ad un dato rapporto a determinare l'insorgenza della lite, e, conseguentemente, la necessità di transigere. Sul punto, con riferimento alle liti di cui sia parte l'amministrazione, cfr. subito *infra*, nonché cap. V, par. 3, anche in rapporto alla necessità di differenziare il regime della transazione amministrativa da quello delle transazioni di diritto comune, rispetto alle quali si nega da più parti l'autonoma rilevanza dell'incertezza quale presupposto della lite. Al riguardo, cfr. anche *supra*, cap. I, par. 3.

cabile alla soluzione del rapporto, siano le parti stesse a regolare la fattispecie controversa²²⁸.

L'art. 1965 c.c. contempla, pertanto, una tecnica di sostituzione della disciplina legale incerta con la disciplina negoziale individuata dalle parti. Questo spiega sia perché la transazione configuri un'alternativa alla sentenza nella concretizzazione dei precetti legali, sia perché essa possa disciplinare il rapporto in maniera diversa dal giudice²²⁹.

Si può allora cogliere, in relazione a tale premessa, il significato specifico della «forza» di legge del contratto di transazione, nei termini dell'art. 1372 c.c. A fronte dell'incertezza inerente alla qualificazione giuridica del rapporto conflittuale, l'ordinamento statale consente un'autonoma determinazione della giuridicità del rapporto, consentendo alle parti di stabilire una disciplina della fattispecie finalizzata alla soluzione della lite²³⁰.

²²⁸ Cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 805, dove, espressamente, si sostiene come «nel momento in cui si sceglie di transigere, la situazione normativa... resta indeterminata: un'esecuzione è transattiva se compresa tra gli estremi della situazione normativa stessa [non determinata], rivelati nelle interpretazioni dei soggetti titolari delle figure soggettive contrapposte (poteri, diritti, obblighi, interessi)». Ma, sul punto, cfr. anche S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* (1930), in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 334 s.

²²⁹ Cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 805, e, successivamente, A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia*, cit., 151 ss. In tal senso sembrano deporre anche le suggestioni di C. VOCINO, *op. cit.*, 689 ss., in rapporto ai limiti del percorso conoscitivo del giudice ed alla conseguente possibilità di rinunciare alla tutela giudiziale – dall'esito incerto e non necessariamente conforme all'ipotetica disciplina legale di riferimento – a favore di una composizione negoziale della lite.

²³⁰ Sulla dimensione regolatoria e precettiva del contratto, cfr., fra gli altri, S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 9 ss., nonché E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 172 ss.; L. CARIO-TA FERRARA, *op. cit.*, 55 ss.; L. FERRI, *op. cit.*, 54 ss.; V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, III ed., Torino, 2011, 2 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 119 ss. Nel diritto amministrativo, cfr. A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia*, cit., 183 ss. Per una ricostruzione recente del dibattito, cfr. N. IRTI, *Destini dell'oggettività*, cit., 23 ss. Con specifico riferimento alla transazione, cfr. G.B. FERRI, *Decisione negoziale*, cit., 13 ss.; A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 70 ss. Sul punto cfr. pure V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 221, con riguardo alla concretizzazione delle finalità perseguite dalla p.a. mediante la determinazione della regola negoziale.

Ne deriva, per derivazione logica, come la transazione stessa si pone come fonte (integrativa e negoziale) del nuovo rapporto, e, dunque, come fattore giustificativo dell'emanazione di tutti gli atti finalizzati all'effettiva composizione della lite, ossia alla realizzazione degli effetti programmati dalle parti²³¹.

Un'altra e più recente tesi, profilata da Gitti, ravvisa nella transazione un contratto normativo successivo, ponendo l'accento sulla sua specifica idoneità a determinare una nuova regolazione degli interessi delle parti, in rapporto all'oggetto del contratto, rappresentato in tale prospettiva dalla stessa situazione litigiosa²³².

La riconduzione della transazione al più ampio *genus* dei contratti normativi ha particolare rilevanza anche nell'ambito del presente studio²³³. Essa esprime, infatti, l'attitudine del contratto a condizionare la successiva attività delle parti, che trova nelle previsioni contrattuali un parametro di riferimento per la formazione di ulteriori atti esecutivi del programma pattuito, siano essi bilaterali o unilaterali²³⁴.

²³¹ Tali implicazioni sono colte soprattutto da A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia*, cit., 151 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 3 ss.

²³² Cfr. G. GITTI, *La transazione*, cit., specie 83 ss., al quale si rinvia anche per una ricostruzione delle critiche alla tesi, e la loro ulteriore confutazione. Sulla possibilità di qualificare gli accordi procedurali (integrativi) come un contratto normativo, cfr. pure A. FEDERICO, *op. cit.*, 189 ss., che correttamente pone l'accento sulla funzione integratrice della fattispecie legale ad opera dello strumento negoziale. A differenza di quanto avviene in tale fattispecie, nel caso della transazione il contratto non integra la norma in quanto attributiva di potestà discrezionali, ma pone in essere una nuova regolazione del rapporto.

²³³ Cfr. G. GITTI, *Contratti regolamentari*, cit., specie 37 ss. È appena il caso di osservare come il fenomeno non vada confuso con l'accordo normativo cui fa riferimento M. DE DONNO, *op. cit.*, specie 326 ss., per designare accordi preordinati alla formazione di atti amministrativi generali o regolamenti, come avverrebbe, ad esempio, con riferimento agli accordi di pianificazione.

²³⁴ Per una ricostruzione del fenomeno, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo* (1937), in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1986, 144 ss.; S. MAIORCA, *op. cit.*, 170 ss.; F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 117 ss.; A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura normativa e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1995, 55 ss.; ID., *Accordo normativo*, cit., 168 ss. Più recentemente, cfr. R. FERCIA, *op. cit.*, 198.

In questa sede non si intende valutare criticamente tali ricostruzioni in rapporto al contesto culturale ed applicativo entro cui sono state elaborate, con specifico riferimento alla disciplina di diritto comune²³⁵.

Si deve, tuttavia, osservare come le due proposte teoriche abbiano indubbe potenzialità esplicative nell'ambito della transazione amministrativa, perché contribuiscono a chiarire il rapporto fra composizione transattiva della lite e principio di legalità²³⁶.

Ragionando in termini astratti, sarebbe palesemente contrario a tale principio – quantunque lo si voglia ridimensionare – ammettere che il contratto, in quanto fonte di un rapporto, possa essere la fonte dell'atto amministrativo funzionale alla composizione della controversia, in luogo del precetto legislativo²³⁷.

Tuttavia, un conto è ammettere che il principio di legalità si risolva nella necessità di individuare i singoli tipi di provvedimento emanabili dall'amministrazione competente, altro è attribuire alla legge la capacità di predeterminare, in termini del tutto esaustivi, i presupposti fattuali e le ragioni giuridiche del singolo provvedimento: elementi che, in concreto, possono essere oggetto di controversia²³⁸.

²³⁵ Per una discussione, cfr. ad esempio S. RUPERTO, *op. cit.*, 128 ss.

²³⁶ Per alcune aperture, in tal senso, cfr. già C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 151, dove si precisava come, nell'ambito della legalità indirizzo, il vincolo di scopo potesse essere stabilito anche dalla stessa amministrazione, mediante appositi atti (integrativi della legge). L'atto amministrativo assumeva, secondo questa impostazione, il ruolo di «fonte di specificazione dello scopo».

²³⁷ Che l'unica fonte dell'atto amministrativo debba rinvenirsi nella norma attributiva del potere, intesa come il prodotto interpretativo di leggi che individuano competenze, funzioni e categorie di atti da emanare in rapporto alla ricorrenza di determinati presupposti, non pare dubbio, per quanto all'interno di una concezione rigida e garantistica della legalità: cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 21 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 35 ss.

²³⁸ Cfr. A. FEDERICO, *op. cit.*, 189 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., 41 ss.; G. SALA, *Accordi*, cit., 229 ss. In tal senso depone anche la letteratura che ha colto nella crisi della legalità la crisi della capacità descrittiva e precettiva della fattispecie astratta, giustificando le potestà integrative della norma da parte dell'amministrazione: se l'attività integrativa è normalmente svolta in maniera unilaterale, nulla toglie che essa possa essere svolta in cooperazione con altri soggetti, mediante l'elaborazione di contratti normativi finalizzati a specificare il contenuto della norma attributiva del potere, nella prospettiva delle stesse parti. Fra i contributi recenti, cfr. V. DOMENICHELLI,

Sotto questo profilo, viene in rilievo la necessità di distinguere la natura della legalità quale principio e quale criterio direttivo dell'azione amministrativa²³⁹.

Quale principio, la legalità esprime il perdurante valore della subordinazione degli apparati amministrativi alle previsioni di legali di riferimento, nel solco di precise opzioni ideologiche tradotte in teoria dello Stato: in tal senso, la legalità esprime una perdurante esigenza teorica di uniforme e certa distribuzione del potere e di regolazione dei rapporti intersoggettivi²⁴⁰. Quale criterio direttivo, essa esprime l'effettiva capacità conformativa della legge, sia nei confronti degli apparati pubblici che dei soggetti privati: in tal caso, la prassi svela la debolezza della capacità precettiva della legge, mostrando come la qualificazione giuridica di un fatto o la soluzione di un problema interpretativo non siano stabiliti a priori dal legislatore, ma costituiscano l'esito di un'opera integrativa delle disparate e disorganiche fonti di riferimento²⁴¹.

Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1 ss.; F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011, 741 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità*, cit., 111 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 91 ss.; ID. *Introduzione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 21 ss. La questione era peraltro avvertita anche dalla dottrina più risalente: cfr. G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 25 ss.; A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., 121 ss.

²³⁹ Un'efficace sintesi della legalità quale principio e criterio direttivo si coglie nell'efficacia trilaterale della norma prospettata da D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., 72 ss., sulla quale cfr. G. BERTI, *Rileggendo Donato Donati* cit., 224 ss.

²⁴⁰ Da ultimo, cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2013, 371 ss., con ampi riferimenti bibliografici. Per quanto più interessa in rapporto all'oggetto di questo studio, la dimensione ideologica del fenomeno era stata già colta F. LEVI, *Legittimità*, cit., 133 ss.; F. SATTA, *op. cit.*, 32 ss.; F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 88 ss.

²⁴¹ Si tratta di un aspetto già efficacemente colto da O. RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 28, con riferimento al caso in cui l'amministrazione «può aver bisogno di determinare il contenuto o la portata di una norma giuridica, che può essere incerta o controversa», precisando come tale attività non fosse logicamente e praticamente distinta da quella del soggetto privato. In tal senso si deve intendere il moderno positivismo temperato di chi, non rifiutando la legalità amministrativa come valore ed ideale (storicamente determinato), prospetta la necessità di riservare all'amministrazione margini per la responsabile individuazione dei profili giuridici della propria attività, mediante una

Il fatto che l'amministrazione debba agire nel rispetto della legge, ed in conformità ad essa, non implica, dunque, alcuna necessaria certezza in ordine alla soluzione delle questioni che emergono nella prassi, sia per quanto concerne l'individuazione di determinati fatti ed interessi, che per quanto attiene alla loro valutazione o qualificazione²⁴².

È superfluo aggiungere come tali problemi siano ancor più evidenti quando l'amministrazione non svolga le proprie funzioni nell'ambito di procedimenti di routine, ma in contesti più articolati, in cui l'interesse pubblico non è garantito dall'assunzione di decisioni sulla base della classica sequenza "norma-procedimento-provvedimento". Oltre ai casi in cui l'amministrazione deve garantire prestazioni materiali a favore di determinati soggetti o categorie di utenti, basti considerare tutte le ipotesi in cui le decisioni devono essere assunte in contesti organizzativi complessi, caratterizzati da intrecci di competenze e funzioni²⁴³.

I limiti intrinseci del principio di legalità e le attuali caratteristiche del fenomeno amministrativo evidenziano come l'amministrazione operi sempre più spesso in un contesto di incertezza sistemica: con tale aggettivo si designa la fisiologica assenza di un sistema di regole idoneo a garantire una ragionevole previsione degli effetti dell'attività dei pubblici poteri, come pure dei soggetti che si relazionano con essi nel contesto ordinamentale di riferimento²⁴⁴.

serie di operazioni integrative della fattispecie legale di riferimento: limitando i rinvii alla dottrina amministrativistica, cfr. G. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 63 ss.; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XII ed., Padova, 2011, VI; G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012, 71 ss.; F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 88 ss. Si tratta, peraltro, di argomentazioni affini a quelle già prospettate da C. VOCINO, *op. cit.*, 689 ss.

²⁴² Su questi problemi, restano fondamentali le pagine di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 280 ss., e, successivamente, F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., 348 ss.

²⁴³ Non tutta l'attività amministrativa si presta, in altre parole, ad essere espressa nei termini di una funzione finalizzata a trasformare in atto la norma attributiva del potere, nel senso prospettato da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 1117 ss. I limiti di questa concezione sono colti, fra gli altri, da M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 119 ss., nonché S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 27 ss.

²⁴⁴ Si tratta di un'aspirazione compendiata già da T. HOBBS, *Lettera dedicatoria al De Cive* (1641), trad. it. Firenze, 1967, 20; G.W. LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere e insegnare la giurisprudenza* (1667), trad. it. Milano, 2012, 74 ss.; B. SPINOZA, *op.*

In tali evenienze, l'ordinamento non può vietare all'amministrazione di perseguire le proprie finalità istituzionali superando le lacune, le aporie e le contraddizioni del diritto positivo mediante una regolazione bilaterale del conflitto sorto in occasione dell'esercizio di determinate funzioni: torna a cogliersi, da questa prospettiva, il significato più pieno del *trans-agere*²⁴⁵.

Anche la transazione può infatti contribuire al raggiungimento di tali finalità, assumendo una specifica efficacia programmatica e normativa, che consente alle parti di superare la lite derivante dalla contrapposizione delle rispettive pretese mediante una propria regolazione del rapporto²⁴⁶.

cit., 523 ss. Sulla certezza del diritto come capacità di garantire una previsione delle azioni ed interazioni sociali, cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, 77 ss. Si tratta, tuttavia, di una posizione criticabile, sul piano epistemologico, a partire dal rilievo per cui un sistema giuridico è necessariamente aperto ed irriducibile a schematizzazioni, in considerazione dello stesso carattere creativo dell'attività di qualificazione giuridica del fatto, cfr. U. FRAGOLA, *Metodo matematico e scienza giuridica*, in *Giur. It.*, 1941, IV, 1 ss. Nella letteratura recente, cfr. F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO, L. MENGONI, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, II ed. Torino, 2017, 163 ss. Su un piano epistemologico più ampio, cfr. anche A. CARLEO, a cura di, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, *passim*; I. LICATA, *Incertezza. Un approccio sistemico*, in L. URBANI ULIVI, a cura di, *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, II, Bologna, 2013, specie 41 ss. Nella dottrina amministrativistica, cfr. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2014, 651 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 395 ss.; M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, 45 ss.; L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 171 ss.

²⁴⁵ Tale attitudine deve ritenersi implicita nella stessa efficacia regolativa del contratto, da intendere quale modo di integrazione dello stesso diritto positivo, in rapporto agli interessi delle parti. Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, *cit.*, 96 s.; O. RANELLETTI, *Le guarantee*, *op. cit.*, 29 ss. Nella dottrina successiva, cfr. G.B. FERRI, *Decisione negoziale*, *cit.*, 24 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato*, *cit.*, 414 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 140 ss.

²⁴⁶ Sull'efficacia normativa dei contratti della p.a., nel senso appena indicato, cfr. anche G. BERTI, *Il principio contrattuale*, *cit.*, 64. Richiamando la ricostruzione di W.

Nel momento in cui si attribuisce al contratto di transazione efficacia normativa, si conferisce alle parti la capacità di costituire un ordinamento particolare finalizzato alla stabile composizione della lite intercorrente fra esse, così da superare le carenze dell'ordinamento statale ed i limiti della legalità quale criterio direttivo idoneo a conformare l'azione delle parti²⁴⁷.

Ne discende che il contratto stesso può specificare presupposti e ragioni giuridiche dell'emanazione di provvedimenti finalizzati a comporre il conflitto, sempre che tali strumenti rientrino nelle prerogative della parte pubblica²⁴⁸.

CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, 2018, 33 ss., si può sottolineare come la transazione, in quanto funzionale alla composizione di una controversia che presuppone l'impossibilità pratica di stabilire, a priori, la disciplina applicabile alla situazione litigiosa, sia fonte negoziale che non si colloca né *praeter*, né *contra legem*, superando la condizione di indecidibilità che caratterizza la posizione delle parti in conflitto con una decisione finalizzata a risolvere il problema attraverso il suo superamento, ossia il *trans-agere*. A fronte della difficoltà di risolvere la lite, pertanto, la transazione opera come atto normativo legittimato dalla volontà delle parti, come tale idoneo a superare la situazione litigiosa con una più conveniente definizione degli assetti di interessi reciproci: sul piano generale, si tratterebbe di una tecnica di razionalizzazione dei rapporti conflittuali, nei termini posti in luce da H. ALBERT, *Per un razionalismo critico* (1969), trad. it. Bologna, 1973, 23 ss.

²⁴⁷ Cfr. già S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 8 ss., dove la regolazione del rapporto giuridico mediante atti di autonomia era esplicitamente intesa come «possibilità di darsi un ordinamento»; ID., *L'ordinamento*, cit., 70 in nota. Cfr. pure T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro* (1928), in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 181 ss.; A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, 14 ss. e, successivamente, A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss. Una più ampia discussione del tema si deve a SAL. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in ID., *Scritti*, cit., 454 ss., con riferimento alle posizioni assunte, al riguardo, da S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., 111 ss., oltre che da W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, 33 ss. e da F. VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, 481 ss.

²⁴⁸ Per un'apertura in tal senso, cfr. F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 115. Il fenomeno è ben descritto dalla dottrina più recente, propensa a valorizzare l'efficacia regolativa del contratto, anche in rapporto alla rilevanza che l'istituto assume nel contesto dell'integrazione europea: cfr. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 95 ss.; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto, Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018,

Si tratta di condizioni che derivano dalla perdurante subordinazione del contratto alla realizzazione di interessi pubblici, nei termini ricavabili dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dai canoni costituzionali individuati dall'art. 97 Cost.²⁴⁹. Tale conclusione appare coerente con la complessiva rilevanza accordata all'operazione transattiva.

Se essa si può intendere come tecnica di soluzione del problema giuridico in conformità alle esigenze di interesse pubblico che permeano ogni manifestazione dell'agire amministrativo, ne deriva la possibilità di utilizzare provvedimento e contratto quali mezzi per il superamento della controversia e per la composizione del conflitto, postulando anche forme di collegamento negoziale fra contratti normativi e provvedimenti esecutivi del programma stabilito dalle parti²⁵⁰.

Resta quindi da verificare come la ricostruzione formulata possa incidere sulla disciplina della transazione amministrativa.

19 ss. Lo stesso ordinamento contempla, del resto, ipotesi in cui la stessa norma attributiva del potere individuata dalla legge può essere integrata ed attuata da atti bilaterali che operano, a propria volta, quali presupposti e parametri di emanazione di provvedimenti amministrativi: cfr. G. GITTI, *L'accordo quadro di appalto pubblico*, in *Contratti*, 1995, 624 ss.; S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. SORACE, a cura di, *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 255 ss. Sul punto cfr. anche S. RUPERTO, *op. cit.*, 158. Da altra prospettiva, si potrebbe affermare che la transazione operi come autolimita concreto della futura attività dell'amministrazione (oltre che della controparte): cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, specie 92 ss.

²⁴⁹ Ciò implica, pertanto, che l'amministrazione possa emanare in concreto solo quei tipi di provvedimento astrattamente individuati dal legislatore, senza margini per la formazione di provvedimenti atipici, ossia finalizzati alla produzione di effetti giuridici non previsti dalla legge, nei termini generalmente riconducibili alle previsioni dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Sul piano sistematico, ciò discende dal rilievo per cui, quand'anche emanati in esecuzione di un contratto di transazione, i provvedimenti della p.a. sono riconducibili all'esercizio di funzioni autoritative, soggiacendo, pertanto, ai generali principi di tipicità (e nominatività) del provvedimento stesso.

²⁵⁰ Che la medesima fattispecie possa essere regolata da contratto e provvedimento appare, del resto, coerente con le acquisizioni della dottrina che meglio ha delineato i punti di contatto fra i due fenomeni, ancorché in termini rovesciati rispetto all'analisi che si effettua in questo studio (in cui il provvedimento può essere, sul piano logico e su quello temporale, conseguenza del pregresso accordo): cfr. F. GULLO, *op. cit.*, 278 ss., nonché G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 238 ss.

CAPITOLO QUINTO

LA DISCIPLINA CONTRATTUALE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

SOMMARIO. 1. *L'incidenza del diritto comune e della legislazione speciale nella disciplina del contratto di transazione.* 2. *Contenuto e regime delle decisioni dei contraenti.* 3. *Presupposti, causa ed oggetto della transazione amministrativa.* 4. *Validità, efficacia e stabilità del contratto.* 5. *I riflessi processuali della disciplina in rapporto alla tutela delle parti e dei terzi.* 6. *La transazione amministrativa nelle liti soggettivamente complesse: struttura ed implicazioni processuali.* 7. *La rilevanza della transazione nei giudizi di responsabilità amministrativa.*

1. *L'incidenza del diritto comune e della legislazione speciale nella disciplina del contratto di transazione*

Restano da approfondire i profili essenziali della disciplina del contratto, derivanti dall'interazione fra il tipo previsto dal Codice civile e le disposizioni cui fa rinvio l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990¹.

Si tratta di un'operazione indispensabile al fine di identificare le caratteristiche del negozio, di individuare le peculiarità che ne caratterizzano l'applicazione nel momento in cui la transazione viene utilizzata per la composizione di liti amministrative, di tracciare una linea di discriminazione rispetto a negozi funzionalmente affini ad essa².

¹ Si è già fatto riferimento al problema *supra*, cap. I, par. 6. Per un'impostazione della questione e delle premesse teoriche della disciplina, oltre a F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit. 114 ss., cfr., fra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune*, cit., 553 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., 405 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale*, cit., 1 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 205 ss.; C. FRANCHINI, *Pubblico e privato*, cit., 4 ss.; M. GOLA, *op. cit.*, 209 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa*, cit., 69 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 371 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 52 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo*, cit., 247 ss. Sul versante privatistico, cfr. C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Riv. Not.*, 2009, 1169 ss.; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 15/2005: che cosa cambia*, in *Corr. Merito*, 2005, 11 ss.

² L'esigenza di differenziare la disciplina del contratto non si impone solo in rapporto ad atti con funzione latamente transattiva, nei termini delineati sia nel cap. II, par. 2, che nel cap. IV., par. 6, ma anche in rapporto a figure negoziali atipiche, che ammi-

Ne deriva la necessità di verificare se, dalla combinazione dei differenti plessi normativi, possa ricavarsi uno specifico tipo di transazione, isolandone i tratti caratteristici³.

A tal fine, è doveroso chiarire il modo attraverso cui operano le interazioni fra disposizioni dettate per i comuni contratti e le previsioni cui fa rinvio l'art. 1, comma 1 *bis*, sulla base della disciplina dell'art. 11 c.c.⁴. L'inciso relativo alla possibilità che la legge possa disporre «diversamente», rispetto alla conformazione privatistica dell'attività non autoritativa, presenta, infatti, seri margini di ambiguità⁵.

nistrazione e privati possono potenzialmente concludere sulla base delle generali previsioni dell'art. 1322 c.c. Sul punto, cfr. M. DUGATO, *op. cit.*, 123 ss.; V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 224 ss., pur nell'ambito di una ricostruzione della disciplina dei contratti pubblici che tende a ridimensionare il ragionamento sulla base di modelli 'tipici', a favore di ricostruzioni che valorizzano la causa negoziale della complessiva operazione economica in cui si elabora il contratto dell'amministrazione.

³ Sul punto cfr. *supra*, cap. I, par. 6. Per un'impostazione del problema, anche con riferimento al rapporto fra tipo legale e tipo contrattuale (individuabile in rapporto alla prassi o, si aggiunge, all'interazione fra disciplina privatistica e legislazione speciale) cfr. G. DE NOVA, *Il tipo*, cit., 127 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 182 ss. Nei confronti di tale metodo, cfr. però le osservazioni critiche di S. RUPERTO, *op. cit.*, 483 ss.

⁴ Si reputa, al riguardo, che le disposizioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, si applichino ad ogni manifestazione di attività non autoritativa della p.a., e non alla sola ipotesi in cui l'amministrazione rinunci all'esercizio delle potestà autoritative riconosciute dalla l. n. 241/1990 a favore di moduli consensuali di esercizio della funzione. Ciò, in considerazione del fatto che l'art. 1, comma 1 *bis*, risulta collocato fra le norme di principio dell'azione amministrativa, il cui ambito di applicazione trascende il procedimento e l'ipotesi di esercizio consensuale del potere discrezionale ai sensi dell'art. 11 della stessa l. n. 241/1990. Rispetto alle previsioni dell'art. 11 c.c., inoltre, le disposizioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, assumono sia il carattere della legge speciale che della legge successiva nel tempo, integrando il contenuto dell'originaria disciplina codicistica, che appare quindi priva di autonoma (e reale) efficacia precettiva. La tesi che limita l'applicabilità dell'art. 1, comma 1 *bis*, alle ipotesi della sostituzione del provvedimento con contratto e accordi è stata sostenuta principalmente da L. IANNOTTA, *L'adozione di atti non autoritativi*, cit., 353 ss., sulla base di un'interpretazione letterale della disposizione, in cui si farebbe riferimento alla semantica tipica del potere unilaterale sostituito dall'accordo. Sul punto cfr. anche F. MERUSI, *Il diritto privato*, cit., 655 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., 96.

⁵ Cfr. M. GOLA, *op. cit.*, 210 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 384.

Sul piano sistematico, è discusso se il riferimento all'applicabilità del diritto privato vada inteso come norma sull'interpretazione, in forza della quale le lacune relative all'esercizio di funzioni non autoritative vanno risolte mediante l'applicazione di norme di diritto privato⁶; o se, in alternativa, il comma 1 *bis* contenga una norma interpretativa, funzionale a descrivere le modalità attraverso cui le singole leggi disciplinano determinati rapporti fra amministrazione e terzi, senza alcuna efficacia precettiva⁷.

Per affrontare la questione, non si può prescindere dal dato per cui il legislatore ha espressamente qualificato tale disposizione come norma di principio, concorrente con le previsioni dell'art. 1, comma 1, della stessa legge. Essa è conseguentemente dotata di una specifica portata precettiva, risultando preordinata ad individuare le caratteristiche generali della disciplina dell'attività non autoritativa⁸.

Ciò porta ad escludere che l'art. 1, comma 1 *bis*, abbia un contenuto ricognitivo e sia una mera norma interpretativa, limitandosi a confermare il contenuto di alcune consolidate partizioni dell'agire amministrativo, così da distinguere gli ambiti in cui le singole leggi possono qualifi-

⁶ Tale prospettiva, ancorché non esplicitata in dottrina, sembra seguita da G. GRECO, *L'azione amministrativa*, cit., 69 ss.; M. LIPARI, *Il diritto privato*, cit., 11 ss.

⁷ Sulle norme interpretative cfr. già S. ROMANO, *Corso*, cit., 31, e, successivamente, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 65 ss., dove si profilava la distinzione fra norme interpretative e norme sull'interpretazione. Le prime operano alla stregua di norme di qualificazione della fattispecie (a differenza delle norme sull'interpretazione, che regolano l'attività dell'interprete quando la qualificazione giuridica manchi o sia dubbia, come nel caso dell'art. 12 delle preleggi). Quale norma interpretativa, pertanto, l'art. 1, comma 1 *bis*, avrebbe una portata precettiva relativamente limitata, perché si limiterebbe a riconoscere, senza specifici effetti innovativi ed alla stregua di una norma manifesto, la possibilità di disciplinare l'attività amministrativa sia mediante norme di diritto privato, sia mediante norme di diritto amministrativo: richiamando dottrine e classificazioni tradizionali, il legislatore non avrebbe fatto altro che riconoscere l'esistenza di una attività amministrativa di diritto privato. In tal senso cfr., fra gli altri, M. GOLA, *op. cit.*, 210 s.; B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza*, cit., 1 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., 96 ss. Va da sé che, in tale prospettiva, qui non accolta, l'art. 1, comma 1 *bis*, perderebbe larga parte della sua utilità: cfr. D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale*, cit., 2.

⁸ Sul punto cfr. D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale*, cit., 2 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa*, cit., 69 ss.; N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis*, cit., 79 ss.

care le varie fattispecie sulla base di norme del diritto pubblico o di un diritto privato caratterizzato da alcuni margini di specialità⁹.

Escluso che si tratti di una norma interpretativa, occorre precisare in che termini l'art. 1, comma 1 *bis*, possa operare alla stregua di una norma sull'interpretazione, dettando, in particolare, un criterio di soluzione di eventuali lacune o antinomie attinenti alla disciplina dell'attività amministrativa¹⁰.

A questo scopo, occorre considerare il rapporto sussistente fra le previsioni dell'art. 12 delle preleggi e dell'art. 1, comma 1 *bis*.

Se la prima norma precisa i limiti dell'interpretazione estensiva ed analogica rispetto ad ogni attività di diritto comune, la seconda opera quale norma sull'interpretazione dell'attività non autoritativa della p.a., in aggiunta alla disciplina dell'art. 12 delle preleggi. Si tratta, pertanto, di una norma generale di inclusione – o di *default* – che riserva al diritto comune tutta la disciplina dell'attività non autoritativa che non sia oggetto di norme speciali¹¹.

L'art. 1, comma 1 *bis*, chiarisce come nell'attività non autoritativa della p.a. l'applicazione della disciplina di diritto privato – o, meglio, comune – costituisca la regola, salve eccezioni imposte da fonti che

⁹ Così G. GRECO, *L'azione amministrativa*, cit., 81 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 384; N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis*, cit., 79 ss.

¹⁰ Cfr. A. MOLITERNI, *op. cit.*, 384 s.; N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis*, cit., 79 ss. Il fenomeno non va confuso con la possibilità di utilizzare i principi di diritto comune quale fonte di integrazione della stessa disciplina pubblicistica, in termini già desumibili dalla posizione di F. MERUSI, *Introduzione*, in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001 cit., 7 ss., recentemente approfonditi da L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 384 ss.

¹¹ Sui concetti di norma generale di inclusione e di esclusione cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., 254; E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, 211. Sul concetto di norma generale di *default*, in termini analoghi a quelli utilizzati per descrivere la norma generale di inclusione, cfr. R. CRASWELL, *Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising*, in *Mich. Law Review*, 1989, 489 ss.; C.A. RILEY, *Designing Default Rules in Contract Law*, in *Oxford Jour. of Legal Studies*, 2000, 367 ss.; E.A. POSNER, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, in *Florida State Univ. Law Rev.*, 2006, 564 ss.

dispongono «diversamente», a conferma del fatto che l'attività non autoritativa ha carattere residuale rispetto all'attività autoritativa¹².

Assunto che tali fonti introducono regole speciali rispetto alla disciplina di diritto comune, ne deriva la necessità di interpretare le singole disposizioni in senso restrittivo¹³. Sulla base di queste coordinate, è possibile individuare tre modi attraverso cui le regole speciali disciplinano l'attività non autoritativa¹⁴.

La tripartizione può essere sintetizzata come segue: alcune disposizioni integrano la disciplina privatistica, senza alterare la fisionomia dei singoli istituti, nel rispetto dei principi del diritto privato¹⁵; altre posso-

¹² L'attività non autoritativa troverebbe dunque il suo fondamento nella capacità giuridica generale della p.a., quale soggetto dell'ordinamento posto sullo stesso piano di qualunque altro soggetto, nel perseguimento delle finalità istituzionali connaturate alla articolazione delle singole istituzioni quali centro di imputazione di interessi. Solo qualora la capacità generale della p.a. implicasse l'esercizio di poteri eteronomi, come tali idonei a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche senza il necessario consenso del destinatario dell'azione, il principio di legalità opererebbe quale limite e garanzia delle prerogative dei destinatari, sulla base delle previsioni degli artt. 23 e 97 Cost. La conclusione è coerente con il rilievo, pregiuridico, per cui l'amministrazione esiste, quale struttura organizzativa, in un momento anteriore all'attribuzione delle singole funzioni da parte della legge, esercitando le proprie attività in termini continuativi ed irriducibili alle singole attribuzioni sottese alle norme di riferimento: per un'impostazione generale, cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 47, con riferimento al carattere 'permanente' dell'istituzione. Il problema è affrontato anche in rapporto alla struttura delle norme giuridiche, specie in riferimento alla norma di attribuzione del potere amministrativo, che postula pur sempre la pregressa esistenza di un apparato cui imputare gli effetti della norma stessa: sul punto, cfr. G. FALCON, *Norme di relazione*, cit., 11, con riferimento a E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 32, dove si osservava come «la potestà di impero dello Stato verso i cittadini viene concepita come potenzialmente illimitata, [spettando] appunto alle norme di relazione il compito di limitarla in concreto». Così impostato, il problema si inserisce nel più generale quadro dei rapporti fra legge ed amministrazione nell'evoluzione dello Stato di diritto, rispetto al quale può farsi in questa sede generale rinvio a F. LEVI, *Legittimità*, cit., 124 ss.

¹³ In termini analoghi, cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa*, cit., 69 ss.

¹⁴ Come notato da D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale*, cit., 2 ss., in tale prospettiva il problema principale è verificare in che modo il diritto pubblico incida sul regime privatistico, innovando o meno l'assetto dell'attività contrattuale (e non solo) della p.a.

¹⁵ Si fa riferimento a disposizioni che regolano la competenza degli organi titolari del potere negoziale; che impongono l'acquisizione di determinati pareri o atti interlo-

no introdurre esplicite deroghe, limitando l'applicazione di determinati istituti all'esercizio dell'attività non autoritativa¹⁶; altre ancora possono eccezionalmente vietare l'applicazione della disciplina privatistica, regolando la fattispecie in funzione degli interessi dell'amministrazione¹⁷.

Le norme del primo tipo si applicano alla transazione amministrativa senza alterare la struttura del contratto¹⁸. Oltre gli adempimenti che connotano l'operazione transattiva¹⁹, e gli specifici requisiti di forma²⁰,

cutori; che fissano forme di pubblicità del contratto; che subordinano l'efficacia del contratto ad approvazioni, visti, registrazioni e simili. Per questi aspetti, cfr. S. VINTI, *Limiti funzionali*, cit., 449 ss. Per una ricognizione generale cfr. pure V. CERULLI IRELLI, *Attività amministrativa*, cit., 22 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 137 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 114 ss. Per un'applicazione, che fa discendere dalla violazione delle norme in materia di competenza a transigere l'inefficacia del contratto, applicando la disciplina relativa del *falsus procurator*, cfr. Cass. civ., sez. I, 13.7.2015, n. 14583.

¹⁶ Si considerino le previsioni che impongono specifici adempimenti formali ai fini della stipulazione e sottoscrizione del contratto, limitando l'operatività del principio di libertà delle forme (con specifico riferimento alla forma scritta *ad substantiam*); alle disposizioni che consentono il recesso della parte pubblica in ipotesi ulteriori rispetto alla mera risoluzione del rapporto, nei termini generalmente previsti dall'art. 21 *sexies* della l. n. 241/1990 e dalla disciplina dell'evidenza pubblica, nei casi previsti dal d.lgs. n. 50/2016, come pure da altre norme speciali sulle modalità di formazione della volontà negoziale dell'amministrazione. In larga parte, tale disciplina connota il sistema dei contratti pubblici, anche per l'influenza della disciplina europea 'pro-concorrenziale' nei termini descritti, tra gli altri, da R. CARANTA, *I contratti*, cit., 171 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato*, cit., 55 ss.; S. VINTI, *Limiti funzionali*, cit., 73 ss.

¹⁷ È il caso di una serie di norme imperative normalmente preordinate ad integrare il contenuto dei contratti dell'amministrazione anche a fronte della diversa volontà delle parti contraenti. Si tratta, in altri termini, di disposizioni aventi ad oggetto il c.d. contenuto negoziale obbligatorio, individuato da S. VINTI, *Limiti funzionali*, cit., 463 ss. Con riferimento alle transazioni, cfr. l'art. 35 del d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, dove si vieta qualsiasi attività contrattuale con società o enti esterni aventi sede in Stati che non permettono di individuare i soggetti che ne detengono la proprietà o il controllo. Stessi effetti ha, sul piano più generale, la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 159/2001 (c.d. Codice antimafia), ai fini della partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 80, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

¹⁸ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

¹⁹ Sul punto, si rinvia *supra*, cap. IV, 4, anche con riferimento alle previsioni del r.d. 13 del r.d. n. 1611/1933; l'art. 14 del r.d. n. 2440/1923 e dell'art. 239, comma 1, lett. b), n. 6 del d.lgs. n. 267/2000, con riferimento al parere obbligatorio dell'organo di revisione dell'ente locale.

vengono in rilievo la disciplina del r.d. 2440/1923 in materia di approvazione dei contratti della p.a.²¹, le norme sulla pubblicità e trasparenza previste dalla l. n. 33/2013²², le previsioni in materia di contenimento della spesa pubblica²³.

Nella ricostruzione del regime della transazione, sarà invece necessario verificare il modo in cui le norme del secondo e terzo tipo incidono sulla complessiva disciplina del negozio, introducendo deroghe o divieti di applicare le previsioni del Codice civile²⁴.

Su tali variazioni si soffermerà la parte finale dell'indagine, al fine di chiarire quali siano le principali alterazioni che il tipo contrattuale

²⁰ Sulla forma *ad substantiam* della transazione, al pari di ogni altro contratto concluso dalla p.a., cfr. ancora una volta *supra*, cap. II, par. 2 e cap. IV, par. 4. Parte della giurisprudenza esclude, tuttavia, che la forma scritta *ad substantiam* possa applicarsi alle transazioni degli enti pubblici economici, in considerazione del fatto che ad essi non si estenderebbero le previsioni del r. d. 2440/1923: cfr. Cons. Stato, sez. V, 29.5.2019, n. 3575.

²¹ Cfr., in particolare, le previsioni dell'art. 19 del r.d. n. 2440/1923, su cui più ampiamente *infra*.

²² Secondo quanto previsto dagli artt. 4 *bis*, 26 e 30 della l. n. 33/2013, anche i contratti di transazione si reputano soggetti a pubblicazione. Per una ricognizione generale della disciplina, cfr., fra gli altri, E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. Amm.*, 2016, 579 ss.; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 2015, 121 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2017, 65 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa*, in *Dir. Amm.*, 2013, 749 ss.

²³ Cfr., in particolare, le disposizioni dell'art. 35, comma 3 *bis*, del d.l. n. 1/2012, che subordina la stipulazione del contratto alla rinuncia della controparte agli interessi ed alla rivalutazione monetaria della somma riconosciuta.

²⁴ Non si tratta di un fenomeno radicalmente nuovo, posto che esso ripropone, nello specifico ambito di riferimento, le questioni inerenti all'incidenza della disciplina speciale sul tipo negoziale codicistico, nei termini indicati, fra gli altri, da P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 250 ss., al quale si rinvia, *ivi*, 254 ss., anche per una revisione critica del concetto di 'funzionalizzazione' dell'autonomia privata e del contratto alla tutela dell'interesse pubblico (concetto che l'A. reputava evanescente, se non ricondotto all'analisi dei modi di conformazione dell'attività negoziale alla tutela di interessi ultra-individuali). Più recentemente, cfr. F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012, 67 ss.

stabilito dal Codice civile patisce in forza della disciplina derogatoria applicabile alla sola amministrazione, sia sul piano sostanziale che su quello processuale²⁵.

Gli aspetti su cui occorre concentrare l'indagine attengono alla manifestazione della volontà delle parti; ai presupposti, alla causa ed all'oggetto del contratto; alla validità ed efficacia del negozio.

2. *Contenuto e regime delle decisioni dei contraenti*

L'interazione fra diritto comune e speciale emerge con nitore già nel momento dell'individuazione del regime delle decisioni dei contraenti. Si tratta di uno snodo essenziale nella ricostruzione della disciplina del contratto, anche per i riflessi processuali sottesi²⁶.

Il problema non si pone nel diritto comune, dove il contratto è il frutto delle manifestazioni di volontà delle parti, sottoposte ad un regime omogeneo se non per quanto concerne alcuni aspetti formali inerenti alla legale rappresentanza delle persone giuridiche²⁷.

La situazione è più complessa per la transazione amministrativa, dato che la peculiare posizione istituzionale dell'amministrazione incide sulla formazione e manifestazione della volontà dei singoli enti. Le soluzioni possono variare in rapporto alla configurazione del complessivo regime della consensualità, secondo le combinazioni più varie, ampiamente documentate sia in dottrina che nella prassi²⁸.

²⁵ La proposta ricostruttiva si inserisce, pertanto, nel dibattito inerente alla natura ed ai limiti dell'autonomia negoziale della p.a., nei termini recentemente ricostruiti, in chiave critica, da A. MOLITERNI, *op. cit.*, specie 348 ss. Sullo specifico punto, cfr. anche P. CHIRULLI, *Attività amministrativa*, cit., 301 ss.

²⁶ Si tratta di una questione incidentalmente anticipata *supra*, cap. I, par. 6, cap. II, parr. 2 e 3, e cap. IV, par. 4. Va rammentato come, nella prassi negoziale, si tratti di una decisione che viene normalmente esternata a seguito di trattative informali, o scarsamente formalizzate, fra le parti.

²⁷ Cfr. O. SEPE, *op. cit.*, 991 ss.

²⁸ Si fa riferimento alla dottrina che, anche sulla base delle teorizzazioni tedesche e francesi, si è occupata dell'incontro di volontà negoziali nell'ambito delle teorie sul contratto di diritto pubblico, sul modello dell'evidenza pubblica, sul contratto a doppio stadio, ad oggetto pubblico o sulle convenzioni pubblicistiche. Basti rinviare alle diffe-

I canoni interpretativi che si possono evincere dall'art. 1, comma 1 *bis*, impongono di verificare se la decisione della p.a. si traduca in provvedimento discrezionale, al quale attribuire una specifica efficacia costitutiva ai fini della stipulazione del contratto.

La soluzione negativa della questione è coerente con le premesse relative alle modalità dell'operazione transattiva e con il carattere non autoritativo di tale attività. Non sembrano, infatti, sussistere espresse previsioni legali che, in conformità ai principi di tipicità e nominatività, permettano di qualificare la manifestazione di volontà della parte pubblica come un provvedimento²⁹.

Oltre alla riscontrata carenza di previsioni generali, non si ravvisano i margini per applicare in via analogica le previsioni dell'art. 11, comma 4 *bis*, della l. n. 241/1990, dato che il regime degli accordi procedurali opera su piani distinti rispetto alla transazione³⁰. Il tentativo dottrinale di conferire a tali atti uno scopo transattivo non è sufficiente

renti posizioni espresse, tra gli altri, F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 108 ss., nonché A. BARDUSCO, *op. cit.*, 172 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 279 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 238 ss.; R. FERRARA, *Gli accordi*, cit., 17 ss.; G. GRECO, *I contratti*, cit., 15 ss., nonché A. BENEDETTI, *op. cit.*, 48 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 6 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., 69 ss.; P.L. PORTALURI, *op. cit.*, 68 ss. Sul punto cfr. anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 363 ss. Va da sé che la soluzione proposta fa riferimento al solo fenomeno delle transazioni amministrative, e non si presta, di per sé, ad ulteriori generalizzazioni: al riguardo, rimane doveroso valutare la conformazione delle differenti tipologie di attività contrattuale dell'amministrazione in rapporto alla disciplina di riferimento.

²⁹ Non appare positivamente confermata, pertanto, la tesi per cui il provvedimento debba sempre precedere il contratto, posto che tale conclusione contrasta, a tacer d'altro, con i principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti, ancor più nel caso in cui essi siano attributivi di vantaggi economici a favore del privato. Per la posizione qui contestata, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 377 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 461, rispetto ai quali possono richiamarsi le osservazioni di G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 290 ss., nonché di E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 10 ss. e 112 ss.

³⁰ Ciò non toglie che, in specifiche fattispecie, sia possibile individuare uno schema affine alle previsioni dell'art. 11 della l. n. 241/1990, come ad esempio avviene nel caso delle transazioni disciplinate dall'art. 66 del D.P.C.M. 24.11.2016, in materia di attività contrattuale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza: la proposta di transazione è infatti soggetta ad una approvazione preventiva del direttore generale, che, secondo le previsioni regolamentari, ha gli effetti di un'autorizzazione a contrarre.

ai fini dell'applicazione analogica di tali prescrizioni, in considerazione delle già riscontrate differenze fra i due fenomeni³¹.

Non è maggiormente fruttuoso il tentativo di estendere alle transazioni la risalente disciplina della trattativa privata stabilita in materia di contabilità pubblica, applicabile ai negozi che non rientrano nell'ambito del Codice dei contratti pubblici³².

In tali ipotesi, è implicita la necessità di scegliere un contraente in grado di offrire beni e servizi a condizioni economiche ottimali, considerando le esigenze del contraente pubblico³³. Tale presupposto è escluso nel caso della transazione, posto che la ragione economico sociale del contratto va individuata in un pregresso rapporto litigioso che riguarda soggetti ben determinati, al di fuori di ogni logica di mercato nella produzione e nello scambio di beni e servizi³⁴.

Non risultano persuasivi neppure gli orientamenti che superano gli ostacoli rappresentati da tipicità e nominatività dei provvedimenti, qua-

³¹ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3, specie con riferimento alle posizioni di G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 243 ss., dal quale si dissente in rapporto alla riscontrata 'atipicità' degli accordi procedimentali, che si reputano connotati da una propria tipicità, in rapporto alle funzioni esercitate ed al tipo di provvedimento integrato e sostituito. Sui limiti dell'argomentazione analogica nel diritto amministrativo cfr. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 1075 ss.; M. FRANCAZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 173 ss. Per una prima impostazione del tema, cfr. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica* (1941), in *ID.*, *Scritti*, II, Milano, 2002, 221 ss.

³² Per questa tesi, giustificabile sulla base delle previsioni dell'art. 41 del r.d. n. 827/1924, cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione*, cit., 1 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale*, cit., 109 ss. In giurisprudenza, cfr. Tar Catania, sez. III, 8.11.2018, n. 2122; Cons. Stato, sez. VI, 17.12.2007, n. 6471. In senso contrario cfr. però Cons. Stato, sez. VI, 4.9.2007, n. 4634; Cass. Civ., Sez. Un., 18.11.1998, n. 11619.

³³ Per una ricostruzione dei fondamenti economici, prima ancora che giuridici, del fenomeno, in una fase anteriore a quella derivante dall'europeizzazione del settore, cfr. G. NAPOLITANO, *Le origini e il ruolo economico dello Stato*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, 95 ss.

³⁴ Si prescinde dal rilievo per cui, secondo le impostazioni più risalenti, la stessa trattativa privata non implicherebbe lo svolgimento di una procedura, né la formazione di un provvedimento amministrativo: cfr. O. SEPE, *op. cit.*, 1005 ss.

lificando le manifestazioni di volontà alla stregua di atti sottoposti a regime amministrativo, per il fatto di essere imputabili a soggetti che agirebbero pur sempre in veste di autorità³⁵.

Contro tali tesi si deve attualmente opporre il rilievo per cui l'art. 1, comma 1 *bis*, non conferisce specifica rilevanza alla posizione di 'autorità' tradizionalmente ascrivibile ad alcune amministrazioni, limitandosi a distinguere – sul piano della mera disciplina – l'attività autoritativa da quella non autoritativa. Tralasciando le difficoltà derivanti dalla definizione di tali fenomeni, è sufficiente osservare come l'attività autoritativa sia quella che si esprime mediante atti o provvedimenti tipici e nominati, senza margini per estendere il generale regime pubblicistico ad ulteriori decisioni³⁶.

Le incertezze che caratterizzano, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'individuazione del regime di determinazioni o delibere a contrarre, non qualificate dalla legge come provvedimenti, conferma le difficoltà di ricostruire la fattispecie in una chiave pubblicistica³⁷. Nulla esclude

³⁵ Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 257 ss. e G. GRECO, *I contratti*, cit., 95 ss., e, successivamente, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 112 ss. Se queste tesi sembrano giustificare il regime speciale dell'atto, in forza della sua riconducibilità ad un soggetto pubblico, tale criterio di imputazione non pare sufficiente a determinare l'estensione del regime del provvedimento ad ogni decisione della p.a., specie a fronte del silenzio del legislatore in materia. Rileva le criticità di queste ricostruzioni anche F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 17 in nota.

³⁶ Cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 733 ss. e 853 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto autoritativo?*, cit., 759 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, cit., 665 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 46 s. Gli esempi di provvedimenti che condizionano la stipulazione della transazione non mancano, ma sono insuscettibili di interpretazione estensiva, e non possono essere reputati espressivi di un principio, a fronte della necessità di fondare il regime del provvedimento su espresse disposizioni di legge: cfr. l'art. 306 del d.lgs. n. 152/2006, con riferimento alle transazioni ambientali.

³⁷ Cfr. sia la disciplina prevista dall'art. 3 del r.d. n. 2440/1923 che dall'art. 192 del d.lgs. n. 267/2000, che disciplinano le determinazioni a contrarre, nell'ambito di procedure di evidenza pubblica preordinate alla scelta del contraente in un regime di mercato: ipotesi che non si ravvisano, come noto, nella transazione. Cfr. M. NIGRO, *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 998 ss., nonché G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione*, cit., 95 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1577 ss. Sulla natura provvedimentale delle deliberazioni cfr. invece A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione* (1953), in *Id.*, *Scritti*,

che determinati atti possano essere soggetti al regime pubblicistico in quanto imputabili alla p.a., ma resta ferma la necessità di individuare nelle singole previsioni di legge gli specifici caratteri di tale disciplina³⁸.

Anche la prassi conferma tali ambiguità, come confermano gli atti di ‘approvazione’ degli schemi di accordo predisposti dalle parti, che non rientrano nella fattispecie prevista dall’art. 19 del r.d. 2440/1923, risolvendosi in una presa d’atto dell’intesa già raggiunta e nel conferimento della delega a stipulare il contratto al legale rappresentante della p.a.³⁹.

III, Napoli, 1990; 194 ss.; ID., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica Amministrazione* (1965), *ivi*, 349 ss. Sulla natura delle deliberazioni a contrarre, quali meri atti interni, cfr. Cass. civ., sez. I, 3.1.2001, n. 59; Cass. civ., sez. I, 12.5.1995, n. 5179.

³⁸ In tal senso cfr. anche G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione*, cit., 95 ss., con riferimento alla disciplina dei c.d. atti amministrativi negoziali, che, nell’impostazione dell’A., altro non sarebbero che atti imputabili all’amministrazione, ma caratterizzati da effetti civilistici.

³⁹ Nel caso degli enti locali, la competenza a transigere spetta, normalmente, ai singoli dirigenti, sulla base delle previsioni generali dell’art. 107, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 267/2000 (nei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, la competenza spetta ai singoli Assessori, ai sensi dell’art. 53, comma 23, della l. n. 588/2000). Non è tuttavia escluso che il Consiglio comunale possa attribuirsi la decisione di transigere, nei casi individuati dall’art. 42, comma 2, lett. i), del d.lgs. n. 267/2000, ossia nell’ipotesi di transazioni che impegnino la p.a. per i successivi esercizi di bilancio; lo stesso può accadere nel caso indicato dalla successiva lett. l), con riferimento ad accordi transattivi che determinano alienazioni o acquisizioni immobiliari, o fuoriescano dalla c.d. ordinaria amministrazione degli apparati amministrativi. La natura residuale della lett. l) evidenzia, anche sulla base della prassi giudiziale, la possibilità di qualificare le delibere che approvano la transazione come atti di competenza consiliare: cfr. Tar Sardegna, sez. I, 12.5.2011, n. 476. Non mancano, tuttavia, casi in cui la scelta di transigere è deliberata dalla Giunta, sulla base delle previsioni residuali dell’art. 48 del d.lgs. n. 267/2000: l’ipotesi riguarda transazioni che non sono riconducibili a scelte di indirizzo, ma riguardano la gestione del patrimonio dell’ente locale, senza avere tuttavia il carattere esecutivo e gestionale che giustificerebbe un’attribuzione di competenza ai singoli dirigenti. Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25.3.2011, n. 401; Cons. Stato, sez. V, 13.4.2010, n. 2028; Tar Sardegna, sez. I, 5.5.2009, n. 577.

Ne deriva, per esclusione, la necessità di individuare nel diritto comune la qualificazione dell'atto attraverso cui si manifesta la definitiva volontà di transigere, qualora la legge non disponga diversamente⁴⁰.

La norma di riferimento è rappresentata, a tal fine, dall'art. 1324 c.c., avente ad oggetto la disciplina generale degli atti unilaterali⁴¹.

⁴⁰ La prospettiva accolta non è estranea a tentativi di qualificazione compiuti in passato: cfr., ad esempio, M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative* (1952), in ID., *Scritti*, III, cit., 584 ss., con riferimento alla c.d. deliberazione-esternazione, nonché E. CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*, in *Foro Amm.*, 1961, 51 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 112. Successivamente, cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, 41 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 316 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 233; N. PAOLANTONIO, *L'art. 1, comma 1 bis*, cit., 105 ss. Sono note anche le critiche a queste ricostruzioni, che sembrano tuttavia incentrarsi sulle caratteristiche del regime dei contratti, più che sull'ammissibilità della proposta ricostruttiva, enfatizzando la pretesa incoerenza fra matrice privatistica e regime speciale del contratto individuato dai singoli Autori: la critica va, forse, oltre il segno, in considerazione del fatto che la qualificazione del fenomeno sulla base delle categorie del diritto comune non implica che l'intero contratto sia necessariamente retto da sole norme dispositive. Per tali critiche, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 303 ss., il quale tuttavia precisava, opportunamente, *ivi*, 280, come, accanto a convenzioni in cui l'atto amministrativo di adesione al rapporto precedeva la costituzione del vincolo negoziale, fosse possibile ipotizzare casi in cui «l'attività dell'amministrazione appare, per ciò che concerne il regime del negozio e degli atti che lo originano, in tutto e per tutto privatistica» (corsivi dell'A.). La prospettiva che si segue non è infirmata dall'interpretazione restrittiva dell'art. 1, comma 1 bis, della l. n. 241/1990 profilata, fra gli altri, da F. MERUSI, *L'attività amministrativa*, cit., 652 ss.; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Riforma della l. n. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2005, 19 ss. e sintetizzata da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 45 ss.: il fatto che l'attività sia funzionalizzata alla tutela di interessi pubblici ai sensi dell'art. 1, comma 1, non legittima l'assunto per cui si sarebbe sempre di fronte all'esercizio di poteri tali da giustificare una disciplina speciale, e derogatoria, rispetto a quella dei normali atti unilaterali. Tali critiche sembrano, infatti, sovrapporre il piano della descrizione del fenomeno amministrativo, come attività funzionalizzata alla tutela del pubblico interesse, con il piano dell'analisi del regime applicabile ai vari strumenti di esercizio della funzione: l'art. 1, comma 1 bis, impone semmai di distinguere il binomio "autoritatività-provvedimento" da quello "non autoritatività-atti unilaterali (o bilaterali)", giustificando una variazione di regime in rapporto alle disposizioni di legge applicabili.

⁴¹ Per una qualificazione non provvedimentale di tali atti cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2014, 54. Per un parallelismo fra atti unilate-

Non è dubbio che la decisione di transigere dell'amministrazione abbia tali caratteristiche, nella parte in cui essa proviene dalla sola parte pubblica ed è imputabile all'organo titolare del potere di decidere in materia⁴², in forza delle norme distribuzione delle competenze che connotano l'esercizio dell'attività contrattuale dei vari enti⁴³.

L'unilateralità dell'atto va, tuttavia, colta in rapporto alla complessiva disciplina dell'operazione transattiva, dalla quale emerge come si tratti di un decisione prodromica alla definitiva stipulazione del contratto⁴⁴.

La collocazione dell'atto all'interno di una fattispecie a formazione progressiva consente, pertanto, di assimilare la decisione della p.a. ad una dichiarazione di intenti, preordinata ad esprimere la posizione dei singoli organi in ordine alla necessità di transigere, sulla base di quanto emerso nel corso delle trattative⁴⁵.

rali e provvedimenti, in rapporto alle tecniche di produzione dell'effetto giuridico, cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 736 s. Occorre tuttavia sottolineare, rispetto alla ricostruzione dell'A., come l'atto unilaterale di diritto privato non sia sempre e necessariamente idoneo a produrre effetti giuridici contro la volontà della controparte, che assume rilievo quantomeno nei termini dell'accettazione dell'effetto favorevole. Si osserva, incidentalmente, come l'art. 19 del r.d. n. 2440/1923 impedisca di assimilare l'ipotesi in esame a quella del contratto con obbligazione del solo proponente, ai sensi dell'art. 1333 c.c., in considerazione del fatto che la proposta della p.a. non deve ritenersi vincolante per la parte pubblica prima della successiva approvazione del negozio.

⁴² Sull'unilateralità degli atti dell'amministrazione, cfr. G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 238 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 810; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 18 s.

⁴³ Non è possibile approfondire, in questa sede, i problemi relativi alle peculiarità del riparto di competenza in materia contrattuale, che caratterizza l'attività delle singole amministrazioni in rapporto alla natura giuridica dell'ente ed alle corrispondenti norme di organizzazione interna. Con riferimento alle transazioni degli enti locali e della disciplina del d.lgs. n. 267/2000 cfr. tuttavia appena *supra*, nota, 39.

⁴⁴ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2 e 3, e cap. IV, par. 4 e 5.

⁴⁵ Sulle dichiarazioni di intenti, come atti elaborati nell'ambito delle prassi contrattuali, cfr. P. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, V, Torino, 1989, 329 ss.; E. CARUSO, *Le dichiarazioni di intenti*, in F. REALMONTE, a cura di, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996, 281 ss.; R. SPECIALE, *La dichiarazione d'intenti*, in G. ALPA, M. BESSONE, a cura di, *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, 436 ss. Sembra condividere questa prospettiva, con riferimento alla deliberazione a contrarre, A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1577.

La qualificazione della decisione di transigere come dichiarazione di intenti incide anche sul suo contenuto, talvolta impropriamente definito dalla giurisprudenza, e dalla stessa dottrina, come ‘discrezionale’⁴⁶.

La discrezionalità della decisione di transigere può essere solo latamente assimilata ad una ponderazione di interessi espressiva del potere unilaterale di produzione di determinati effetti giuridici ad opera degli apparati amministrativi⁴⁷. Tale ponderazione implica, infatti, l’esistenza di una cornice normativa preordinata non solo a definire le competenze e le procedure entro cui effettuare la ponderazione di interessi, ma anche i criteri idonei all’individuazione dell’interesse primario e degli eventuali interessi secondari suscettibili di confronto e graduazione⁴⁸.

Si tratta di caratteristiche estranee all’operazione transattiva, finalizzata alla composizione di una lite in cui gli interessi contrapposti sono

⁴⁶ Tale operazione è indispensabile se si vuole attribuire alla transazione una struttura provvedimentale, o, comunque, se si vuole ricostruire l’accordo transattivo alla stregua di un contratto di diritto pubblico o di un accordo procedimentale *sui generis*. In tale prospettiva, cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 154, nell’ambito di una tesi che affidava alla p.a. una ponderazione fra l’interesse ad agire nel rispetto della legalità e l’interesse pubblico concretamente individuato dall’amministrazione. Le medesime caratteristiche, nel mutato contesto, si individuano anche nei recenti tentativi di legittimare gli accordi transattivi, come emerge dai contributi di M. D’ORSOGNA, *op. cit.*, 206 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 228 ss.; G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso*, cit., 30 ss. Così anche in giurisprudenza, dove si riconduce la scelta di transigere ad una valutazione discrezionale: cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 3.9.2014, n. 499; Corte dei Conti. Piemonte, sez. contr., 26.9.2013, n. 344; Corte dei Conti, sez. II app., 26.10.2010, n. 431.

⁴⁷ Cfr. per tutti M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 75 ss. Successivamente, cfr. pure A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 85 ss., nonché B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario*, IV, cit., 2934 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità*, cit., 84 ss. Per una discussione del problema rispetto all’attività negoziale della p.a. cfr. soprattutto F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 137 ss., nonché A. BARDUSCO, *op. cit.*, 71 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 131 ss.

⁴⁸ Su questi aspetti, finalizzati a mitigare l’intrinseca politicità della scelta discrezionale, cfr. B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità*, cit., 2934 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045 ss., ma pure G. BERTI, *Procedimento, procedura*, cit., 1779 ss.; E. CARDI, *La manifestazione di interessi*, cit., 75 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo*, cit., 1440 ss.

stati già resi manifesti nelle pretese delle parti in conflitto, ed in cui non esistono criteri normativi idonei a conferire valore primario o secondario agli interessi contrapposti delle parti⁴⁹.

Attraverso l'improprio riferimento alla discrezionalità della scelta di transigere, si rischia di occultare la reale struttura dell'operazione transattiva quale espressione dell'autonomia delle parti nella composizione della lite: autonomia che, nel caso delle parti private, è frutto di scelte individuali e giuridicamente irrilevanti, salva la disciplina dei vizi della volontà e dell'errore; nel caso delle parti pubbliche è, invece, il frutto di una valutazione di opportunità in ordine alla convenienza di comporre la lite in via autonoma, anziché eteronoma⁵⁰.

La qualificazione della scelta di transigere come valutazione di opportunità non esclude l'esistenza di parametri idonei a conformare il

⁴⁹ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3. Si reputa, peraltro, che la medesima conclusione valga nelle ipotesi in cui la stipulazione del contratto è preceduta da un provvedimento amministrativo o da una pregressa attività istruttoria caratterizzata da una pluralità di atti e provvedimenti, come nel caso dell'art. 306 *bis* del d.lgs. n. 152/2006. In tutte queste ipotesi, infatti, l'interesse primario è stato già individuato dalla p.a. nel momento della formulazione della propria pretesa, che precede l'avvio del procedimento transattivo. La transazione, in tal caso, ha ad oggetto la definizione dei mezzi e degli strumenti più idonei alla composizione della lite, risolvendosi in una scelta sulle modalità degli adempimenti delle obbligazioni gravanti sulle parti. Ne deriva che i provvedimenti previsti dalla legislazione speciale possono ricondursi alla categoria delle valutazioni tecniche o, in certi casi, riservate: per queste categorie, cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 233 ss.

⁵⁰ Come già chiarito *supra*, cap. IV, nota 174, tale capacità rappresenta il riflesso della posizione istituzionale dell'amministrazione nell'ambito dell'ordinamento statale, caratterizzata da un'originaria responsabilità nella cura degli interessi pubblici, circoscritta dalle norme di attribuzione del potere, che lasciano liberi i singoli apparati di individuare i mezzi maggiormente idonei alla soluzione dei singoli problemi. Sulle premesse teoriche di tale posizione di autonomia (nella scelta dei mezzi e nella soluzione della controversia mediante una regolazione del rapporto), cfr. W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, 92 s., anche in riferimento alle previsioni dell'art. 1124 (ora, 1174) c.c.; S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro*, cit., 334 s.; ID., *Autonomia*, cit., 15 e, soprattutto, 23, con riferimento alla capacità dell'amministrazione di darsi un ordinamento, che, nel caso che qui interessa, è giustificata dall'incertezza sistemica alla base della lite. Per una ricognizione dei significati del concetto di autonomia pubblica, cfr. M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)* (1951), in ID., *Scritti*, III, cit., 345 ss.; ss., nonché P. CHIRULLI, *Attività amministrativa*, cit., 19 ss. e 214 ss.

contenuto della decisione, in quanto imputabile alla pubblica amministrazione quale struttura organizzativa responsabile della cura di interessi generali sulla base dell'art. 97, comma 3, Cost.⁵¹.

Vengono in rilievo i criteri di efficacia ed economicità cui rinvia l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, in quanto riferibili alla formazione di ogni scelta della p.a., anche qualora la decisione non si traduca in un provvedimento⁵². Nulla esclude, inoltre, che il complessivo equilibrio delle prestazioni delle parti possa essere valutato anche in rapporto al principio di proporzionalità, potenzialmente estensibile anche all'attività negoziale dell'amministrazione⁵³.

In questa cornice possono essere inquadrati anche i problemi inerenti alla 'motivazione' della dichiarazione unilaterale, posto che, nella prassi, le dichiarazioni di intenti sono caratterizzate da preamboli che illustrano gli antefatti della scelta di transigere⁵⁴.

⁵¹ Cfr. A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale*, cit., 677 ss. Sul punto, cfr. pure A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedimentali*, cit., 140 ss.

⁵² Su economicità ed efficacia quali parametri attuativi del buon andamento cfr. A. MASSERA, *I criteri*, cit., 43 ss., nonché D. CROCCO, *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; F. NUTI, *La valutazione economica delle decisioni pubbliche: dall'analisi costi-benefici alle valutazioni contingenti*, Torino, 2001; R. URSI, *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016. Il tema si intreccia con le questioni attinenti al merito amministrativo, che, secondo le riflessioni più recenti, non può più considerarsi come margine di assoluta libertà nella formazione della decisione amministrativa, ma come momento decisionale in cui l'agire pubblico deve essere conformato dal rispetto dei parametri desunti da scienze e tecniche non giuridiche, finalizzati ad orientare l'agire amministrativo in termini di economicità ed efficacia. Su questi profili evolutivi cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, *passim*.

⁵³ Oltre a quanto emerso con riferimento all'esperienza tedesca e francese, sembra probante, al riguardo, la dimostrazione per cui la proporzionalità può costituire un criterio di valutazione della stessa efficienza ed efficacia di accordi e contratti, nei termini messi in rilievo soprattutto da E. BUOSO, *op. cit.*, 197 ss.

⁵⁴ Sulla rilevanza dei motivi della transazione, cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 131 ss., che individuava nel fenomeno una delle principali deroghe alla natura privatistica del contratto su questioni patrimoniali (in rapporto alla motivazione c.d. *aliunde*, desunta dai pareri acquisiti nel corso delle attività preparatorie o dagli atti di approvazione), ritenendo parimenti che l'atto transattivo su questioni di diritto pubblico dovesse essere motivato per la propria intrinseca natura discrezionale.

Nel momento in cui si afferma che questa decisione non è assimilabile ad un provvedimento, deve concludersi come non trovino applicazione alle dichiarazioni di intenti le previsioni dell'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990. Resta allora da chiarire quale sia il possibile fondamento giuridico dei preamboli dei vari atti della p.a.⁵⁵.

Anche in tal caso, viene in rilievo la necessità di individuare delle norme che impongano di rendere esplicite le ragioni della scelta compiuta dalla p.a., in deroga alle generali previsioni dell'art. 1345 c.c.⁵⁶.

Esclusa l'applicazione analogica delle previsioni in materia di trattativa privata o procedura negoziata⁵⁷, come pure dell'art. 12 della l. n. 241/1990⁵⁸, si reputa che tale adempimento discenda sia dalle previsio-

⁵⁵ Sia permesso rinviare ad A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., 411 ss., anche in rapporto alle più generali questioni inerenti ai concetti di 'motivo' e 'motivazione' degli atti amministrativi (anche non provvedimentali).

⁵⁶ Nello stesso diritto privato, del resto, il dogma della c.d. irrilevanza dei motivi, quale movente psicologico ed individuale alla base della dichiarazione di volontà, è stato progressivamente posto in discussione dalla dottrina, anche in rapporto ad una revisione critica della categoria del contratto. Se si ammette, infatti, che il contratto sia un atto di regolazione di interessi, i motivi possono assumere rilievo – accanto alla causa – come fattore utile a determinare, e circoscrivere, l'efficacia giuridica e pratica dell'assetto negoziale individuato dalle parti. In tal senso, cfr. fra gli altri V. RICCIUTO, A. NERVI, *op. cit.*, 218 s., con riferimento alla posizione assunta da U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, 295 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Motivo del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, 1994, 469 ss. In simile contesto, è dunque l'ordinamento a stabilire in quali ipotesi i motivi possano avere autonoma rilevanza giuridica, oltre la tradizionale ipotesi del motivo illecito comune ad entrambe le parti a cui rinvia l'art. 1345 c.c.: nella giurisprudenza recente, anche in rapporto al fenomeno della presupposizione e della causa in concreto, cfr. Cass. civ., sez. II, 12.11.2018, n. 29010; Cass. civ., sez. III, 10.7.2018, n. 18047; Cass., sez. I, 16.5.2017 n. 12069. In ambito comparato, la rilevanza dei motivi è attualmente riconosciuta nell'ordinamento francese, sulla base delle novellate previsioni dell'art. 1135 c.c., per le quali cfr. A. GORGONI, *La riforma dei contratti in Francia. I vizi del consenso nel Code Civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. It.*, 2018, 1216 ss.

⁵⁷ Cfr. gli artt. 41 del r.d. n. 827/1924 e art. 208 del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁸ Parte della giurisprudenza ritiene, infatti, che l'art. 12 sia espressivo di un principio generale, imponendo una predeterminazione dei criteri attributivi di qualsiasi vantaggio economico a favore di soggetti privati. Contro questa tesi, tuttavia, è agevole osservare come la norma sia preordinata a disciplinare le modalità di distribuzione di

ni degli artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440/1923, che dalle disposizioni degli artt. 1 e 7 del d.P.R. n. 445/2000 in materia di documentazione amministrativa⁵⁹. Ne deriva la necessità di esternare, mediante apposita verbalizzazione, l'attività prodromica alla stipulazione del contratto⁶⁰.

Tali disposizioni non si limitano, pertanto, ad imporre la forma scritta della sola transazione, ma rendono doverosa la documentazione delle operazioni negoziali che ne precedono la stipulazione, anche con riferimento all'indicazione delle valutazioni svolte ai fini della definizione del contenuto del contratto, in coerenza con il criterio generale del *clare loqui* e di elementari esigenze di trasparenza e pubblicità⁶¹.

risorse contendibili da parte di una pluralità di aspiranti, risultando finalizzata a garantire esigenze di giustizia distributiva ed equità nell'erogazione di sovvenzioni, ausili ed utilità comunque denominate. Il fenomeno non collima con quello della transazione, in cui il vantaggio economico non nasce dall'esercizio di una potestà discrezionale – vincolata in concreto dalla indicazione dei criteri sulla base dei quali fondare la scelta – quanto da decisioni espressive della peculiare autonomia delle parti. Sull'orientamento estensivo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8.11.2017, n. 5149; Cons. Stato, sez. V, 23.3.2015, n. 1552; Cons. Stato, sez. IV, 14.5.2014, n. 2500. Sull'art. 12 della l. n. 241/1990 – oggetto di scarsa attenzione in dottrina – cfr. A. MOLITERNI, *op. cit.*, 226 s., nonché, in termini più generali, A. CIOFFI, *Provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in A. ROMANO, a cura di, *op. cit.*, 429 ss.; S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della l. n. 241/1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 2133 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 160 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 516 ss.

⁵⁹ Si tratta di norme relative alla documentazione e verbalizzazione delle trattative prodromiche alla stipulazione del contratto. Con riferimento ai contratti degli enti locali, cfr. anche l'art. 192 del d.lgs. n. 267/2000. Cfr. V. AMBRIOLA, F. MARTINI, *Gestione e fruibilità del patrimonio informativo pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2002, 873 ss.; G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001, *passim*; M. BOMBARDELLI, *Il testo unico delle disposizioni sulla documentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 664 ss.; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 573 ss.

⁶⁰ Per una sintesi delle questioni inerenti alla verbalizzazione dell'attività degli organi collegiali cfr. P. CERBO, *Verbale e verbalizzazione (diritto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, 627 ss.

⁶¹ In giurisprudenza, cfr. le condivisibili osservazioni di Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23.7.2018, n. 1795; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 9.7.2008, n. 2083. Alle medesi-

Di tali valutazioni si dovrà tenere conto in sede di approvazione della transazione, così da garantirne la piena efficacia⁶², o, in ogni caso, nell'ambito delle funzioni di controllo dell'attività contrattuale delle singole amministrazioni⁶³.

Tali attività implicano, infatti, la revisione delle ragioni giustificative addotte dall'organo competente ad esprimere la dichiarazione di intenti e dello stesso contenuto del negozio, in rapporto ai generali criteri di efficacia ed economicità indicati dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990⁶⁴.

me conclusioni, seppure sulla base di differenti presupposti, giungono Cass. civ., sez. I, 14.12.2006, n. 26826; Cass. civ., sez. III, 8.1.2005, n. 258; Cass. civ., sez. I, 6.6.2002, n. 8192. Circa il rapporto fra forma scritta e documentazione dell'attività amministrativa, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 259; sul *clare loqui*, cfr. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., 283.

⁶² Sulle caratteristiche dell'approvazione e sul contenuto delle valutazioni della p.a. cfr. Cons. Stato, sez. III, 11.7.2012, n. 4116; Cons. Stato, sez. IV, 7.3.2005, n. 920. Sulle caratteristiche dell'approvazione cfr. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* (1903), in ID., *Scritti*, I, cit., 389 ss. Successivamente, cfr. S. CASSARINO, *Approvazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 8 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 954 ss.; O. SEPE, *op. cit.*, 1010 ss., e, fra i contributi recenti, A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1595 ss., con riferimento alla disciplina dell'art. 19 del r.d. n. 2440/1923.

⁶³ Con riferimento alle attività contrattuali degli enti locali, cfr. gli artt. 196, 197 e 198 del d.lgs. n. 267/2000, in rapporto al parere obbligatorio dell'organo di revisione, previsto in materia di transazioni ai sensi dell'art. 239, comma 1, lett. b), n. 6, e comma 1 *bis*, dello stesso t.u. Sul controllo dell'attività contrattuale delle amministrazioni, cfr. R. CARANTA, *I contratti*, cit., 516 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1595 ss.

⁶⁴ Problemi peculiari riguardano, nell'ordinamento degli enti locali, l'incidenza della disciplina contabile sulla stipulazione del contratto: di regola, ai fini della stipulazione della transazione si dovranno osservare le previsioni dell'art. 191 del d.lgs. n. 267/2000, che subordinano la validità del contratto alla indicazione di un impegno di spesa nel bilancio di previsione (cfr. Cass. civ., sez. I, ord., 13.6.2018, n. 15410). Si è posto, tuttavia, il problema dell'applicabilità dell'art. 194 del medesimo t.u., concernente la procedura di approvazione dei c.d. debiti "fuori bilancio", che permetterebbe di subordinare la stipulazione del contratto ad una apposita delibera del Consiglio comunale. Gli orientamenti delle sezioni di controllo della Corte dei Conti tendono, tuttavia, ad escludere l'applicabilità dell'art. 194 alle transazioni, in considerazione del fatto che i debiti nascenti dalla stipulazione del contratto implicano l'esistenza di una lite pregressa, i cui sviluppi sono prevedibili dalla stessa p.a.: cfr. C. Conti, Umbria, sez. contr., 24.9.2015, n. 123. La procedura prevista dall'art. 194 del t.u. si potrebbe semmai applicare alle sole ipotesi in cui la transazione sia funzionale alla soluzione di una con-

3. Presupposti, causa ed oggetto della transazione amministrativa

Venendo all'esame dei presupposti, della causa e dell'oggetto del contratto, occorre stabilire il modo in cui la disciplina speciale può circoscrivere l'ambito stesso del negozio, circoscrivendo le caratteristiche della transazione e limitando il suo ambito applicativo rispetto ad altre *a.d.r.* o rispetto alla soluzione di conflitti riservata ai giudici⁶⁵.

Circa i presupposti della transazione, occorre precisare come la mera pendenza della lite, o la lite potenziale, non siano sufficienti a giustificare l'avvio delle trattative fra le parti, assumendo specifico rilievo, nella prospettiva della sola p.a., la situazione di incertezza in ordine alla fondatezza delle reciproche pretese⁶⁶.

Questi profili sono già stati ampiamente discussi nel momento in cui si è definita l'incertezza come lo iato sussistente fra l'affermazione della pretesa e la sua concreta attuazione, ma restano da chiarire le peculiari caratteristiche assunte dall'incertezza nel momento in cui essa viene riferita alla specifica posizione della p.a.⁶⁷.

troveria già oggetto di definizione con sentenza esecutiva (non passata in giudicato): cfr. C. Conti, Umbria, sez. contr., 12.9.2017, n. 85. Per specifici approfondimenti relativi alla disciplina contabilistica cfr. G. CASCONE, N. SIVILIA, *Debiti fuori bilancio: evoluzioni normative, definitorie e giurisprudenziali*, in *Azienditalia*, 2014, 589 ss.; C. FORNARI, *op. cit.*, 12 ss.

⁶⁵ L'individuazione di tali ricadute applicative appare fondamentale non solo al fine di descrivere compiutamente gli effetti della ricostruzione proposta, ma anche di misurare la sua coerenza in rapporto all'impostazione del generale problema delle transazioni amministrative, negli opposti termini già individuati da G. MANTELLINI, *op. cit.*, 1 ss.; E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 13 ss., su cui cfr. già *supra*, cap. I, par 4, e cap. IV, par. 2 ss.

⁶⁶ Cfr. *supra*, cap. II, 3.

⁶⁷ Cfr. sempre *supra*, cap. II, par 3. Diversa da quella attualmente seguita, ma contraddittoria, l'opinione di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 33 ss. e 61 ss., il quale negava che l'incertezza fosse presupposto giuridico della transazione al fine di distinguere il contratto dal negozio di accertamento, ammettendo poi come la scelta di transigere fosse comunque dettata, da parte della p.a., dal «dubbio» in ordine alla legalità della propria azione: si tratta di ambiguità connesse alla stessa concezione di incertezza, quale fatto riferibile al rapporto controverso, alla disciplina della fattispecie o all'attuazione del rapporto. Escludono l'incertezza dal novero dei presupposti della transazione G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 238 ss., e M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 211,

Già in precedenza si è evidenziato, a questo proposito, come l'incertezza debba assumere un carattere sistemico, non essendo essendo possibile ricondurre tale situazione alle convinzioni personali dei singoli funzionari. Occorre, dunque, approfondire il contenuto della nozione già introdotta⁶⁸.

Si ritiene che l'incertezza sistemica vada individuata sulla base di indici obiettivi di riconoscimento, dai quali sia possibile formulare *ex ante* una prognosi relativa alla fondatezza o meno della pretesa della p.a. o della controparte, in rapporto ad una serie di variabili processuali ed extraprocessuali: questioni di rito, questioni di merito, instabilità degli orientamenti della giurisprudenza, concreta attuabilità del giudicato ed eventuali problemi inerenti alla sua ottemperanza⁶⁹.

che ne argomenta l'irrelevanza in rapporto alla discrezionalità dell'autotutela ed alla possibilità di determinare la conservazione di un provvedimento anche a fronte della sua conclamata illegittimità. La tesi prova troppo, posto che nulla dice in ordine alle questioni relative alla possibilità di transigere qualora sussista una piena certezza in ordine alla legittimità e liceità di una pretesa della p.a. nei confronti della controparte; per quanto concerne l'ipotesi in cui vi sia certezza sulla illegittimità o illiceità di una determinata pretesa, non pare possibile inferire dalla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio alcuna indicazione circa il regime della transazione, posto che la disciplina del provvedimento non è suscettibile di applicazione analogica in materia contrattuale. Scendendo in concreto, nel caso in cui un atto sia sicuramente illegittimo, l'amministrazione potrà disporre l'annullamento ove sussistano i presupposti dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, come pure valutare discrezionalmente di non avviare alcuna attività di riesame. Un eventuale contratto, attraverso cui si corrisponda alla parte privata una somma a titolo di parziale ristoro dei pregiudizi patiti dall'atto illegittimo, contro la rinuncia ad ulteriori pretese e contestazioni giudiziarie, non sarebbe quindi qualificabile come una transazione, ma come accordo integrativo dell'atto di riesame ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990. Esso sarebbe finalizzato a comporre il conflitto economico derivante dal depauperamento del patrimonio del destinatario dell'atto illegittimo, ma non di una lite in senso tecnico-giuridico. Per un cenno in tal senso cfr. già A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione*, cit., 245 s.

⁶⁸ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 7.

⁶⁹ Non sembra quindi condivisibile la tesi di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 17 ss. e 59 ss., il quale – sulla scia di Carnelutti – riteneva che l'incertezza fosse un presupposto di fatto, e non di diritto, della transazione, precisando al contempo come essa avesse carattere eminentemente soggettivo, attenendo alla sussistenza di dubbi di ciascuna parte in ordine al possibile esito giudiziale della controversia.

In questi frangenti, l'incertezza è originata da fattori estranei alla sfera di cognizione del funzionario di media esperienza, come pure dei tecnici e degli esperti che operano presso la p.a. o nelle vesti di consulenti esterni. Il riferimento alle capacità conoscitive dei funzionari non è comunque sufficiente ad obbiettivare l'incertezza, essendo necessario individuare i fattori causali di insorgenza del dubbio⁷⁰.

Tali condizioni si riscontrano in tutti i casi in cui non sia possibile individuare, sulla base di un giudizio *ex ante*, gli elementi costitutivi della fattispecie controversa. Si reputa che essi possano consistere nell'oscurità della situazione di fatto, specie se avente ad oggetto questioni di particolare complessità tecnica o vicende non documentate in termini adeguati; nella difficoltà di individuare mezzi istruttori idonei a risolvere la situazione dubbia, a fronte dei limiti della cognizione giudiziale; nella novità della questione giuridica affrontata; nell'esistenza di contrasti interpretativi e giurisprudenziali rispetto all'applicazione di determinate norme e principi; in fondati dubbi inerenti all'applicazione del diritto europeo o di altre fonti extrastatali comunque rilevanti⁷¹.

⁷⁰ Sulla natura soggettiva ed oggettiva dell'incertezza, cfr. già E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 17 ss. Nella dottrina civilistica, il tema è approfondito, fra gli altri, da F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 8 ss., nonché E. DEL PRATO, *op. cit.*, 819 ss.; A. PALMIERI, *op. cit.*, 36 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 62 ss. La dottrina maggioritaria reputa, come noto, che l'incertezza non sia un presupposto necessario della transazione, ma una possibile caratteristica della lite, o, comunque, un fenomeno correlato alla situazione controversa. Le parti possono ad ogni modo transigere anche nel caso in cui la situazione non sia (soggettivamente o oggettivamente) incerta, salvo la nullità della transazione su lite temeraria, ai sensi dell'art. 1971 c.c. Sul punto cfr. anche *supra*, cap. II, 47.

⁷¹ Cfr., in tal senso, i principi elaborati in materia di ignoranza non colpevole della legge penale da parte di Cort. Cost., 24.3.1988, n. 364, i cui orientamenti sono stati generalizzati anche in ordine alla determinazione della colpa obbiettiva degli apparati amministrativi. In particolare, si esclude l'obbiettiva colpa di apparato a fronte di «contrastati giudiziari, incertezza del quadro normativo di riferimento, complessità della situazione di fatto»: cfr. Cons. Stato, sez. V, 10.4.2019, n. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 21.9.2015, n. 4375; Cons. Stato, sez. III, 1.4.2015, n. 1717. Per specifiche applicazioni, cfr. Corte Conti Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181, nonché Cons. Stato, sez. V, 10.4.2019, n. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 21.9.2015, n. 4375; Tar Lazio, Roma, sez. I *quater*, 23.2.2016, n. 2499; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 22.12.2015, n. 3671.

È tuttavia opportuno chiarire come l'incertezza operi alla stregua di un presupposto – o motivo giuridicamente rilevante – della scelta di transigere della p.a., non assumendo rilievo ai fini della definizione della causa in concreto della transazione, pur sempre funzionale a risolvere la lite, e non ad accertare una situazione dubbia⁷².

Per quanto concerne la causa – concreta – del contratto, si è già osservato come in essa assuma un particolare rilievo l'interesse pubblico della p.a., che non può essere espunto dagli elementi essenziali del negozio⁷³.

Occorre tuttavia precisare come lo stesso interesse pubblico debba essere declinato in concreto, in rapporto alla situazione litigiosa ed alla necessità di comporre la lite in via consensuale: esso non coincide, pertanto, con l'interesse astrattamente individuato dalla norma attributiva di competenze, prerogative e poteri della p.a., la cui attuazione è posta in dubbio dalla stessa pendenza della lite⁷⁴. Viene semmai in rilievo, ai

⁷² Sulla causa della transazione, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 68 ss. e 201 ss. Successivamente, cfr. E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 819 ss., dove si distingue l'intento di accertare da quello di transigere, ribadendo come la transazione non abbia l'obiettivo di stabilire una puntuale determinazione della realtà giuridica; S. RUPERTO, *op. cit.*, 62 ss., il quale riconduce l'incertezza nella sfera dei motivi delle parti contraenti, desumendone conseguentemente la tendenziale irrilevanza ai fini causali: la conclusione è condivisibile, ma si rileva come i motivi – rispetto alle decisioni della p.a., abbiano una rilevanza differente da quella dei soggetti privati, in termini desumibili dagli artt. 1, comma 1, e 3 della l. n. 241/1990.

⁷³ Cfr. cap. II, par 3. In dottrina, la possibilità di attribuire rilevanza causale all'interesse pubblico è stata oggetto di critiche, per quanto le varie tesi sembrano postulare una concezione astratta della causa e dello stesso interesse, qui sottoposta a revisione critica sulla base dell'evoluzione del concetto: sul punto cfr. già M. GALLO, *op. cit.*, 262; A. BARDUSCO, *op. cit.*, 239 ss.; Differente la prospettiva di G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 252 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 120.

⁷⁴ L'assunto appare coerente con la stessa necessità di superare concezioni astratte del pubblico interesse, a favore di una ricostruzione del fenomeno che valorizzi gli scopi in concreto perseguiti dalla p.a. entro la generale cornice normativa della propria azione: l'interesse, in questa prospettiva, non sarebbe mai un 'dato' a priori, ma un 'risultato' derivante dall'attuazione della norma attributiva del potere, o, comunque, dall'esercizio di prerogative compatibili con le finalità generali o settoriali dell'azione amministrativa. Sul punto, anche in rapporto alle attuali declinazioni della legalità, cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 18 ss.

fini della determinazione della causa del contratto, il risultato economico-sociale che la p.a. si propone di raggiungere mediante l'eliminazione della lite e la conformazione della propria futura attività⁷⁵.

Ai fini dell'individuazione della causa del contratto, e della sua stessa liceità, sarà quindi necessario stabilire – anche in rapporto alle risultanze dell'operazione transattiva – quale concreto interesse abbia perseguito l'amministrazione mediante la scelta di transigere, in rapporto ai possibili esiti della radicalizzazione del conflitto⁷⁶. La causa risulterebbe pertanto illecita qualora non fossero adeguatamente indicati, o non fosse possibile individuare, i benefici economico-sociali derivanti dalla composizione consensuale della lite, salva l'applicabilità dell'art. 1424 c.c. sulla conversione del contratto nullo⁷⁷.

⁷⁵ L'interesse pubblico rappresenta, in tal caso, tanto l'interesse specifico della p.a. che transige quanto l'interesse generale alla pacificazione sociale, derivante dalla composizione della lite in termini soddisfattivi per entrambe le parti. Chi ritenga utile integrare il metodo giuridico con riferimenti metagiuridici, può considerare come la transazione si risolva in un gioco a somma positiva, nei termini ricostruiti, con riferimento alle varie forme di *a.d.r.*, da V. AUBERT, *op. cit.*, 28 ss.; J.J. RACHLINSKI, *Gain, Losses and the Psychology of Litigation*, in *South. Cal. Law Rev.*, 1996, 114 ss.; S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolutions*, cit., 1 ss.

⁷⁶ Da questa prospettiva, l'individuazione della causa concreta del contratto potrebbe essere sovrapposta all'indicazione dei motivi della scelta di transigere, nella parte in cui essi assumono rilevanza della p.a. Occorre tuttavia osservare come l'elemento causale del contratto non sia determinato dai soli motivi della p.a., ma anche dall'incidenza dell'interesse privato nella composizione degli interessi. Tornano utili, a questo riguardo, le suggestioni di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 230 ss., sulla rilevanza dell'interesse privato nella stessa determinazione dell'elemento causale degli atti discrezionali: lasciando a margine dell'indagine i problemi inerenti alla 'causa' del provvedimento, si può sottolineare come, ammessa l'incidenza dell'interesse privato nella determinazione discrezionale della p.a., si debba a maggior ragione ammettere la sua rilevanza nella composizione transattiva degli interessi. Sul punto, cfr. anche la revisione critica del concetto di interesse pubblico entro il contesto problematico delle relazioni intersoggettive della p.a., nei termini esposti da M. BOMBARDELLI, *Decisioni*, cit., 206 ss.

⁷⁷ Nulla esclude, infatti, che la transazione illecita per assenza di causa possa produrre gli effetti giuridici di un diverso contratto, come – ad esempio – la compravendita o la permuta di un bene immobile. Va da sé che, in queste ipotesi, la liceità del contratto dovrà essere vagliata anche in rapporto alle singole previsioni di legge inerenti alla disciplina dei contratti attivi e passivi della p.a. ed alla disponibilità dei singoli beni. In

Ulteriori problemi riguardano l'oggetto del contratto.

Secondo l'impostazione più diffusa, esso consiste nella situazione controversa sulla quale interviene la regolazione contrattuale: tale situazione è definita dalle reciproche pretese dei litiganti, che si radicano nelle posizioni giuridiche richiamate a loro sostegno, abbiano esse ad oggetto diritti ed obblighi, esercizio di funzioni o interessi⁷⁸.

Le caratteristiche delle posizioni giuridiche in cui si sostanziano le pretese delle parti e su cui interviene la stessa transazione sono dunque essenziali ai fini di individuare i limiti di liceità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c. e dello stesso art. 1966, comma 2, c.c.

Si pone, quindi, la necessità di individuare le ipotesi in cui le posizioni delle parti siano indisponibili e non possano essere oggetto di transazione, sulla base di espresse previsioni di legge o per la loro stessa 'natura', nei termini utilizzati dal Codice civile⁷⁹.

Se risulta relativamente agevole individuare i diritti soggettivi indisponibili ad opera del singolo individuo, nell'ambito della transazione amministrativa assume un peculiare rilievo l'identificazione degli interessi sottratti alla disponibilità delle parti⁸⁰.

Non sembrano sufficienti, a tal fine, le ricostruzioni fondate sulle caratteristiche dell'interesse o sull'astratta negoziabilità del potere pubbli-

termini generali, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 1424 c.c., cfr. M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 119 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 227 ss.

⁷⁸ Sull'oggetto del contratto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 115 ss.; E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 841 ss.

⁷⁹ Sul punto, cfr. già *supra*, cap. II, par. 2.

⁸⁰ Il concetto di indisponibilità va quindi riferito alle caratteristiche delle posizioni giuridico soggettive obiettivamente considerate dall'art. 1966 c.c., e non con riferimento alla concreta titolarità del diritto rispetto al quale si intende transigere: ciò, anche in considerazione del fatto che la lite può avere ad oggetto tale titolarità. La categoria coincide, pertanto, con quella dei diritti e delle libertà fondamentali tutelate dalla Costituzione e da fonti sovranazionali, dei diritti personalissimi e dei diritti attribuiti ai singoli individui sulla base di previsioni di legge inderogabili dalle parti. Sul punto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 96 ss.; E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 841 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 10. Per una casistica in materia di pubblico impiego, cfr. Tar Campania Napoli, sez. V, 20.2.2014, n. 1092; Tar Campania, Napoli, sez. V, 23.6.2008, n. 6066; Cons. Stato, sez. V, 30.8.2005, n. 4418. Sul significato attuale del concetto di diritto indisponibile, cfr. pure Cass. civ., sez. II, 21.9.2011, n. 19204.

co, essendo indispensabile individuare la base legale delle singole tesi⁸¹. La ‘natura’ di un fenomeno, ai sensi dell’art. 1966, comma 2, c.c., va determinata sulla base di un’analisi induttiva del diritto positivo, senza condizionamenti derivanti da petizioni di principio e dalle conseguenti deduzioni praticate dal singolo interprete⁸².

⁸¹ Il tema è stato affrontato anche dagli studi inerenti all’ammissibilità dell’arbitrato nelle controversie di cui sia parte la p.a.: nella dottrina recente, cfr. M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 107 ss.; Id., *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per una risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. Arb.*, 2017, 521 ss. F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie delle controversie di cui sia parte l’amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 249 ss.; F.G. SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in S. RISTUCCIA, a cura di, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 106 ss.

⁸² Si tratta di un metodo maggiormente rispettoso dell’evoluzione del sistema amministrativo, oltre che idoneo a garantire risultati più aderenti alla prassi. Se ne ha indiretta riprova evidenziando come da petizioni di principio affini – ossia dalla negazione della natura sostanziale dell’interesse legittimo – si sia giunti a conclusioni di segno opposto in ordine alla possibilità di disporre ai fini della transazione: per la tesi affermativa, cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 88 ss.; per la tesi negativa, cfr. A. AMORTH, *Annotazioni sull’arbitrato*, cit., 2170 ss. I termini del problema non mutano con riferimento alla speculare questione inerente alla negoziabilità del potere pubblico: che il potere sia sempre disponibile e negoziabile, nei termini di M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche*, cit., 1311, costituisce una petizione di principio, dalla quale non si possono ricavare elementi affidabili ai fini dell’interpretazione dello stesso tessuto normativo, come comprovano le questioni inerenti alla disciplina degli accordi procedurali. Non casualmente, una significativa parte della giurisprudenza amministrativa sconfessa tale petizione, e profila addirittura una generalizzata indisponibilità dell’interesse pubblico e degli interessi legittimi, negando l’ammissibilità di transazioni su liti connesse all’esercizio di funzioni amministrative: così Cons. Stato, sez. V, 13.6.2016, n. 2545; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 3.3.2017, n. 3104. A tali conclusioni è fin troppo agevole replicare come anch’esse si fondino su postulati privi di idonea dimostrazione, di cui non si colgono le implicazioni pratiche: nell’ambito della stessa giurisprudenza amministrativa, cfr. le lucide conclusioni di Cons. Stato, sez. IV, 6.6.2001, n. 3045, dove si afferma che «il campo dei diritti indisponibili in diritto amministrativo non può essere ampliato a tutte le ipotesi in cui un precetto disciplini un comportamento o un’attività. Se così fosse, l’ipotesi di transazione in diritto pubblico non sarebbe neppure residuale, ma del tutto irreal». Così anche Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 12.3.2015, n. 107.

La questione va dunque reimpostata, in modo da stabilire se il divieto di transigere su questioni aventi ad oggetto interessi legittimi e speculari interessi pubblici si basi su specifiche previsioni costituzionali o su particolari disposizioni di legge.

Nessun divieto può essere individuato sul piano costituzionale: l'art. 24 Cost. attribuisce la facoltà di disporre liberamente di diritti ed interessi legittimi⁸³. D'altra parte, l'art. 97 Cost. non pone alcun limite generale in ordine alle modalità attraverso cui perseguire gli interessi demandati alle cure dei singoli apparati⁸⁴.

Altrettanto infruttuosa risulta la ricerca di disposizioni generali volte a vietare la transazione sul presupposto della strutturale indisponibilità di interessi legittimi e potestà amministrative: i divieti previsti dalle leggi di settore non rappresentano l'espressione di principi, ma si spiegano in rapporto alle peculiarità di ciascuna disciplina⁸⁵.

⁸³ Se ne ha indiretta conferma, sul piano processuale, in rapporto alla possibilità di rinunciare al ricorso, o di non coltivare ulteriormente il giudizio determinandone la perenzione: cfr. F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 456. Per una ricognizione del problema cfr. L. FORMENTIN, *Rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 469 ss.; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, 95 ss.; N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., 243 ss. anche in rapporto alla peculiare concezione dell'interesse legittimo dell'A, che conferma, in termini generali, la rinunciabilità dell'azione. La tutela dell'interesse legittimo è pertanto rimessa, in ultima analisi, all'autoresponsabilità del privato, nei termini di S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss.

⁸⁴ La possibilità di risolvere la lite in via transattiva non comporta, in particolare, una rinuncia all'esercizio delle potestà pubbliche o al doveroso perseguimento del pubblico interesse, rappresentando uno dei possibili modi attraverso cui si sviluppa l'azione amministrativa: cfr. F. GOISIS, *La compromettibilità*, cit., 249 ss., anche in nota; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 170 ss.

⁸⁵ Si dovrebbe altrimenti individuare una norma generale di esclusione che inibisca alla p.a. o alla parte privata di transigere in tutte le ipotesi non contemplate dalla legge: tale disposizione manca, né sembrano sussistere margini per una sua possibile individuazione a fronte delle stesse previsioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, che configurano l'attività non autoritativa della p.a. come un fenomeno residuale, implicitamente ammesso nei limiti della liceità, in tutte le ipotesi in cui non sussista un dovere di agire esclusivamente in via autoritativa e sulla base di provvedimenti tipici e tassativi.

L'indisponibilità degli interessi non può desumersi, inoltre, da previsioni processuali.

L'art. 12 c.p.a. consente l'arbitrato rituale solamente in materia di diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del g.a., ma da esso non può inferirsi un divieto generalizzato di transigere in materia di interessi legittimi⁸⁶. Il divieto stabilito dall'art. 12 c.p.a. implica solamente che all'arbitro sia vietato di pronunciarsi su questioni relative ad interessi legittimi, in coerenza con il rilievo per cui l'annullamento dell'atto o la sua disapplicazione possono essere consentiti solamente al giudice o da altro soggetto appositamente indicato dalla legge, in attuazione dei principi stabiliti dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo e dallo stesso art. 113, u.c., Cost.⁸⁷.

⁸⁶ Sulle previsioni dell'art. 12 c.p.a. – e, in precedenza, dell'art. 6, comma 2, della l. n. 205/2000, cfr. M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 326 ss.; G. CAIA, *Gli arbitrati e la giurisdizione amministrativa*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 946 ss.; E. CARDI, *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 314 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 197 ss.; F. GOISIS, *Compromettibilità*, cit., 249 ss.; L.R. PERFETTI, *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Judicium*, 2009, 1 ss.; A. SANDULLI, *L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 205 ss.; A. ZITO, *La compromettibilità per arbitri*, cit., 343 ss.

⁸⁷ In questi termini, cfr. già L. AQUARONE, C. MIGNONE, *op. cit.*, 367 ss. Con riferimento alle previsioni dell'art. 6, comma 2, della l. n. 205/2000 e dell'art. 12 c.p.a. cfr. M. DELSIGNORE, *La disponibilità*, cit. 521 ss.; L. PENASA, *op. cit.*, 1270 ss.; L.R. PERFETTI, *Sull'arbitrato*, cit., 16. La conclusione appare confermata dall'attuale formulazione dell'art. 806 c.p.c., che non collega più l'ambito dell'arbitrato rituale a quello della transazione, limitandosi ad affermare come non possano essere risolte mediante arbitrato le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili ad opera delle parti. Se, in passato, il collegamento fra norme sull'arbitrato e sulla transazione poteva quindi giustificare la conclusione per cui le controversie sugli interessi legittimi non erano suscettibili di arbitrato, né suscettibili di transazione, tale conclusione sembra oggi smentita dallo stesso diritto positivo. Risulta quindi inattuale la posizione di cfr. A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., 2155 ss. A diverse conclusioni è giunta l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, con il parere dd. 21.3.2016, n. 855, relativo alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, affermando incidentalmente come l'art. 12 c.p.a. confermerebbe il principio – sostanziale – dell'indisponibilità dell'interesse legittimo (p. 221, inerente alla disciplina del parere precontenzioso dell'Anac). Il riferimento all'indisponibilità dell'interesse legittimo non appare del tutto perspicuo, dato che, dal

Ne deriva che qualsiasi lite può essere potenzialmente composta in via transattiva, risultando indifferenti, a tale scopo, le caratteristiche dei rapporti fra le parti. Ciò implica che la distinzione fra attività vincolata o discrezionale della p.a. sia irrilevante ai fini dell'ambito applicativo del contratto, che può riguardare ogni tipo di funzione⁸⁸.

contesto dell'inciso, si evince come l'Adunanza Plenaria volesse evitare che, a fronte dell'efficacia vincolante del parere precontenzioso, fosse precluso l'accesso alla giurisdizione amministrativa per la contestazione di tale atto, mediante una devoluzione della controversia a favore degli arbitri. La conclusione proverebbe, tuttavia, troppo: il divieto di devolvere ad arbitri questioni inerenti ad interessi legittimi non discende dalle caratteristiche della posizione giuridico soggettiva, ma da più ampie esigenze istituzionali relative ai rapporti fra giurisdizione ed arbitrato, sottesi alla posizione espressa dall'Anac. Se, invece, fosse assunta l'indisponibilità dell'interesse legittimo, dovrebbero ritenersi costituzionalmente illegittime – per ipotetico contrasto con l'art. 24 Cost. – tanto le previsioni sostanziali concernenti la possibilità di stipulare accordi procedurali, quanto le previsioni processuali relative alla possibile rinuncia al ricorso, e, attraverso di esso, alla tutela stessa dell'interesse legittimo. Tale conclusione sembra evidentemente abnorme.

⁸⁸ Così anche E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 70 ss. A sostegno della tesi evidenziata va aggiunto come la stessa delimitazione del concetto di attività vincolata presenti serie difficoltà, nel momento in cui si assuma come raramente la legge sia idonea a descrivere tutti i presupposti fattuali del provvedimento, rendendo l'amministrazione un mero apparato di esecuzione di comandi predefiniti. Su questi aspetti, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 72 ss. In dottrina, la possibilità di transigere su liti nascenti dall'esercizio di funzioni discrezionali è comunemente ammessa: cfr. sempre E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 70 ss., nonché M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 210 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 237 ss. Così anche nella prassi esaminata *supra*, cap. II, par. 4. Sul piano sistematico, la conclusione non discende tanto dall'assunto per il quale anche il potere amministrativo (discrezionale) risulta negoziabile, nei termini indicati da M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati: problemi generali* (1978), in *Id.*, *Scritti*, II, cit., 1311 ss., quanto dall'osservazione per cui l'attribuzione del potere discrezionale lascia sempre la p.a. libera di individuare i mezzi idonei alla gestione della singola funzione ed alla tutela dell'interesse pubblico concreto. La concretezza dell'interesse non viene necessariamente determinata dal raffronto fra interessi pubblici e privati – secondo l'usuale ricostruzione gianniniana – ma può essere individuata anche a fronte dell'insorgenza di liti derivanti dall'esercizio delle prerogative della p.a., sulla base del rilievo per cui, in tal caso, i conflitti economico-sociali sottesi alla ponderazione di interessi si possono trasformare in conflitti giuridici, nei termini indicati già *supra*, cap. I, par. 2. Se la discrezionalità non esclude l'insorgenza di conflitti giuridici derivanti dal suo esercizio, e nessuna norma riserva al giudice la cognizione di tale

Sempre con riferimento alla disciplina dell'art. 1966 c.c., alcune peculiarità caratterizzano i limiti della transazione su questioni aventi ad oggetto interessi collettivi e diffusi. Il carattere superindividuale di queste situazioni giuridiche impone di risolvere il problema con riferimento alle posizioni degli enti rappresentativi dell'interesse, su base contrattuale o legale⁸⁹.

Nel caso degli interessi collettivi, la transazione appare ammissibile unicamente in rapporto a posizioni riconducibili all'intera collettività di riferimento⁹⁰. Nell'ipotesi in cui, all'interno del medesimo ente esponenziale, sussista un conflitto fra le posizioni di differenti categorie di appartenenti, non è invece possibile attribuire all'ente la disponibilità

conflitto, ne discende che la posizione di potere attribuita alla p.a. non è logicamente, strutturalmente e positivamente incompatibile con la composizione transattiva della controversia. Per una ricognizione del problema, cfr. anche M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 174 ss.; F. GOISIS, *Compromettibilità*, cit., 249 ss.

⁸⁹ Sul tema, cfr. V. DENTI, *Relazione introduttiva*, AA. VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, 3 ss. Nella dottrina successiva, cfr. almeno A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986; B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi (problemi di tutela)*, in *Dir. Soc.*, 1982, 167 ss.; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 482 ss.; L. LANFRANCHI, a cura di, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Torino, 2003; R. LOMBARDI, *La tutela delle situazioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, 76 ss. P. SALVATORE, *Il problema della legittimazione: interesse legittimo, interesse collettivo, interesse diffuso, interesse di fatto*, in AA.VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1989, 489 ss.; F.G. COCA, *Interessi protetti*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, 17 ss.

⁹⁰ In tal senso è orientata la giurisprudenza, secondo la quale l'interesse collettivo è riconducibile – anche sulla base di previsioni statutarie – all'ente rappresentativo degli interessi, unitariamente considerati, di una data collettività, non sussistendo in tal caso un fenomeno di legittimazione straordinaria ad agire. Nella giurisprudenza, soprattutto con riferimento alle azioni promosse da associazioni sindacali, cfr. Cons. Stato, sez. III, 9.8.2017, n. 3972; Cons. Stato, sez. III, 26.5.2014, n. 2682; Cons. Stato, sez. IV, 6.12.2012, n. 6261.

dei diritti e degli interessi delle singole parti, che saranno tutelabili – e suscettibili di transazione – ad opera dei rispettivi titolari⁹¹.

Il problema della disponibilità dell'interesse diffuso è largamente condizionato dalla ricostruzione del fenomeno. Ove, infatti, si ammetta che l'interesse diffuso si risolva in una legittimazione straordinaria ad agire in giudizio, a tutela di interessi adespoti di cui l'ente rappresentativo non è titolare, ogni transazione dovrebbe ritenersi vietata, a fronte dell'inesistenza di una posizione sostanziale giuridicamente protetta⁹².

A diverse conclusioni si potrebbe giungere nel caso in cui l'interesse diffuso fosse assimilato ad una posizione giuridico soggettiva, imputabile a determinati individui o ad enti esponenziali di un gruppo⁹³. Così ragionando, la rilevanza giuridica dell'interesse diffuso si risolverebbe in quella dell'interesse legittimo o dell'interesse collettivo, risultando disponibile entro i confini già indicati per tali categorie⁹⁴.

Restano da precisare i limiti dell'oggetto della lite, in relazione alle pretese delle parti ed alla successiva attività di negoziazione.

⁹¹ Sul punto, sia consentito rinviare ad A. CASSATELLA, *L'interesse collettivo: nuove distinzioni, vecchie perplessità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 592 ss.

⁹² A riprova di ciò, l'art. 306 *bis* del Codice dell'ambiente non annovera i portatori di interessi diffusi quali parti della transazione. Sulla qualificazione dell'interesse diffuso come legittimazione straordinaria ad agire, ex art. 81 c.p.c., cfr. C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in L. LANFRANCHI, a cura di, *op. cit.*, 17 ss. La conclusione non muta nell'ipotesi in cui si condivida l'orientamento giurisprudenziale che individua la legittimazione straordinaria ad agire di alcuni enti sulla base della loro rappresentatività territoriale. Tale condizione non è, infatti, sufficiente a qualificare l'interesse diffuso come individuale, né a mutare la qualificazione dell'ente in soggetto legittimato ad agire in giudizio in rappresentanza di interessi irriducibili alla posizione del singolo ente. Per una ricognizione del problema, nella recente giurisprudenza, cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26.4.2019, n. 933; Cons. Stato, sez. IV, 22.3.2018, n. 1838; Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2016, n. 3303.

⁹³ Per alcune aperture, in tal senso, cfr. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza* (1987), in *ID.*, *Scritti giuridici*, III, cit., 1858 ss.; A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro It.*, V, 1978, 8 ss. Per una recente rivisitazione del problema, cfr. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi fra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, 34 ss.

⁹⁴ Cfr. soprattutto M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., 1874 ss.

Con riferimento a quanto chiarito nella fase introduttiva della ricerca, la pretesa implica una qualificazione giuridica dell'utilità che una parte ritiene ad essa spettante, sulla base della disciplina sostanziale che si reputa applicabile alla singola fattispecie controversa⁹⁵.

Nel caso della parte privata, sia la pretesa che la successiva transazione avranno dunque ad oggetto una specifica utilità materiale, almeno in parte fungibile con quella cui si aspirava nel momento in cui si è entrati in contatto con l'amministrazione: ciò spiega, ad esempio, perché la rinuncia ad ottenere l'accertamento giudiziale della spettanza di un determinato provvedimento possa essere sostituita dalla corresponsione di una somma di danaro⁹⁶.

Dal punto di vista dell'amministrazione, sia la pretesa che la transazione potranno avere ad oggetto interessi rientranti nelle attribuzioni e competenze della p.a. Entro i limiti definiti da tali norme sarà quindi

⁹⁵ Nel caso dell'amministrazione, la pretesa esprime la necessità di agire nel rispetto della disciplina di riferimento, e, dunque, il dovere di conformare la fattispecie entro i limiti stabiliti dalle norme attributive del potere di cui si invoca l'applicazione. Solo a fronte di un'incertezza sistemica in ordine all'attuazione della pretesa sarà quindi possibile transigere. Sul punto cfr. *supra*, cap. I, par. 2, cap. IV, par. 7 ss.

⁹⁶ Ne consegue che non possono essere oggetto di pretesa autonomamente tutelabile in via transattiva gli interessi procedimentali, che assumono rilevanza giuridica solo in via strumentale alla soddisfazione dell'interesse finale di chi abbia presentato istanza alla p.a. o sia destinatario di una comunicazione di avvio procedimentale. Per un'impostazione della questione, cfr. A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese' partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e Zito)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 532 ss. Il fenomeno è recentemente ricostruito da M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. ROMANO, a cura di, *op. cit.*, 312 ss.; F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 245 ss., anche con riferimento al dibattito inerente alla possibilità di qualificare le situazioni procedimentali alla stregua di interessi (legittimi) o diritti soggettivi. Al riguardo, si ritiene di aderire alla tesi per cui gli interessi esercitati nell'ambito del procedimento assumono un rilievo giuridico solo in quanto idonei ad influenzare il contenuto della decisione finale, in senso favorevole all'istante o al destinatario della comunicazione di avvio, come pure del soggetto interveniente. Tali interessi non hanno rilevanza extraprocedimentale, né sono suscettibili di autonoma tutela, se non in rapporto alla più generale protezione dell'interesse materiale (e finale) di cui è (o si afferma) titolare (o destinatario) il soggetto che partecipa al procedimento: così M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 390 ss.; F.G. COCA, *ult. op. cit.*, 255 ss.

possibile definire l'oggetto della transazione e delle prestazioni garantite alla controparte⁹⁷.

Vanno poi individuate le ipotesi in cui l'oggetto della transazione sia illecito, in rapporto alla specifica disciplina applicabile a determinate categorie di beni o funzioni amministrative.

I casi contemplati dalle singole disposizioni possono essere suscettibili di una tipizzazione in rapporto all'incidenza della disciplina speciale sulla conformazione dell'agire amministrativo, così da distinguere l'indisponibilità derivante da limiti inerenti alla libertà contrattuale della p.a., al regime dei beni oggetto di transazione ed alla doverosità di determinate funzioni amministrative.

Più in dettaglio, i limiti dell'attività contrattuale della p.a. implicano il divieto di transigere in tutte le ipotesi in cui il contratto possa determinare una violazione di norme imperative a tutela di specifici interessi pubblici o privati, come nel caso della tutela della concorrenza o della protezione dei diritti dei pubblici dipendenti⁹⁸. La natura imperativa delle disposizioni che vietano di transigere deve essere ricavata da un'analisi della disciplina di settore, tenendo conto delle finalità perseguite dalle singole leggi, in rapporto ad interessi che trovano diretta ed immediata tutela nella Costituzione o in fonti sovranazionali⁹⁹.

I limiti inerenti al regime dei beni oggetto di transazione incidono, invece, sulla disponibilità del bene, in forza delle previsioni del Codice

⁹⁷ Così anche F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 120. Si tratta, del resto, di un limite che si riscontra anche in altri ordinamenti, nei termini chiariti *supra*, cap. III, par. 3, soprattutto con riferimento al sistema tedesco.

⁹⁸ Cfr. già *supra*, cap. II, par. 2 e 3. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 28.4.2017, n. 5037; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 8.4.2016, n. 124; Cons. Stato, sez. VI, 8.4.2015, n. 1778; Tar Campania, Napoli, sez. V, 20.2.2014, n. 1092; Cons. Stato, sez. V, 2.2.2010, n. 445; Tar Campania Napoli, sez. V, 23.6.2008, n. 6068; Cons. Stato, sez. VI, 2.8.2004, n. 5365; Cons. Stato, sez. V, 12.5.2003, n. 2516. Sul punto cfr. M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 107 ss.

⁹⁹ Su questi profili, che incidono anche sulla più generale interpretazione dell'art. 1418 c.c., cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 435 ss. e, successivamente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, specie 51 ss.

civile in ordine all'inalienabilità dei beni demaniali e del patrimonio indisponibile, come pure di singole leggi speciali¹⁰⁰.

I limiti derivanti dalla doverosità di determinati funzioni implicano la necessità di individuare le ipotesi in cui la legge impone alla p.a. di agire unicamente mediante atti unilaterali, senza margini per fare uso di strumenti negoziali o contratti, ponendo una riserva di azione autoritativa¹⁰¹. Si tratta di ipotesi in cui l'amministrazione è necessariamente tenuta ad accertare e valutare determinate situazioni di fatto, ai fini della costituzione degli effetti previsti dalla norma attributiva del potere¹⁰².

Il caso più evidente è quello dell'esercizio delle potestà sanzionatorie disciplinate dalla l. n. 689/1981, in cui si riserva alla p.a. il dovere di accertare l'illecito in vista dell'applicazione della sanzione¹⁰³; simil-

¹⁰⁰ Si tratta di ipotesi riconducibili al regime di limitata circolazione dei beni demaniali e patrimoniali, nei termini stabiliti dal Codice civile e dalla legislazione speciale di riferimento. Per una casistica, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 17.11.2016, n. 2221; Tar Campania, Salerno, sez. II, 14.7.2006, n. 1043; Cass. civ., sez. II, 19.9.1995, n. 9903; Cass. civ., Sez. Un., 11.4.1990, n. 3075; Cass. civ., Sez. Un., 24.4.1987, n. 3994.

¹⁰¹ In tal senso restano attuali, anche in rapporto alla disciplina dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, le tesi di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività di diritto privato*, cit., 303 ss.

¹⁰² L'ambito applicativo delle eccezioni coincide con quello dei procedimenti dichiarativi finalizzati alla produzione di una determinata certezza giuridica, nei termini indicati da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 532 ss., cui corrisponde, sul versante dell'organizzazione e delle caratteristiche dell'attività, una riserva di cognizione a favore della p.a., suscettibile di concretizzarsi unicamente in provvedimenti o atti tipici e nominativi (del medesimo A., cfr. pure M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 769 ss.). In tali circostanze, non è soltanto precluso alle parti stipulare negozi atipici di accertamento, ma, a fortiori, risulta esclusa la stessa possibilità di disporre dell'attività conoscitiva riservata alla p.a. mediante la composizione di liti eventualmente derivanti dall'esercizio di tali funzioni. Per un'impostazione del problema cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 25 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 39 s.; Nella dottrina successiva, cfr. almeno B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 122 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 167 ss.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996, 19 ss.

¹⁰³ Cfr. cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, 11.7.2018, n. 393; Corte Conti, Lombardia, sez. contr., 7.6.2017, n. 181. Specifiche eccezioni possono essere previste dalle singole leggi di settore, come avviene nel già ravvisato caso degli impegni in materia di tutela della concorrenza. Per ulteriori approfondimenti, anche in rapporto alla diffusione del

mente accade con riferimento all'accertamento ed alla valutazione dell'idoneità di un candidato nell'ambito di procedure abilitative o concorsuali, in rapporto all'art. 97, u.c., Cost.¹⁰⁴; alle dichiarazioni di interesse culturale di determinati beni¹⁰⁵; ai procedimenti di autorizzazione all'immissione in commercio di determinati prodotti¹⁰⁶; ai procedimenti di registrazione di marchi e brevetti¹⁰⁷. Lo stesso accade così per le autorizzazioni di polizia¹⁰⁸, per le misure da assumere nei confronti dei migranti¹⁰⁹ o in materia di *status* di cittadinanza¹¹⁰.

plea bargaining nel diritto amministrativo, cfr. J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1370 ss; M. DE SIENA, *Dal velleitarismo preventivo al pragmatismo retributivo: brevi considerazioni in tema di politica punitiva tributaria a margine delle nuove modalità di definizione agevolata delle sanzioni amministrative*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, 1001 ss.; C. GARBARINO, *La tutela giustiziale con accordi tra fisco e contribuente: analisi economia del diritto e comparazione*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin.*, 2004, 225 ss.; M. MAGGIOLINO, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Conc. mer.*, 2006, 313 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Tar Sardegna, sez. II, 21.12.2018, n. 1042. Sulle caratteristiche della disciplina concorsuale cfr. M. RUSCIANO, D. SIMEOLI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2017, 397 ss.

¹⁰⁵ Cfr. la disciplina degli artt. 13 ss. del d.lgs. n. 42/2004. Per un inquadramento, cfr. M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE, a cura di *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, II, Milano, 2003, 1449 ss.

¹⁰⁶ Si consideri, ad esempio, la disciplina del d.lgs. n. 219/2006 in materia di prodotti farmaceutici; del d.lgs. n. 224/2003 in materia di organismi geneticamente modificati; del d.P.R. n. 290/2001 in materia di prodotti fitosanitari; del d.lgs. n. 436/1996 in materia di imbarcazioni da diporto. Sul punto cfr. O ROSELLI, *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, 166 ss.

¹⁰⁷ Sulle caratteristiche di tali procedimenti, cfr. A. CASSATELLA, *La rilevanza giuridica della proprietà industriale*, in B. MARCHETTI, M. RENNA, a cura di, *La giuridificazione*, Firenze, 2016, 151 ss.

¹⁰⁸ Cfr. il capo III del r.d. n. 773/1931, su cui G. CORSO, *Autorizzazione di polizia*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 76 ss; E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. Amm.*, 2017, 447 ss.

¹⁰⁹ Cfr. le disposizioni del d.lgs. n. 286/1998 in materia di rilascio, rinnovo e revoca di permessi di soggiorno e decreti di espulsione. Sul punto, cfr. G. D'AURIA, *Immigrazione (dir. amm.)*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, IV, cit., 2879 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 220 ss.

4. Validità, efficacia e stabilità della transazione amministrativa

Definito l'ambito applicativo del contratto, vanno affrontate le questioni relative alla sua validità ed efficacia, in rapporto alla peculiare stabilità del negozio¹¹¹.

Il contratto di transazione è infatti disciplinato dal Codice civile in termini tali da ridurne i margini di contestabilità, garantendo così la sua funzione pacificatoria, in coerenza con l'attività dispositiva delle parti¹¹². Va verificato se le medesime conclusioni possano essere giustificate con riferimento alla transazione amministrativa, in rapporto alla necessità di garantire la tutela degli interessi della parte pubblica indotta a transigere sulla base di erronei convincimenti, o costretta a patire l'inadempimento altrui¹¹³.

¹¹⁰ Cfr. le previsioni del d.P.R. n. 396/2000 in materia di stato civile. Per un inquadramento, cfr. A. PASSARELLI, *Stato civile*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, 45 ss. Sul divieto di transigere in materia di *status* cfr. anche E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 73 ss.

¹¹¹ Si tratta di questioni compiutamente affrontate dal solo E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 149 ss.

¹¹² Cfr. già *supra*, cap. II, par. 2. Per una ricognizione generale del fenomeno cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 307 ss., e, successivamente, E. DEL PRATO, *op. cit.*, 841 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 309 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 7 ss.; A. PALAZZO, *Transazione*, cit., 401 ss.

¹¹³ Va da sé che la definitiva efficacia della transazione amministrativa rimane subordinata all'approvazione ed alla registrazione del contratto, ai sensi dell'art. 19 del r.d. n. 2440/1923, con l'effetto di consentire agli organi competenti (ora, il dirigente responsabile e la Corte dei Conti) una preliminare verifica della regolarità della procedura, della liceità e della convenienza dello stesso contratto. Nulla inibisce, pertanto, un rifiuto di approvazione sulla base di una autonoma valutazione dei presupposti per transigere, nei termini profilati da risalente giurisprudenza: cfr. Corte Conti, sez. III app., 7.6.2006, n. 239 Cons. Stato, sez. VI, 28.2.1990, n. 322; Cons. Stato, IV, 15.12.1987, n. 768. La stessa giurisprudenza riconduce il rifiuto di approvazione all'esercizio della potestà di autotutela amministrativa, confermando, sotto tale profilo, l'esistenza di una deroga alla disciplina civilistica, sulla base dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990: cfr. Tar Veneto, sez. I, 7.1.2019, n. 20; Cass. civ., sez. I, 12.7.2016, n. 14188; Cass. civ., sez. I, 15.5.2015, n. 10020; Cons. Stato, sez. V, 19.6.2009, n. 4031; Tar Puglia, Bari, sez. I, 21.11.2007, n. 2770; Cons. Stato, sez. VI, 5.6.2003, n. 3124; Cass. civ., sez. III, 21.11.2001, n. 14724; Cass. civ., sez. III, 24.4.2001, n. 6032.

Si tratta di vicende che si inseriscono nel più generale dibattito inerente al regime di stabilità dei contratti stipulati dalle amministrazioni, già ampiamente discussi in rapporto alla necessità di osservare le previsioni ricognitive del principio del *pacta sunt servanda*, o di ipotizzare l'applicazione dei privilegi di cui gode la p.a. in materia di riesame delle proprie determinazioni¹¹⁴.

Lasciando a margine le questioni relative ad eventuali interruzioni delle trattative¹¹⁵, si pone innanzitutto il problema del riesame della dichiarazione di intenti in cui si concretizza la scelta di transigere¹¹⁶.

Nel momento in cui si è chiarito come la dichiarazione sia qualificabile come atto 'amministrativo' solo in rapporto alla possibilità di imputarne gli effetti all'amministrazione agente, ma non in rapporto al suo regime, si sono poste le premesse per negare che l'atto sia un provvedimento suscettibile di revoca o di annullamento d'ufficio¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, 224 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 347 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 295 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 222 ss.; M. NIGRO, *L'accordo*, cit., 1936 ss.

¹¹⁵ Nulla esclude l'ipotetica responsabilità precontrattuale delle parti, in rapporto alle caratteristiche della singola operazione transattiva e degli eventuali affidamenti generati nei confronti di soggetti privati o della stessa amministrazione. Sul punto, cfr. almeno C. CICERO, *La responsabilità precontrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1504 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2015, V, 1963 ss.; M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Urb. e App.*, 2012, 2664 ss. Utili spunti storico-comparatistici anche in S. DI MARIA, *Note minime sul "buon uso" del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 2018, 623 ss. Nella giurisprudenza recente, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 27.4.2017, n. 10413; Cass. civ., sez. I, 12.7.2016, n. 14188.

¹¹⁶ Sull'attività di riesame degli atti consensuali e degli accordi della p.a. cfr. i contributi specifici di C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 122 ss.; S. VASTA, *op. cit.*, *passim*.

¹¹⁷ In tal senso, cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, 226 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo*, cit., 247 ss.; diversamente G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione*, cit., 95 ss. A tali esiti giunge anche la giurisprudenza che muove dalla riconosciuta struttura contrattuale della transazione, ritenendo inapplicabili alla formazione del contratto le potestà di riesame della p.a.: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15.11.2017, n. 5277; Tar Puglia, Bari, sez. III, 25.11.2011, n. 1796; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25.3.2011, n. 401; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 11.1.2002, n. 48; Tar Campania, Napoli, sez. V, 4.2.2004, n. 1590; Cass. civ., Sez. Un. 23.11.1985 n. 5809. Diversamente argomenta la giurisprudenza che

Ne deriva che la violazione di norme che connotano l'operazione amministrativa, e conformano la volontà della p.a., potranno determinare l'invalidità della dichiarazione nei modi previsti dal Codice civile, attraverso le pronunce dichiarative o costitutive del giudice competente.

La trasgressione delle norme di legge che disciplinano l'operazione transattiva potrà, quindi, determinare la nullità della dichiarazione e dello stesso contratto, derivante dalla violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.¹¹⁸.

I possibili errori inerenti alla valutazione dei presupposti per transigere potranno determinare l'annullamento della dichiarazione e dello stesso contratto ad opera del giudice, ove si traducano in vizi della vo-

ricostruisce la fattispecie transattiva alla stregua di un accordo procedimentale: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3.1.2018, n. 27; Tar Lazio, Roma, sez. III, 7.1.2015, n. 77; Tar Veneto, sez. I, 13.12.2012, n. 1562; Tar Veneto, sez. I, 19.1.2005, n. 129. Sui presupposti teorici di tale soluzione cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 222 ss.

¹¹⁸ Si consideri l'ipotesi dell'omessa acquisizione del parere dell'Avvocatura di Stato, o di autorizzazioni e nulla osta di altre amministrazioni. L'imperatività di tali norme discende dalle finalità che esse intendono garantire, in termini di generale pubblicità, trasparenza, economicità ed efficacia delle decisioni amministrative. Sulla natura imperativa delle norme che conformano l'esercizio delle attività amministrative cfr. M. DUGATO, *op. cit.*, 63 ss.; G. VILLA, *op. cit.*, 169 ss. La giurisprudenza, ancorché in rapporto a differenti fattispecie, rileva come tutte le norme che conformano l'attività amministrativa debbano ritenersi imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.: cfr. Cons. Stato, sez. III, 2.9.2013, n. 4364; Cons. Stato, sez. IV, 23.8.2010, n. 5902. Non si condivide, dunque, la posizione della giurisprudenza e della dottrina che rilevano la contraddizione derivante dall'imperatività delle norme che caratterizzano l'esercizio dell'attività amministrativa, evidenziando come la violazione della stessa regola non possa contemporaneamente determinare l'annullabilità di un provvedimento e la nullità del contratto. A questa osservazione è possibile replicare che il regime privilegiato dell'annullabilità del provvedimento contrario a norme imperative è imposto dal legislatore al fine di garantire la limitata oppugnabilità dell'atto, a protezione della stabilità dell'attività autoritativa della p.a. La tesi qui criticata si deve a G. GRECO, *Accordi e contratti della p.a., tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 422 ss., nonché a S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *op. cit.*, 1046. Per una ricognizione del problema, dove si aderisce alla tesi qui prospettata cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 470 ss.; A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 600 ss.; sui riflessi processuali, cfr. A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 83 ss.

lontà¹¹⁹, come pure la sua nullità, nelle varie ipotesi previste dal Codice civile¹²⁰.

Sotto questi aspetti, la transazione amministrativa non differisce in maniera apprezzabile dal modello di diritto comune¹²¹, benché i casi di

¹¹⁹ Si fa riferimento alla disciplina prevista dagli artt. 1429 e 1969, 1973, 1974 e 1975 c.c., con riguardo alle ipotesi di annullabilità per errore – salvo il divieto di annullamento per errore sul *caput controversum* – e di scoperta dell’insussistenza dei presupposti per transigere, a fronte della falsità dei documenti, di un giudicato pregresso sulla stessa lite, della conoscenza di documenti che avrebbero escluso l’insorgenza della lite. Sul punto, salvo un rinvio *supra*, cap. II, par. 2, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 169 ss. Per un’applicazione, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25.3.2011, n. 401.

¹²⁰ Viene in rilievo la necessità di coordinare la disciplina dell’art. 1418 c.c. con quella della transazione. Il contratto sarà quindi nullo per illiceità della causa, illiceità dell’oggetto, anche in rapporto alle previsioni dell’art. 1966, comma 2, c.c. ed alla disciplina relativa al regime di determinati beni; per illiceità dei motivi, se comuni ad entrambe le parti, come nel caso in cui la lite sia stata risolta in via transattiva sulla base di accordi collusivi, finalizzati ad escludere accertamenti giudiziali di possibili responsabilità legate alla pregressa commissione di illeciti civili o amministrativi. La nullità potrà sussistere anche nelle ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto posizioni giuridico soggettive indisponibili ad opera delle parti, ai sensi dell’art. 1966, comma 2, c.c., oltre che nella peculiare ipotesi di transazione su titolo nullo, ai sensi dell’art. 1972 c.c. Altra ipotesi di nullità si potrebbe ravvisare nel caso di contratto in frode alla legge ai sensi dell’art. 1344 c.c., qualora si dimostri che le parti abbiano voluto comporre la lite per realizzare effetti compatibili con quelli vietati dalla legge, ad esempio rinegoziando il contenuto di un appalto o il rilascio di un titolo edilizio a favore di un soggetto non legittimato. Su questo punto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 240 ss.

¹²¹ A conclusioni analoghe giungeva E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 153 ss., ma sulla base di un percorso argomentativo non rispondente all’attuale disciplina positiva, oltre che condizionato dalle premesse della ricostruzione dell’A. Ferma la piena assimilazione della stabilità delle transazioni su questioni patrimoniali a quella dei comuni contratti, *ivi*, 49 s., con riferimento agli atti di transazione su questioni pubblicistiche: si negava la possibilità di disporre l’annullamento d’ufficio per scoperta di errori di diritto sulla situazione controversa, sostenendo che la ponderazione discrezionale di interessi sottesa all’emanazione dell’atto transattivo rendesse irrilevante ogni pregresso errore (ossia, ogni erronea valutazione circa l’illegittimità dell’atto oggetto di conferma); con riferimento alla revoca, si riteneva l’esercizio di tale prerogativa contrario alla stessa natura dell’atto di transazione. Nessuna delle soluzioni appare del tutto persuasiva, pur tenendo conto della necessità di storicizzare la tesi di Guicciardi: non convince, innanzitutto, il rilievo per cui la discrezionalità dell’atto transattivo avrebbe privato la p.a. del

nullità virtuale ex art. 1418 c.c. possano essere più numerosi di quanto accade per i comuni contratti. Se tale situazione può essere problematica sul piano della politica del diritto¹²², da un punto di vista giuridico essa risulta coerente con le peculiarità del fenomeno, e con la funzione di garanzia sottesa alla disciplina dell'operazione transattiva¹²³.

L'impossibilità di revocare o di annullare la dichiarazione di intenti ed il contratto in sé considerato non esclude, tuttavia, la necessità di verificare se gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990 possano essere applicati ai provvedimenti ed agli atti amministrativi emanati nell'ambito dell'operazione transattiva: si fa riferimento ad eventuali atti prodromici alla dichiarazione di intenti (autorizzazioni, pareri o nulla osta di altre p.a.), ed all'approvazione del contratto, nei casi in cui essa sia prevista dalla legge.

Il fenomeno non può essere analizzato in termini generali, ma impone di distinguere l'ipotesi in cui il riesame abbia ad oggetto le diverse categorie di atti, anche in rapporto alle conseguenze derivanti dalla loro caducazione sul regime del contratto già stipulato.

Per quanto concerne la revoca, non sussistono dubbi in ordine alla possibilità di un ritiro degli atti prodromici alla dichiarazione di intenti, ove essi abbiano carattere discrezionale¹²⁴.

potere di ritornare sulla propria decisione, a fronte della conclamata constatazione dell'assenza di un presupposto idoneo a fondare la valutazione discrezionale (rappresentato dalla dubbia legittimità del provvedimento soggetto a conferma). Non convince nemmeno l'assunto per cui la revoca sarebbe in contrasto con la 'natura' della transazione, trattandosi di un rilievo del tutto generico, in cui si dava per premesso quello che doveva essere semmai dimostrato su base positiva, o, quantomeno, sul piano dei principi applicabili alla fattispecie. Tali ambiguità espositive tradiscono, a ben vedere, la difficoltà incontrata dall'A. nel conciliare il regime del provvedimento amministrativo con quello del contratto di transazione, a riprova dei limiti della concezione guicciardiana. Sul punto cfr. pure *supra*, cap. IV, par. 2.

¹²² Si tratta di problemi ampiamente avvertiti anche in rapporto alla disciplina degli accordi procedurali: cfr. soprattutto G. GRECO, *Accordi amministrativi*, 222 ss.; ID., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 326 ss.

¹²³ Si condividono, al riguardo, i rilievi di M. DUGATO, *op. cit.*, 69; G. VILLA, *op. cit.*, 169 ss.

¹²⁴ Si tratta, tuttavia, di ipotesi peculiari, in considerazione del fatto che gli atti prodromici alla stipulazione del contratto non hanno normalmente contenuto discrezionale,

Nel caso in cui il contratto non sia stato stipulato, la revoca implicherà un'interruzione delle trattative, con l'insorgenza di eventuali obblighi risarcitori a favore della controparte¹²⁵. Nel caso in cui il contratto sia stato stipulato, la revoca non inciderà sull'originaria validità ed efficacia del vincolo, ma determinerà l'estinzione dell'obbligazione della p.a. per impossibilità sopravvenuta della prestazione¹²⁶.

La revoca dell'approvazione appare astrattamente ammissibile anche nel corso dell'esecuzione del contratto, non sussistendo alcuna preclusione all'esercizio di tale prerogativa, in deroga alle generali previsioni degli artt. 1372 c.c.¹²⁷.

ma consistono in valutazioni rispetto alle quali non può ipotizzarsi l'applicazione dell'art. 21 *quinquies*. Non si può tuttavia escludere la necessità di acquisire, ai fini della stipulazione del contratto, autorizzazioni e nulla osta di altre amministrazioni titolari di poteri idonei ad incidere sull'oggetto della transazione. Sulla disciplina della revoca, cfr., fra i tanti, F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. ROMANO, a cura di, *op. cit.*, 755 ss.; V. DOMENICHELLI, M. SINISI, *La revoca del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *op. cit.*, 1071 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento*, cit., 445 ss.

¹²⁵ Per un approfondimento sul punto, cfr. A. CASSATELLA, *L'indennità di revoca ex art. 21 quinquies della l. n. 241/1990 fra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, in *Foro Amm. Tar.*, 2006, 2841 ss.

¹²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4.12.2018, n. 6876; Cons. Stato, sez. III, 4.12.2018, n. 6872; Cass. civ. sez. I, 12.7.2016, n. 14188. Si ipotizzi il caso in cui, a seguito della transazione avente ad oggetto il regime urbanistico di un'area, sopraggiunga la revoca di un'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla competente amministrazione. La revoca incide sulla stessa possibilità (giuridica) di eseguire le prestazioni programmate dalla p.a., in considerazione del fatto che l'autorizzazione era presupposto indispensabile ai fini della capacità di disporre degli interessi pubblici in rilievo. Ne consegue l'applicazione delle previsioni dell'art. 1463 c.c., con l'insorgenza di obblighi restitutori a favore della parte privata che abbia già eseguito la prestazione.

¹²⁷ Le previsioni dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, sembrano sufficienti a superare i dubbi paventati dalla più risalente dottrina in ordine all'ammissibilità della revoca dell'approvazione, in considerazione dell'efficacia istantanea dell'atto: sul punto cfr. S. CASSARINO, *op. cit.*, 866 s. In tal senso, cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 20.6.2014, n. 14, che reputa invece inapplicabile la revoca in corso di esecuzione del contratto ai soli appalti di lavori, e con riferimento alle ipotesi ricadenti nella disciplina della risoluzione del contratto. Sull'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, cfr. in particolare S. FANTINI, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1 ss.; G. TULUMELLO, *Il recesso*, cit., 1100 ss.

Va, tuttavia, sottolineato come, anche in tale specifica ipotesi, la revoca debba avere ad oggetto i soli effetti dell'approvazione, disponendo l'eliminazione del provvedimento in quanto contrario all'interesse pubblico. Essa non può avere ad oggetto il contratto e la condotta delle parti, assumendo una funzione estintiva del vincolo negoziale, ammessa solo nei limiti individuati dall'art. 21 *sexies* e dalle norme cui esso rinvia, ossia dal Codice civile, dal Codice dei contratti pubblici o da leggi speciali¹²⁸.

Ciò implica che la revoca dell'approvazione possa essere disposta solamente a fronte di circostanze estranee alla condotta assunta dalle parti, e riconducibili a sopravvenienze imprevedibili ed idonee ad incidere sulla sua esecuzione in conformità all'interesse pubblico, non potendo assumere una funzione risolutoria¹²⁹.

L'annullamento d'ufficio degli atti prodromici alla dichiarazione di intenti è sempre possibile, entro i limiti dell'art. 21 *nonies*¹³⁰. Si pone,

¹²⁸ Sull'art. 21 *sexies*, cfr. L. GIANI, *Art. 21 sexies. Recesso dai contratti*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *op. cit.*, 529 ss.; F. MAZZELLA, *Cenni in materia di recesso dai contratti*, in A. ROMANO, a cura di, *op. cit.*, 791 ss.; G. TULUMELLO, *op. cit.*, 1081 ss.

¹²⁹ Anche in tal caso si reputa operante il principio del *contrarius actus*, in forza del quale la revoca ha ad oggetto il provvedimento ed i suoi effetti, e non il comportamento delle parti che eseguono il contratto validamente approvato: va da sé che una revoca con funzione risolutoria o rescissoria sarebbe illegittima per sviamento di potere, derivante dall'utilizzo dello *jus poenitendi* della p.a. per scopi contrari alle finalità della legge, con un abuso della posizione della parte pubblica rispetto alla correlata posizione della controparte privata. Sul punto, a partire dalla giurisprudenza relativa al rapporto fra revoca e risoluzione di contratti in cui l'amministrazione si obbligava a sovvenzionare determinate iniziative industriali, cfr. A. CASSATELLA, *Ritiro di sovvenzioni e riparto di giurisdizione: le Sezioni Unite indicano la via... senza poi seguirla*, in *Dir & For.*, 2008, 575 ss. In giurisprudenza, ancorché con riferimento a fattispecie diverse dalla transazione, cfr. Cons. Stato, sez. III, 29.11.2016, n. 5026; Cons. Stato, sez. V, 21.6.2013, n. 3409; Cons. Stato, sez. VI, 20.12.2012, n. 6575; Cons. Stato, sez. VI, 27.8.2012, n. 4612; Cons. Stato, sez. VI, 27.7.2011, n. 4474; Cass. civ., Sez. Un., 26.1.2011, n. 1775; Cass. civ., Sez. Un., ord., 17.4.2009, n. 9162. Per una ricognizione del problema cfr. anche G. TULUMELLO, *op. cit.*, 1094 ss.

¹³⁰ L'annullabilità di tali atti appare pacifica in giurisprudenza: cfr., in termini generali, Cons. Stato, sez. VI, 6.3.2018, n. 1435; Cons. Stato, sez. IV, 14.5.2014, n. 2468; Cons. Stato, sez. VI, 5.12.2016, n. 5100; Cons. Stato, sez. VI, 1.4.2014, n. 1558.

anche in tal caso, la questione dell'incidenza dell'eliminazione dell'atto sulla successiva attività della p.a.

Il problema va risolto in relazione al tipo di vizio riscontrato in sede di annullamento d'ufficio: ove l'annullamento sia stato disposto per incompetenza o violazione di legge, ne deriverà la nullità del contratto già stipulato, sulla base dell'art. 1418 c.c.; ove l'annullamento sia stato disposto per difetti di istruttoria o travisamenti di fatto, il contratto sarà annullabile o nullo, in rapporto alla disciplina del Codice civile¹³¹.

¹³¹ Si tratta di una conseguenza coerente con la premessa per cui l'operazione transattiva non è assimilabile ad una procedura di evidenza pubblica che si conclude con l'aggiudicazione di un contratto. Ne deriva che non è applicabile, alle ipotesi di transazione amministrativa, il regime dell'inefficacia del contratto stipulato sulla base di un provvedimento di aggiudicazione successivamente annullato, nei termini previsti dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Si tratta, del resto, di norme applicabili unicamente nell'ambito del rito speciale in materia di appalti di servizi, lavori e forniture – in attuazione della disciplina europea di riferimento, alle quali non può attribuirsi un valore ricognitivo di un principio immanente al sistema contrattuale. Per una discussione del problema, largamente condizionata dalla tipologia di procedimenti sulla quale si impostano le singole indagini, cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 212 ss.; M.C. FOSCHI, *Riflessioni in materia di invalidità derivata dei contratti pubblici*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 925 ss.; S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, cit., 1044 ss.; L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. Proc. Amm.* 2008, 138 ss.; L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 597 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003, 645 ss.; A. SCACCHI, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 1501 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 240 ss.; S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 255 ss.; S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 284 ss. La conferma della relatività dei concetti utilizzati in questi frangenti si ha con riferimento al dibattito inerente al rapporto fra annullamento delle procedure concorsuali e il contratto di lavoro subordinato alle dipendenze della p.a., dove non vengono in rilievo le previsioni degli artt. 121 e 122 c.p.a. Non casualmente, dottrina e giurisprudenza continuano a qualificare il fenomeno sulla base dell'alternativa fra nullità ed annullabilità, in rapporto ai vizi della procedura concorsuale: cfr. E.N. FRAGALE, *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, in *Lav. Pubbl. Amm.*,

L'annullamento d'ufficio può colpire pure l'approvazione, benché sia necessario precisare i limiti dell'attività di riesame in rapporto alle caratteristiche dell'operazione transattiva¹³².

Il riesame può, infatti, riguardare la sola attività successiva alla stipulazione del contratto, senza margini per rimettere in discussione il suo contenuto in rapporto alle valutazioni compiute dalla p.a. ai fini della composizione della lite. La conclusione è coerente con il rilievo per cui solamente l'organo competente a dichiarare la volontà di transigere può chiedere l'annullamento del contratto per i vizi riconducibili all'attività di formazione del negozio, senza margini per agire in autotutela¹³³.

La stabilità della transazione va colta anche con riferimento alle vicende inerenti alla sua esecuzione ed al suo adempimento, in rapporto alla peculiare disciplina che caratterizza il contratto.

Esclusa la possibilità di ricorrere a strumenti come la revoca con funzione risolutoria, nulla preclude alle parti la possibilità di risolvere il contratto sulla base delle generali previsioni degli artt. 1463 e 1467 c.c., mediante l'intervento del giudice¹³⁴. Allo stesso fine è possibile utiliz-

2014, 155 ss.; G. FURLAN, J. BATTAIA, *L'annullamento del concorso in via di autotutela e la sorte del contratto di lavoro*, in *Lav. nella Giur.* 2016, 280 ss.

¹³² La possibilità di annullare l'approvazione è ammessa pacificamente dalla giurisprudenza, per quanto le pronunce non siano frequenti: cfr. Corte dei Conti, Sicilia, sez. giurisdiz., 25.7.2018, n. 680; Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 14.9.2015, n. 11234; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 27.2.2013, n. 571.

¹³³ Se si ammette che l'approvazione rappresenti una specifica tecnica di riesame del contratto, deve infatti escludersi che l'organo tutorio abbia attribuzioni e competenze maggiori rispetto a quelle dell'organo competente ad esprimere la volontà di transigere, sulla base del criterio generale del *contrarius actus*. Conseguentemente, l'errore di diritto sulle questioni oggetto di lite appare irrilevante sia ai fini della formazione del negozio, che ai fini della sua approvazione e dell'eventuale riesame dell'atto di approvazione. Sul *contrarius actus* cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 677 ss.

¹³⁴ Cfr. F. CARRESI, *Transazione e risoluzione*, cit., 454; L. LAUDISA, *op. cit.*, 444; A. PALAZZO, *La transazione*, cit., 349 s.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 479; V. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 318 ss.; M. SEGNI, *op. cit.*, 275 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 441 ss.

zare eventuali clausole inserite nel contratto ai sensi dell'art. 21 *sexies* della l. n. 241/1990, attribuendo al recesso una funzione risolutoria¹³⁵.

Rimangono peculiari le questioni inerenti alla risoluzione per inadempimento della transazione novativa¹³⁶.

Il fenomeno è ampiamente discusso in ambito civilistico, dove la disciplina dell'art. 1976 c.c. trova applicazione con riferimento sia alle transazioni che determinano la novazione in senso tecnico-giuridico di un precedente rapporto obbligatorio, che alle ipotesi in cui il rapporto regolato dalla transazione sia caratterizzato da un *quid novi* che lo rende incompatibile con l'assetto di interessi sotteso alla lite¹³⁷.

In entrambi i casi, la soluzione profilata da dottrina e giurisprudenza discende dall'efficacia del contratto novativo, che determina, accanto all'estinzione della lite, l'irrelevanza del rapporto pregresso: a seconda delle tesi espresse in materia, ciò discende dall'efficacia preclusiva della transazione o dalla sostituzione del rapporto litigioso con il nuovo rapporto, regolato dal contratto¹³⁸.

Occorre tuttavia verificare se analoghe conclusioni possano prospettarsi nel caso della transazione amministrativa¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. le puntuali osservazioni di G. TULUMELLO, *op. cit.*, 1086 ss., in rapporto alle classificazioni proposte da G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss., in cui si precisa come il recesso possa essere preordinato, su volontà delle parti, alla risoluzione del contratto per inadempimento, eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta.

¹³⁶ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2 ss. Per una ricognizione del dibattito inerente alla struttura della transazione novativa cfr. per tutti G. GENNARI, *op. cit.*, 61 ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 224 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 318 ss.

¹³⁷ Per una disamina delle tesi, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 320; E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 830 ss.; G. GENNARI, *op. cit.*, 64 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, 187 ss.; M. SEGNI, *op. cit.*, 268 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 422 ss. Sul punto cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 19.7.2017, n. 3564.

¹³⁸ Sull'efficacia preclusiva della transazione cfr. A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 492 ss., in rapporto a quanto già evidenziato *supra*, cap. II, par. 2.

¹³⁹ Per l'impostazione del problema, cfr. A. BARDUSCO, *op. cit.*, 317 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 271 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione*, cit., 98 ss. Nulla esclude, in ogni caso, che le parti possano negoziare l'inserimento di una clausola risolutiva espressa in caso di inadempimento altrui, a tutela della p.a. come della controparte privata: in tal senso, sono esplicite sia le previsioni dell'art. 1976 c.c., che le disposizioni dell'art. 21 *sexies* della l. n. 241/1990, su cui cfr. subito *infra*.

La questione deve essere impostata in rapporto agli effetti del contratto ed alla loro capacità di incidere retroattivamente sulla posizione della p.a. e sul titolo che fonda le pretese dell'amministrazione nei confronti della controparte.

Ove questo titolo sia rappresentato da un contratto o da un fatto illecito attributivi di un diritto di credito nei confronti della controparte, nulla impedisce che la transazione abbia piena efficacia innovativa, determinando una sostituzione del rapporto controverso con differente assetto di interessi¹⁴⁰.

Il medesimo fenomeno non si ravvisa, tuttavia, nel caso in cui il titolo che fonda la pretesa sia rappresentato da un provvedimento applicativo di una norma attributiva di un potere reiterabile, in considerazione del fatto che la nuova disciplina non può incidere sull'astratta efficacia della norma e sulla possibilità di farne applicazione a fronte degli idonei presupposti¹⁴¹. In tale frangente, difetta la stessa esistenza di un 'rapporto' preesistente suscettibile di estinzione ai sensi dell'art. 1976 c.c., posto che la pretesa della p.a. rappresenta la proiezione del dovere irrelato di applicare la norma attributiva del potere alla situazione controversa¹⁴².

¹⁴⁰ Sull'efficacia innovativa, cfr. la disamina critica di G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 187 ss.; S. RUPERTO, *op. cit.*, 387 ss.

¹⁴¹ La perdurante efficacia della norma attributiva del potere discende dalla stessa astrattezza della fonte, suscettibile di applicazione indifferenziata in tutte le ipotesi in cui sussistano le circostanze idonee a determinare l'emanazione del provvedimento in cui normalmente si concretizza la pretesa della p.a. Parte della dottrina spiega tradizionalmente il fenomeno con la metafora della c.d. inesauribilità del potere amministrativo, su cui già *supra*, cap. II, par 3. Per una ricognizione generale, oltre ai contributi richiamati *ivi*, cfr. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 50 ss.; N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., 116 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Economia Messina*, 1981, 405 ss.

¹⁴² Si esclude, a questo proposito, la possibilità di configurare il rapporto fra amministrazione e destinatario del provvedimento in cui si sostanzia la pretesa alla stregua di un rapporto obbligatorio. La stessa struttura condizionale delle norme che attribuiscono alla p.a. la possibilità di agire è configurata in maniera tale da perseguire l'obiettivo primario della costituzione di un effetto compatibile con l'interesse pubblico sotteso, considerando la posizione di svantaggio o vantaggio del privato unicamente in via riflessa. Sulle caratteristiche del rapporto amministrativo cfr. V. ANTONELLI, *Contatto e*

Ne deriva che l'inadempimento della transazione novativa consente alla p.a. di chiedere la risoluzione, come pure di raggiungere il medesimo effetto in via unilaterale, a fronte di apposite pattuizioni attributive di un potere di recesso, in conformità alle previsioni dell'art. 21 *sexies* della l. n. 241/1990 e dello stesso art. 1976 c.c.

5. I riflessi processuali della disciplina in rapporto alla tutela delle parti e dei terzi

L'interazione fra diritto comune e speciale nella disciplina della transazione riveste un peculiare rilievo ai fini dell'individuazione del giudice competente a conoscere le controversie nascenti dalla stipulazione o dall'esecuzione del contratto.

In rapporto alle esperienze straniere già esaminate, nell'ordinamento italiano i problemi inerenti all'individuazione del giudice e delle tutele è correlato alla più generale questione del riparto di giurisdizioni che caratterizza la materia, su cui ci si è già soffermati nella prima fase di questo studio¹⁴³.

rapporto nell'agire amministrativo, Padova, 2007; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 35 ss.; M. OCCHIANA, *op. cit.*, 140 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, specie 128 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 19 ss. Per una ricostruzione del dibattito, in rapporto alla qualificazione delle posizioni della p.a. quale potere di attuazione della norma ai fini della produzione di effetti giuridici compatibili con il quadro delineato dalla norma attributiva del potere, cfr. G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione*, cit., 561 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 237 ss. Una differente ricostruzione del fenomeno si deve, come noto, ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., 3 ss.; con successivi sviluppi soprattutto ad opera di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, 76 ss., nei confronti dei quali sembrano tuttavia persuasive le critiche degli Autori menzionati, anche in rapporto alla rilevanza costituzionale dell'interesse legittimo come situazione giuridico soggettiva necessariamente distinta, sul piano strutturale e della disciplina, dal diritto soggettivo.

¹⁴³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 5. Sull'incidenza del riparto di giurisdizioni sulle tutele esperibili in materia contrattuale, cfr., fra gli altri, S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 47 ss.; G.

A questo proposito, si ritiene che la qualificazione proposta permetta di escludere la possibilità di ricondurre le transazioni amministrative alla giurisdizione esclusiva del g.a., in forza di una loro artificiosa assimilazione agli accordi procedimentali¹⁴⁴. Non appare condivisibile, sotto tale profilo, nemmeno il tentativo di estendere la cognizione del g.a. sulla base dell'argomento per cui si tratterebbe di negozi di secondo grado, rientranti nella giurisdizione esclusiva del g.a. in forza di una connessione con il regime degli accordi che hanno originato la lite¹⁴⁵.

Contro tali argomentazioni sembra possibile eccepire la necessità di interpretare in termini restrittivi il concetto di 'materia' devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a.¹⁴⁶.

D. COMPORTI, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 369 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 459 ss.; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 343 ss.

¹⁴⁴ In tal senso è invece orientato Tar Liguria, sez. I, 22.6.2016, n. 639, le cui conclusioni non sono ammissibili in rapporto alla già rilevata distinzione strutturale intercorrente fra accordi procedimentali e transazioni. Se si riconosce come il principio di nominatività si applichi anche agli accordi procedimentali, i margini per assimilare le transazioni amministrative ad accordi 'sostitutivi' di provvedimenti sono ulteriormente ridotti, considerando come il contratto non sia necessariamente funzionale a sostituire un provvedimento, quanto la regolazione della fattispecie dalla quale può scaturire l'emanazione di un provvedimento. Sulla tipicità e nominatività degli accordi, cfr. M. DUGATO, *op. cit.*, 194 ss., che ritiene solo parzialmente atipici, e solo in rapporto ai contenuti, gli accordi; F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *op. cit.*, 362 s.

¹⁴⁵ Cfr. sempre *supra*, cap. II, par. 5.

¹⁴⁶ L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, sul punto, non è univoco: è possibile rinvenire indirizzi che, interpretando in maniera estensiva il concetto di materia, fanno rientrare nelle controversie indicate dall'art. 133 c.p.a. tutte le questioni connesse a determinati settori. Sulla base di questo discutibile presupposto, si sono fatte rientrare nella giurisdizione esclusiva le transazioni in materia di concessioni di beni e servizi pubblici, di atti di aggiudicazione di contratti pubblici e di revisione del prezzo dei medesimi contratti, oltre che le transazioni stipulate in materia di governo del territorio. Per tale casistica, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27.10.2014, n. 5312; Cons. Stato, sez. III, 24.5.2013, n. 2838; Tar Umbria, sez. I, 2.5.2019, n. 229; Trga Trentino-Alto Adige, Bolzano, 25.10.2018, n. 302; Tar Lazio, Latina, sez. I, 11.7.2018, n. 393; Tar Basilicata, sez. I, 3.3.2015, n. 160; Tar Veneto, sez. I, 13.12.2012, n. 1562; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 24.3.2011, n. 152; Tar Campania, Napoli, sez. III, 26.10.2004, n. 15402. In materia urbanistica, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12.04.2017, n. 19914; Cass. civ.,

L'unico modo per attribuire al solo giudice amministrativo una cognizione di tutte le controversie nascenti dalla stipulazione ed esecuzione del contratto di transazione è dunque rappresentato da una possibile riforma dell'art. 133 c.p.a., difficilmente separabile da una pregressa codificazione dell'istituto nella legislazione sostanziale, nel solco di quanto avvenuto in Germania ed in Francia. Al netto di considerazioni di politica del diritto, l'unica soluzione coerente con l'art. 103 Cost., e con le stesse indicazioni della Corte Costituzionale, è rappresentata dalla necessità di attribuire al giudice ordinario la cognizione di tutte le controversie in cui vengano in rilievo stipulazione ed esecuzione del contratto¹⁴⁷.

Si tratta di una conclusione coerente con le premesse relative alle caratteristiche dell'operazione transattiva ed alla necessità di ricostruire le trattative precontrattuali alla stregua di attività regolate dalla disciplina di diritto comune, salve eventuali eccezioni¹⁴⁸.

Ne deriva che la validità della dichiarazione di intenti dovrà essere contestata innanzi al g.o., sia in considerazione del fatto che non si tratta di un provvedimento amministrativo, sia a fronte del più ampio rilie-

Sez. Un., 17.4.2009 n. 9151. Contro tale prassi, cfr. le generali osservazioni di G. GRECO, *Metamorfosi della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 898 ss., e, in giurisprudenza, Tar Lazio, Roma, sez. II, 4.5.2015, n. 6304.

¹⁴⁷ In aderenza alla tesi proposta, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7.6.2018, n. 3429; Cons. Stato, sez. III, 22.2.2017, n. 838; Cons. Stato Sez. III, 28.3.2014, n. 1501; Cons. Stato, sez. III, 7.7.2011, n. 4083; Cons. Stato, sez. VI, 4.9.2007, n. 4634. Cfr. pure Tar Campania, Napoli, sez. III, 28.3.2018, n. 1977. Resta poi ferma la possibilità di una cognizione incidentale della validità ed efficacia della transazione nell'ambito di controversie devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nei limiti indicati dall'art. 8 c.p.a.: per un'applicazione, cfr. Tar Puglia, Bari, sez. III, 25.11.2011, n. 1796. In argomento, cfr. G.A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 145 ss.

¹⁴⁸ A differenza di quanto avviene nell'ambito della disciplina del Codice dei contratti pubblici, non risultano applicabili i canoni ermeneutici che distinguono la fase procedimentale dell'evidenza pubblica da quella della stipulazione ed esecuzione del contratto, affidando la prima alla cognizione del g.a. e la seconda alla cognizione dell'a.g.o. La soluzione non appare praticabile a fronte dell'impossibilità di qualificare l'aggiudicazione del contratto alla stregua di un provvedimento tipico e nominato che conclude la procedura di pubblica evidenza.

vo per cui non si tratta di un atto riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, quanto di una valutazione autonoma della p.a. e della controparte privata¹⁴⁹.

Non si esclude, con ciò, che particolari segmenti dell'operazione transattiva possano essere soggetti alla giurisdizione del g.a., in rapporto alla natura autoritativa dei singoli atti emanati dalle amministrazioni competenti. La giurisdizione del g.a. rimane infatti ferma sia nel caso di impugnazione di atti idonei a determinare un arresto dell'operazione transattiva, come i dinieghi di autorizzazioni o di nulla osta da parte di altre amministrazioni; sia nel caso di diniego di approvazione o di atti di riesame aventi ad oggetto gli atti interni e la stessa approvazione, nei termini già indicati in precedenza¹⁵⁰.

Le questioni di riparto non hanno, ad ogni modo, una specifica incidenza sulla tipologia di tutele contrattuali garantite alle parti, che assumono un contenuto del tutto omologo qualora siano esperite innanzi al g.o. o al g.a. in giurisdizione esclusiva¹⁵¹.

Le azioni esperibili a fronte di vizi del contratto ed in caso di inadempimento riflettono, pertanto, le caratteristiche del regime sostanziale della transazione, delineato nelle pagine che precedono¹⁵².

Le aspettative delle parti alla stipulazione o all'adempimento del contratto sono quindi tutelabili ai sensi dell'art. 2932 c.c.¹⁵³, ferma la possibilità della tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. *supra*, cap. IV, par. 5 e in questo stesso capitolo, par. 2. La conclusione è coerente, pur sulla base di differenti premesse, con la tesi che configura alcuni tipi di delibera a contrarre quali atti ad evidenza pubblica di rilevanza interna, ma non provvedimentali, con l'effetto di devolvere all'a.g.o. la cognizione della loro validità, anche in quanto espressivi dell'autonomia negoziale dell'amministrazione.

¹⁵⁰ Cfr., su un piano più generale, Cons. Stato, sez. VI, 17.12.2007, n. 6471; Cons. Stato, sez. VI, 22.3.2007, n. 1364.

¹⁵¹ Sul contenuto delle tutele, cfr. Cort. Cost., 6.7.2004, n. 204. Sul punto cfr. per tutti A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 473 ss.; M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione*, cit., 141 ss.; S. VALAGUZZA, I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 783 ss.

¹⁵² Per un'analisi delle principali tecniche di tutela cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo*, cit., 173 ss.

In presenza di vizi di validità del contratto saranno esperibili le azioni di annullamento o di declaratoria di nullità del contratto¹⁵⁵. Nei casi di inadempimento sarà possibile esperire le azioni finalizzate allo scioglimento del vincolo ed all'accertamento delle eventuali responsabilità del soggetto inadempiente¹⁵⁶.

La stipulazione della transazione può incidere anche sui successivi rapporti fra le parti. Oltre all'ipotesi in cui venga promossa, innanzi al giudice competente, un'azione sulle identiche questioni già transatte¹⁵⁷,

¹⁵³ Sulla possibilità di esperire l'azione costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c. nei confronti dell'amministrazione che rifiuti di stipulare un contratto o di produrre gli effetti previsti dal contratto stipulato, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20.7.2012, n. 28, nonché Cons. Stato, sez. IV, 18.3.2013, n. 1574; Cons. Stato, sez. IV, 22.1.2013, n. 351; Cons. Stato, sez. IV, 31.5.2012, n. 3261. Nella giurisprudenza di primo grado, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12.4.2019, n. 789; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 6.3.2019, n. 224; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8.1.2019, n. 34. Per una sintesi, cfr. L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932 cod. civ.)*, Padova, 2010; F. RINALDI, *L'azione ex art. 2932 c.c. nel processo amministrativo*, in *Immobili e Proprietà*, 2014, 159 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 15.12.2006, n. 2490.

¹⁵⁵ Sulla generale ammissibilità delle azioni di annullamento e nullità del contratto previste dagli artt. 1418 ss c.c., sia innanzi al g.o. sia innanzi al g.a. in giurisdizione esclusiva, cfr. Cons. Stato, sez. V, 5.4.2019, n. 2243; Cons. Stato, sez. IV, 15.2.2019, n. 1069; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 18.10.2018, n. 1515; Tar Toscana, sez. I, 20.12.2012, n. 2093; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 28.6.2010, n. 2645; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 3.11.2009, n. 701.

¹⁵⁶ Sul punto, cfr. *infra*, par. 5. Per quanto concerne l'ammissibilità delle azioni di responsabilità contrattuale e di risoluzione per inadempimento, anche in sede di giurisdizione esclusiva, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17.10.2018, n. 5943; Cons. Stato, sez. III, 5.3.2018, n. 1401; Cons. Stato, sez. IV, 28.7.2017, n. 3764; Cons. Stato, sez. IV, 19.7.2017, n. 3564; Cons. Stato, sez. IV, 9.6.2015, n. 2833; Cons. Stato, sez. IV, 13.7.2011, n. 4256. Nella giurisprudenza di primo grado, cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 25.1.2019, n. 40; Tar Puglia, Bari, sez. III, 27.7.2017, n. 869; Tar Lazio, Latina, sez. I, 10.4.2017, n. 239; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 1.9.2014, n. 2289; T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 17.6.2008, n. 314.

¹⁵⁷ Nell'ambito di queste controversie sarà sollevabile, anche d'ufficio, l'eccezione di transazione, con la conseguente declaratoria di carenza di interesse. Nel caso in cui la transazione sopraggiunga nel corso del giudizio, in primo grado o in appello, si potrà dichiarare la cessazione della materia del contendere qualora la pretesa del ricorrente sia integralmente soddisfatta (art. 34, comma 5, c.p.a.) potendosi altrimenti disporre la declaratoria di improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse (art.

possono immaginarsi controversie relative all'inadempimento delle transazioni intervenute nel corso di un precedente giudizio, devolute al giudice amministrativo in sede di ottemperanza¹⁵⁸.

Una questione particolarmente delicata riguarda la tutela dei soggetti rimasti estranei alla transazione, i cui diritti o interessi siano stati pregiudicati dall'accordo intercorso fra le parti¹⁵⁹.

Benché l'art. 1372 c.c. escluda che la transazione possa produrre effetti rispetto a terzi che non abbiano espressamente aderito ad essa¹⁶⁰, si è già osservato come tale disciplina patisca delle deroghe in rapporto alla posizione istituzionale dell'amministrazione ed all'incidenza delle sue decisioni su situazioni che trascendono quelle dei contraenti¹⁶¹.

35, comma 1, lett. c) c.p.a.). Nella giurisprudenza recente, cfr. Cons. Stato, sez. III, 11.2.2019, n. 995; Cons. Stato, sez. VI, 11.6.2018, n. 3545. Tar Piemonte, sez. II, 4.7.2017, n. 786. Sul punto cfr. pure E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 163 ss. Il tema è scarsamente affrontato in dottrina, come evidenzia M. FRANZONI, *op. cit.*, 242 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 337 ss.; sul punto cfr. tuttavia A. BUTERA, *op. cit.*, 1686 ss; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 277 ss.

¹⁵⁸ La giurisdizione viene affermata sulla base delle previsioni dell'art. 112 c.p.a., sulla base dell'assunto per cui spetterebbe al giudice di ottemperanza la cognizione dei contratti idonei ad incidere sul titolo giudiziale. Cfr. in tal senso Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 30.5.2019, n. 1475; Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2018, n. 4192; Cons. Stato, sez. V, 22.6.2018, n. 3888; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 19.10.2018, n. 1786.

¹⁵⁹ Sul punto cfr. F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1961, 196 ss. Per ulteriori approfondimenti cfr. pure A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in L. VACCA, a cura di, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica*, Torino, 2001, 111 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI, a cura di, *I contratti in generale*, II, II ed., Torino, 2006, 1240 ss.; F. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare. Artt. 1372-1405*, Bologna, 1993, 1 ss.

¹⁶⁰ Sull'efficacia della transazione, cfr. E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 832 s.; M. FRANZONI, *op. cit.*, 211 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 7; A. PALAZZO, *Transazione*, cit., 399 ss.; ID., *La transazione*, cit., 324 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 359 ss., cui si rinvia per l'esame di alcune peculiari ipotesi in di efficacia *ultra partes* del contratto.

¹⁶¹ Cfr. già *supra*, cap. II, parr. 2 e 3. Il problema rappresenta un punto nodale di tutte le ricostruzioni relative all'attività negoziale dell'amministrazione, specie con riferimento ad ipotesi in cui non sia possibile individuare atti impugnabili sulla base dello schema della procedura di evidenza pubblica o di espresse previsioni di legge: cfr.

Senza la necessità di ricorrere alla metafora dei rapporti multipolari, l'efficacia conformativa della transazione può incidere sugli interessi di terzi che, pur se estranei alla lite originaria, patiscono significativi pregiudizi dal nuovo assetto di interessi¹⁶². Si pensi alle transazioni che incidono sulla gestione dei beni pubblici, sull'esecuzione di contratti d'appalto o sull'attività di governo del territorio¹⁶³.

La posizione del 'terzo' non appare riducibile, in alcuni casi, ad un mero interesse di fatto alla contestazione del contratto, essendo possibile ipotizzare che, in alcune circostanze, siano lesi diritti e aspettative di soggetti che aspirano alla conservazione o al godimento di determinate utilità¹⁶⁴: ad esempio, la transazione potrebbe sottrarre taluni beni alla

A. BARDUSCO, *op. cit.*, 339 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 356 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 230 ss. e, più recentemente, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit., 6 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale*, cit. 130 ss.

¹⁶² Cfr. G. MANNUCCI, *op. cit.*, 182 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo*, cit., 25 ss. Per un inquadramento del fenomeno cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo*, cit., 10 ss.

¹⁶³ Cfr. già A. CASSATELLA, *Note in materia di transazione*, cit., 232 ss., anche in rapporto alla perdurante funzionalizzazione dell'attività negoziale dell'amministrazione alla tutela degli interessi pubblici affidati alle cure dei vari apparati. L'esigenza di integrare la disciplina dell'art. 1372 c.c. con una progressiva estensione delle tutele dei terzi rispetto ai contraenti è avvertita anche dalla dottrina civilistica: cfr. R. SACCO, *Interpretazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2012, 580 ss.

¹⁶⁴ Si deve prescindere, in questa sede, dall'approfondimento delle questioni relative alla qualificazione giuridica della posizione del terzo, soprattutto in rapporto alla sussistenza di legittime aspettative o posizioni di generico 'interesse' che non possono essere ricondotte al tradizionale diritto di credito. Il fenomeno si inquadra, ad ogni modo, nelle vicende relative alla moltiplicazione delle posizioni di interesse direttamente tutelate da principi (costituzionali ed europei) e disposizioni di legge: cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 69 ss.; U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 687 ss.; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 261 ss.; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 865 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 2 ss.; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., 10 ss. Per ulteriori sviluppi, cfr. G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.*, 2016, 443 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'Ue e rapporti fra privati: il bilanciamento di*

circolazione garantita dalla legge, o consolidare situazioni lesive di diritti già acquisiti¹⁶⁵.

La soluzione delle singole questioni deve essere individuata, anche in tal caso, in coerenza con le previsioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, individuando le tecniche di tutela di matrice civilistica che meglio si adattano alla protezione dei terzi. Tali tecniche possono ravvisarsi, principalmente, nelle azioni di nullità e di responsabilità¹⁶⁶.

Il terzo potrà dunque rivolgersi al g.o. per la declaratoria della nullità del contratto in contrasto con le norme imperative che orientano la formazione della volontà contrattuale della p.a., risultando pienamente legittimato allo scopo sulla base delle previsioni dell'art. 1421 c.c.¹⁶⁷.

interessi e rimedi civilistici, in F. MEZZANOTTE, a cura di, *Le libertà fondamentali nel diritto europeo e il diritto privato*, Roma, 2016, 41 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017, 40 ss. Per una sintesi delle principali questioni cfr. F. MACARIO, *op. cit.*, 61 ss.; D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. Disc. Prov., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2014, 96 ss.

¹⁶⁵ In termini più ampi, cfr. il rapporto fra contratto e mercato cui fa riferimento, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, 237 ss. Una prima identificazione del problema si deve pure a T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 163 ss.

¹⁶⁶ Non si reputa condivisibile, pertanto, la posizione di chi nega la tutela del terzo rispetto all'attività contrattuale o agli accordi della p.a., individuando in tale limitazione il principale fattore limite della qualificazione privatistica della fattispecie: cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 223. L'assunto muove, infatti, da una petizione di principio, smentita dalla stessa evoluzione della disciplina civilistica nei termini appena richiamati, oltre che dal rilievo per cui i terzi possono essere legittimati a censurare determinate patologie del contratto: così, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo*, cit., 247 ss.

¹⁶⁷ Sul fondamento dell'azione di nullità, cfr. F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti*, cit., 196 ss. Sul legame fra disciplina della nullità per violazione di norme imperative e legittimazione del terzo all'impugnativa del contratto, cfr., oltre ai contributi richiamati appena *supra*, nota 99, P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., 254 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 275 ss. e 337 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, 541 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, 12 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 875 ss. Per ulteriori sviluppi, cfr. pure A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2012, 503 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.; E. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 77 ss.; S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in

Nei casi restanti, il terzo potrà, inoltre, agire nei confronti delle parti per il risarcimento del danno extracontrattuale derivante dalla pattuizione, dimostrando come essa sia lesiva di diritti o interessi protetti¹⁶⁸.

Ulteriori questioni attengono alle tutele esperibili in caso di omessa o erronea emanazione dei provvedimenti funzionali all'attuazione del programma concordato fra le parti, come avviene nel caso di transazioni caratterizzate da un sinallagma di *facio ut facias*¹⁶⁹.

A monte – e nella cornice rappresentata dalle peculiarità del riparto di giurisdizione – il problema attiene alla qualificazione della posizione giuridico soggettiva della parte che ha maturato, in forza del contratto, una legittima aspettativa al rilascio del provvedimento. Sono note, al riguardo, le differenti ipotesi ricostruttive, tese a qualificare tale posizione come un interesse legittimo tutelabile dal g.a., o, secondo una tesi minoritaria, come un diritto di credito¹⁷⁰.

La questione non è puramente terminologica, ma rappresenta la ricaduta del rapporto fra legalità e contrattualità nella composizione negoziale della lite, da risolvere entro le coordinate fissate dall'art. 1,

Riv. Dir. Civ., 2012, 169 ss.; P. M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, 79 ss. e 370 ss.; R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, in R. TOMMASINI, a cura di, *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, 487 ss.

¹⁶⁸ Sulla tutela risarcitoria del terzo cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, 111 ss.; F. GALGANO, *Gli effetti*, cit., 1 ss. Con riferimento ai contratti dell'amministrazione cfr. pure A. BARDUSCO, *op. cit.*, 342 ss. Per una specifica applicazione, cfr. T. GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., IV, Torino, 1989, 372 ss.

¹⁶⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

¹⁷⁰ Come noto, si tratta di una tesi formulata da E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni* (1963), in ID., *Diritto e processo: scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 122 ss.; ID., *Disciplina del commercio*, *ivi*, 316 ss. Per gli sviluppi più peculiari, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 1 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di cognizione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2003, 105 ss. Per una ricognizione del fenomeno, in rapporto alle posizioni riconducibili all'aspettativa al rilascio del provvedimento, cfr. C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 293 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 966 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, 1 ss.

comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990. Il fatto che i provvedimenti possano essere qualificabili come atti esecutivi di un contratto non incide sul loro regime, anche ai fini della loro impugnazione¹⁷¹: si tratta, infatti, di atti emanati sulla base di regole di competenza inerenti all'esercizio di potestà amministrative, in cui la produzione dell'effetto previsto dalla disciplina applicabile deve essere conforme all'interesse pubblico¹⁷².

In rapporto alla mancata produzione degli effetti giuridici programmati nel contratto, ma riservati alle attribuzioni e competenze della sola p.a., la controparte privata rimane dunque titolare di un interesse legittimo pretensivo, la cui protezione è garantita in rapporto alla compatibilità dell'atto con la disciplina di riferimento¹⁷³.

La tutela dell'interesse sarà quindi garantita dalla tutela costitutiva nei confronti di eventuali dinieghi, dall'azione avverso il silenzio inadempiuto della p.a. o – in caso di tardiva produzione degli effetti attesi – dall'azione risarcitoria a tutela del danno da ritardo; nell'ipotesi in cui il contratto di transazione individui in termini tassativi i presupposti specifici dell'atto da emanare, non va esclusa la possibilità di

¹⁷¹ Sulla qualificazione dei provvedimenti come atti esecutivi del programma stabiliti dalle parti cfr. SAL. ROMANO, *L'atto esecutivo*, cit., 800 ss.

¹⁷² Rimane ferma, come già notato, la necessità di rispettare le norme – imperative – che circoscrivono attribuzioni, competenze dell'amministrazione, anche in rapporto al principio di tipicità dei provvedimenti. Basti qui rinviare a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 35 ss., anche in considerazione che solo la legge – e non certo il contratto – può eventualmente consentire l'emanazione di provvedimenti atipici. La peculiarità del fenomeno è semmai rappresentata dalla esistenza di un contratto che contribuisce a determinare i presupposti giuridici e fattuali di emanazione del provvedimento, in aderenza agli scopi perseguiti dalle parti: la pregressa transazione incide, tuttavia, sul procedimento di formazione dell'atto – caratterizzato da una tendenziale riduzione della discrezionalità nell'*an* e nel *quid* – ma non può alterare né il suo regime, né i suoi effetti. Il fenomeno denota alcune affinità con il procedimento di formazione dell'accordo procedimentale integrativo, nella parte in cui quest'ultimo condiziona la successiva emanazione di un provvedimento, che resta assoggettato a regime pubblicistico.

¹⁷³ Si condivide la posizione di cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo*, cit., 369 ss. *La responsabilità dell'amministrazione* cit., 565 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., 28 ss.; ID., *L'interesse legittimo*, cit., 201 ss.

esperire un'azione di adempimento, sulla base dell'art. 31, comma 3, c.p.a.¹⁷⁴.

Qualora il provvedimento sia difforme a quanto programmato dalle parti, la posizione della controparte sarà assimilata ad un interesse oppositivo alla produzione degli effetti dell'atto, tutelata dal g.a. attraverso le azioni di annullamento, nullità e responsabilità¹⁷⁵.

In entrambi i casi esaminati, non può, tuttavia, escludersi una doppia tutela della posizione della controparte, derivante dalla possibilità di qualificare la condotta dell'amministrazione come inadempimento contrattuale e violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto. In tale frangente, pertanto, nulla preclude alla controparte di agire innanzi al g.o. per ottenere il risarcimento dei danni patiti dall'illecita condotta dell'amministrazione¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Sui presupposti e limiti dell'azione adempimento, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25.1.2017, n. 293; Cons. Stato, sez. III, 17.5.2012, n. 2855; Cons. Stato, Ad. Plen., 29.7.2011, n. 15, nonché Tar Campania, Napoli, sez. V, 3.9.2018, n. 5352. In dottrina, cfr. fra gli altri, A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare: riflessioni sul processo amministrativo fondato su una pluralità di azioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 175 ss.; ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.; B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *op. cit.*, 365 ss.

¹⁷⁵ Tali vizi saranno ricondotti all'incompetenza, alla violazione di legge, come pure ad ipotesi di eccesso di potere derivanti dalla violazione dell'autolimitazione negoziale concordato fra le parti, tale da inficiare l'istruttoria compiuta ai fini dell'emanazione del provvedimento contestato. Si potrebbe ipotizzare, in tal caso, l'emersione di una figura sintomatica qualificabile come elusione del programma transattivo, sulla falsariga dell'elusione di giudicato rilevante ai fini della nullità del provvedimento.

¹⁷⁶ Sulle conseguenze risarcitorie derivanti dall'inadempimento del contratto normativo, rispetto all'emanazione di atti esecutivi del programma, cfr. A. ORESTANO, *Accordo normativo*, cit., 60 ss. In termini più generali, la risarcibilità del danno discende dalla possibilità di accordare autonoma tutela alle aspettative della controparte, rispetto ad una condotta della p.a. caratterizzata dalla violazione dei canoni oggettivi di buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto: in giurisprudenza, la possibilità di tutelare anche tali posizioni soggettive innanzi al g.o. è originariamente affermata da Cass. Sez., Un., 23.3.2011, ord. nn. 6594, 6595 e 6596, e successivamente rivisitata da Cass. civ., Sez. Un., ord., 8.3.2019, n. 6885; Cass. civ., Sez. Un., ord., 2.3.2018, n. 4996; Cass. civ., Sez. Un., ord., 19.2.2019, n. 4889; Cons.

Va da sé che la validità dei provvedimenti attuativi della transazione potrà essere censurata innanzi al g.a. anche da parte di terzi controinteressati, in rapporto alle lesioni derivanti da essi¹⁷⁷.

6. *La transazione amministrativa nelle liti soggettivamente complesse: struttura ed implicazioni processuali*

Le questioni inerenti alla possibile incidenza della transazione nei confronti di terzi rimasti estranei al rapporto controverso va distinta dai problemi inerenti alla transazione su rapporti litigiosi con pluralità di parti¹⁷⁸.

Il fenomeno non è ignoto agli studiosi di diritto civile, benché si tratti di ipotesi scarsamente approfondite in dottrina, se non con riferi-

Stato, Ad. Plen., 4.5.2018, n. 5. Sul punto cfr. V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, in *Danno e Resp.*, 2011, 577 ss.; G.D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. It.*, 2012, 192 ss.; ID., *Responsabilità dell'amministrazione. Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. It.*, 2018, 1983 ss.; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011, 933 ss.; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 896 ss.; S. SALVAGO, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 2770 ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.Federalismi.it*, n. 7/2011, 1 ss.

¹⁷⁷ Cfr. Tar Veneto, sez. I, 13.12.2012, n. 1562. Nulla esclude, peraltro, la possibile concorrenza tra l'azione di annullamento dell'atto esecutivo promossa innanzi al g.a. e l'azione di nullità del contratto innanzi al g.o.

¹⁷⁸ Per un'impostazione generale del problema, che muove dal rilievo per cui non vi è corrispondenza necessaria fra le parti in lite e le parti del contratto, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 274 ss., che puntualmente individuava il tratto caratteristico del fenomeno nella necessità di distinguere la lite con pluralità di parti dalla pluralità di liti, come presupposto sostanziale degli istituti del litisconsorzio necessario o facoltativo ai sensi degli artt. 102 e 103 c.p.a.

mento al caso della transazione fra condebitori solidali, ai sensi dell'art. 1304 c.c.¹⁷⁹.

Sul piano generale, si è argomentato come, nelle liti soggettivamente complesse, si debba distinguere la lite unitaria dalla pluralità di liti su questioni omogenee: nel primo caso, il contratto sarà valido ed efficace solo se sottoscritto da tutte le parti in lite, mentre, nel secondo caso, ciascuna parte potrà transigere in via separata¹⁸⁰.

Si tratta di un ordine di idee potenzialmente estensibile alle ipotesi in cui la transazione amministrativa abbia ad oggetto liti relative ad obblighi nascenti da contratto o da fatto illecito¹⁸¹. Diversamente accade con riferimento alle liti sorte nell'esercizio di attività autoritative della p.a., normalmente caratterizzate dal coinvolgimento di numerosi soggetti e dalla correlata pluralità di parti.

Anche questo fenomeno non può essere esaminato in termini unitari, ma impone di operare una serie di distinzioni in rapporto alla tipologia delle attività della p.a. e delle pretese in cui si sostanzia la posizione della parte pubblica. A tale scopo, è necessario distinguere le liti nascenti da atti "a doppio effetto", da provvedimenti con una pluralità di destinatari, da atti generali e di regolazione, da atti plurimi¹⁸².

¹⁷⁹ Cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 217 ss.; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, 42 ss.

¹⁸⁰ Cfr. E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 832; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 276 ss.

¹⁸¹ Per alcuni spunti, con riferimento a controversie su questioni contrattuali o relative a responsabilità da illecito, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21.1.2013, n. 320; Cons. Stato, sez. IV, 2.12.2011, n. 6375.

¹⁸² Sulla distinzione fra atti generali ed atti plurimi, in rapporto alle caratteristiche dei destinatari, cfr. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo* (1954), in ID., *Scritti*, I, cit., 49 ss.: mentre i primi rappresentano atti unitari a destinatario indeterminato, gli atti plurimi costituiscono la sommatoria formale di una pluralità di atti di contenuto analogo, rivolti ad una pluralità determinata di destinatari, ciascuno dei quali deve considerarsi titolare di una posizione autonoma rispetto alla contestazione del contenuto lesivo dell'atto (contenuto assimilabile a quello di un provvedimento amministrativo). La distinzione fra atto plurimo 'inscindibile' e 'scindibile' attiene, invece, alle caratteristiche delle posizioni sostanziali delle parti: ove esse si fondino su un unico titolo – es. comproprietà di un bene – si tratterà di posizioni inscindibili; viceversa, ove esse si fondino su titoli diversi (es. aspettativa di provvedimento favorevole) si tratterà di posizioni inscindibili.

Le liti nascenti dall'emanazione di atti a doppio effetto sono un frequente esempio di lite con pluralità di parti. Alla p.a. si affianca, infatti, il soggetto che beneficia degli effetti favorevoli dell'atto, in contrapposizione a chi ne patisce direttamente gli speculari effetti sfavorevoli¹⁸³.

In tal caso, il rapporto litigioso è caratterizzato da una strutturale unità, considerando come la pretesa della p.a. e della parte che si avvantaggia degli effetti dell'atto abbia il medesimo contenuto, contrapponendosi a quella della controparte¹⁸⁴.

Le caratteristiche della lite influenzano le modalità della composizione della controversia. Se la transazione fra p.a. e controparte è caratterizzata da un sinallagma di *do ut facias*, il coinvolgimento del terzo non è necessario¹⁸⁵. Diversamente avviene nel caso di transazioni con

¹⁸³ Il fenomeno è del tutto usuale nella prassi: basti pensare all'ipotesi di rilascio di un permesso di costruire a presunto danno del confinante. Sugli atti a duplice effetto, sulla scia della c.d. *Doppelwirkung* cui fa riferimento il § 50 *VwVfG*, cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo*, cit., 42; G. FALCON, *Lezioni*, cit., 76 s. Va da sé che la delimitazione delle parti deve essere effettuata sulla base delle indicazioni provenienti dallo stesso diritto positivo, coinvolgendo unicamente i c.d. controinteressati sostanziali, ossia i soggetti che – anche ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990 – subiscono in via immediata i pregiudizi derivanti dall'atto favorevole al terzo.

¹⁸⁴ I riflessi processuali della vicenda sono rappresentati non solo dalla qualificazione del controinteressato come parte necessaria del processo di impugnazione avente ad oggetto il provvedimento, ma anche dalla più generale correlazione della posizione del controinteressato a quella della parte pubblica, anche ai fini della proposizione di eventuali gravami. Basti considerare, ad esempio, la facoltà della p.a. di non proporre autonomo appello, ma di costituirsi nel giudizio di secondo grado prestando adesione al gravame del controinteressato soccombente: cfr. Cons. Stato, sez. III, 29.1.2016, n. 346.

¹⁸⁵ Si consideri il caso della rinuncia al ricorso, contro il pagamento di una somma di danaro da parte della p.a. Il coinvolgimento del terzo appare superfluo, anche se esso può essere consigliabile – dal punto di vista pratico – anche ai fini della composizione della lite fra i soggetti privati, nell'ipotesi in cui la rinuncia alla tutela degli interessi legittimi non implichi rinuncia alla tutela dei diritti soggettivi direttamente esercitabili nei confronti della parte privata. Basti considerare l'ipotesi in cui il terzo danneggiato dal titolo edilizio rinunci al ricorso innanzi al g.o., ma faccia valere nei confronti della controparte privata le previsioni dell'art. 873 c.c., a tutela dei diritti dominicali lesi dall'attività costruttiva in violazione delle norme sulle distanze fra costruzioni. Sul punto, con riferimento a ipotesi di c.d. "doppia tutela" (costitutiva e risarcitoria) cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14.1.2016, n. 81; Cons. Stato, sez. IV, 31.3.2015, n. 1692; Cons. Stato, sez. IV, 28.1.2011, n. 678.

sinallagmi di *facio ut facias* idonee ad incidere sul regime dell'atto di cui si controverte, che dovranno coinvolgere tutte le parti, salva l'inefficacia del contratto nei confronti di terzi non immediatamente individuabili o titolari di posizioni dipendenti ed incompatibili con quelle delle parti¹⁸⁶.

Altra ipotesi è rappresentata dai provvedimenti con una pluralità di destinatari, in cui la pretesa della p.a. sia rivolta nei confronti dei titolari di posizioni fondate sul medesimo titolo, ossia di soggetti che rappresentano un'unica controparte. Si consideri l'ipotesi dell'occupazione di un terreno appartenente a più comproprietari, o del diniego di un permesso in variante richiesto da un condominio¹⁸⁷.

Anche in questo frangente, la composizione negoziale della lite implica che tutti i soggetti coinvolti prendano parte all'operazione transattiva, stipulando il contratto. Diversamente, difetterebbe in capo agli stipulanti la possibilità di disporre delle posizioni oggetto della controversia, con nullità del contratto ai sensi dell'art. 1966, comma 1, c.c.¹⁸⁸.

La terza ipotesi si ha a fronte dell'emanazione di atti generali (o di regolazione) che determinano i medesimi effetti sfavorevoli a carico di una pluralità di destinatari. Si pensi alla disciplina di un piano che determina la localizzazione di un'infrastruttura lesiva degli interessi di

¹⁸⁶ Si fa riferimento alle categorie di soggetti potenzialmente legittimati a proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 108 c.p.a. nei confronti della sentenza passata in giudicato: cfr. Cons. Stato, sez. III, 11.3.2019, n. 1619; Cons. Stato sez. III, 4.2.2019, n. 861; Cons. Stato, sez. V, 22.6.2018, n. 3880. Sul punto cfr. F.P. LUISSO, *Le impugnazioni*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *op. cit.*, 1218 ss.

¹⁸⁷ Si tratta di ipotesi agevolmente individuabili con riferimento ai casi di liti idonee a determinare un litisconsorzio necessario in capo ai co-ricorrenti, soprattutto con riferimento alla posizione di comproprietari e coeredi di beni oggetto di provvedimenti sfavorevoli o di rifiuti di provvedimenti ampliativi: per alcune esemplificazioni, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11.3.2019, n. 1620; Cons. Stato, sez. IV, 29.10.2018, n. 6150. Parte della giurisprudenza qualifica il fenomeno ricorrendo alla figura dell'atto plurimo inscindibile, ma la nozione non sembra del tutto persuasiva, quantomeno ove si condivida la posizione di chi, come A. M. SANDULLI, *Atti amministrativi generali*, cit., 51, qualifica l'atto plurimo come atto solo formalmente unitario, ma sostanzialmente assimilabile ad una pluralità di atti di identico contenuto, rivolto nei confronti di una pluralità di destinatari. Per la diversa qualificazione qui contestata cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 27.2.2019, n. 5

¹⁸⁸ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 274 ss.

tutti i residenti in una determinata zona, o ad una regolazione che vieta determinate pratiche commerciali agli operatori di un dato settore¹⁸⁹.

Nulla esclude, in tal caso, che ciascun soggetto possa agire in giudizio ad autonoma tutela delle proprie prerogative¹⁹⁰. Allo stesso modo, non è esclusa la possibilità di comporre ciascuna lite in via transattiva, mediante un sinallagma di *do ut facias*, dove la rinuncia ad agire in giudizio sia controbilanciata dal pagamento di somme di danaro o utilità analoghe¹⁹¹.

Sorgono, tuttavia, alcune specifiche questioni relative al rapporto fra transazione e sopravvenuti giudicati aventi ad oggetto il medesimo conflitto, potenzialmente idonei ad assumere efficacia *erga omnes*, in deroga alle generali previsioni dell'art. 2909 c.c.¹⁹².

¹⁸⁹ Si consideri l'ipotesi di una lite connessa alla localizzazione di un'opera pubblica da parte di un piano, o di una lite derivante da un bando che limita la partecipazione ad un concorso a chi possenga un determinato titolo di studio. Analogamente avviene nel caso di atti di regolazione aventi ad oggetto l'applicazione di tariffe o la tipizzazione di condotte vietate o sanzionate dalle singole Autorità competenti. Per un inquadramento sostanziale, anche in rapporto alle caratteristiche strutturali dell'atto, cfr., nella dottrina recente, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 855; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53 ss.

¹⁹⁰ Resta comunque ferma la legittimazione ad agire di enti rappresentativi di interessi collettivi e diffusi, nei termini chiariti appena *supra*, par. 5. In tal caso, esclusa la disponibilità dell'interesse diffuso ai sensi dell'art. 1966 c.c., la transazione potrebbe essere stipulata fra p.a. ed enti rappresentativi dei soli interessi collettivi riconducibili all'intera categoria di riferimento.

¹⁹¹ La transazione risulta ammissibile in considerazione della natura personale ed individuale della facoltà di rinuncia al ricorso, che non coinvolge la posizione di terzi e, conseguentemente, può essere oggetto di negoziazione a fini transattivi, anche rispetto a controversie aventi ad oggetto atti generali. Per alcune esemplificazioni di rinuncia, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22.9.2017, n. 4415; Cons. Stato, sez. IV, 29.3.2017, n. 1431; Cons. Stato, sez. IV, 16.10.2006, n. 6173.

¹⁹² Si tratta di un problema ampiamente considerato in dottrina e giurisprudenza, con riferimento all'impugnazione di atti amministrativi generali e regolamentari, oltre che con riguardo agli atti di regolazione delle amministrazioni indipendenti: cfr. già R. ALESSI, *Osservazioni intorno ai limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1954, 63 ss.; E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo* (1941), in *ID.*, *Studi*, cit., 326 ss. Successivamente, cfr. pure G. BERRUTI, *Atti con pluralità di destinatari e sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 618; R. CA-

Un primo ordine di problemi si pone nel momento in cui la parte privata che abbia aderito alla transazione venga a conoscenza di un successivo giudicato di annullamento dell'atto generale o di regolazione.

La questione va impostata a partire dall'efficacia retroattiva della sentenza di annullamento, che impone di considerare l'atto come inesistente fin dal momento della sua emanazione¹⁹³.

Assumendo che tale atto rappresenti un presupposto della transazione di *do ut facias* stipulata fra la p.a. ed un soggetto rimasto estraneo o fuoriuscito dal processo, la sua caducazione è idonea a determinare l'annullabilità del contratto sulla base degli artt. 1424 e 1969 c.c. La composizione della controversia non ha, infatti, avuto ad oggetto la disciplina dell'atto, quanto le conseguenze patrimoniali derivanti dalla sua emanazione, cosicché ogni errore relativo alla validità dell'atto ricade nel *caput non controversum* della lite¹⁹⁴.

RANTA, *Atto collettivo, atto plurimo e limiti del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giust. Civ.*, 1989, 916 ss.; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002, 233 ss.; N. MARZONA, *Rapporto amministrativo ed effetti del giudicato*, in *Foro It.*, 1980, I, 136 ss.; L. PISCITELLI, A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione*, in *Riv. reg. mer.*, 2015, 37 ss.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *op. cit.*, 53 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 294 ss.; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, 260 ss. In giurisprudenza, sussistono alcuni contrasti in ordine al modo di intendere l'efficacia *erga omnes* del giudicato di annullamento degli atti generali, individuabili nei differenti percorsi argomentativi seguiti in materia dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione. Mentre il giudice amministrativo ritiene che l'annullamento abbia necessaria efficacia *erga omnes*, la Corte di Cassazione reputa doveroso, allo scopo, verificare se effettivamente l'atto (generale) debba considerarsi inscindibile. Sul punto, cfr. da ultimi Cons. Stato, sez. VI, 28.5.2019, n. 3480; Cons. Stato, sez. VI, 29.4.2019, n. 2741; Cons. Stato, Ad. Plen., 27.2.2019, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 4.4.2018, n. 2097. La posizione della Cassazione è stata originariamente espressa in Cass. civ., Sez. Un., 17.3.1989, n. 1357.

¹⁹³ Sull'efficacia eliminatória del giudicato di annullamento, cfr. per tutti M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1524 ss. Sui profili evolutivi del fenomeno, cfr. pre A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 1134 ss.; A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2013, 204 ss.

¹⁹⁴ Va da sé che, nell'inconcessa ipotesi in cui la transazione avesse efficacia novativa, potrebbero trovare applicazione le previsioni dell'art. 1972, comma 2, c.c., relative

Sempre con riferimento alle liti nascenti da atti generali e di regolazione, si può porre anche l'ipotesi in cui il ricorso del terzo estraneo alla transazione sia respinto e venga accertata la legittimità dell'atto contestato in giudizio¹⁹⁵.

Sarà, dunque, l'amministrazione vittoriosa in giudizio ad avere interesse allo scioglimento del vincolo, in considerazione dell'indebito arricchimento della controparte e delle responsabilità per danno erariale gravanti sui funzionari che hanno partecipato all'operazione transattiva¹⁹⁶. La transazione potrebbe essere annullabile ad opera del g.o. ai sensi degli artt. 1424 e 1969 c.c., salva la possibilità di agire in autotutela nei confronti dell'atto di approvazione del contratto, o di fare valere possibili clausole di recesso negoziale.

Chiariti i problemi inerenti alle transazioni di *do ut facias*, può osservarsi come le transazioni di *facio ut facias* siano possibili solo attraverso la partecipazione di tutte le controparti all'operazione transattiva,

all'annullabilità del contratto per nullità del titolo controverso (nullità da intendere, in tal caso, come effetto dell'eliminazione dell'atto amministrativo originariamente annullabile). Sull'art. 1972, comma 2, c.c., cfr. E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 845; P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 270 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 13 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 161 ss.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., 475; E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 394 s. In giurisprudenza, con riferimento alla generale disciplina dell'art. 1972 c.c. ed alla necessità di distinguere il regime delle transazioni non novative da quelle novative, cfr. Cass. civ., sez. II, 10.7.2014, n. 15841; Cass. civ. sez. I, 31.5.2012, n. 8776; Cass. civ., sez. I, 10.7.1998, n. 6703.

¹⁹⁵ L'ipotesi sussiste in tutti i casi in cui dalla motivazione della sentenza di annullamento, ed in rapporto alla tipologia di vizi indicati dalla parte ricorrente, emerga non solo l'infondatezza dei vizi-motivi prospettati nei confronti dell'atto, ma pure una complessiva cognizione della disciplina dell'atto inscindibile, con conferma della sua piena legittimità, in rapporto alle previsioni asseritamente violate ed al contenuto della decisione. Si pone il problema preliminare di un'adeguata interpretazione del giudicato, nei termini ricostruiti da S. VALAGUZZA, *Il giudicato*, cit., 131 ss. e 232 ss.

¹⁹⁶ Sul piano operativo, si tratta di una soluzione coerente con quanto emerso, in Francia, in rapporto alla giurisprudenza *Mergui* richiamata nel cap. III, par. 2. Salvo quanto si chiarirà immediatamente a seguire, in ordine ai profili di responsabilità dei funzionari che hanno partecipato all'operazione transattiva, deve tenersi ferma la disciplina generale del divieto di indebito arricchimento a favore della controparte privata. Sui principi che impongono il recupero di somme indebitamente erogate a favore di terzi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 4.6.2019, n. 3748; Cons. Stato, sez. III, 25.1.2018, n. 527.

a fronte della struttura unitaria ed inscindibile della pretesa della p.a. Ne derivano sia la difficoltà pratica di transigere, che l'incentivo a risolvere questo tipo di liti mediante il ricorso ad altri strumenti stragiudiziali¹⁹⁷.

L'ultimo tipo di liti riguarda gli atti plurimi, ossia formalmente indirizzati nei confronti di una generalità di soggetti, ma suscettibili di essere scomposti in una serie di determinazioni individuali rivolte a destinatari che si trovano in posizioni omologhe, ma basate su titoli diversi¹⁹⁸.

L'autonomia della posizione di ciascuna parte legittima non solo la facoltà di agire individualmente in giudizio, ma pure quella di comporre la lite in via stragiudiziale, senza condizionamenti derivanti dalla condotta di terzi o di eventuali controinteressati¹⁹⁹.

Specifici problemi sorgono, però, a fronte di successivi giudicati di annullamento aventi ad oggetto vizi estensibili all'intera serie di determinazioni omologhe, come alcune ipotesi di violazione di legge o di incompetenza²⁰⁰.

Nel caso di transazioni di *do ut facias*, che non abbiano trattato della legittimità dell'atto, regolando le conseguenze patrimoniali derivanti dalla sua efficacia, il giudicato potrà comportare le stesse conseguenze indicate per gli atti generali e di regolazione.

Nulla esclude, tuttavia, che alcune transazioni siano caratterizzate da un sinallagma di *facio ut facias*, incidendo sul regime dell'atto: in simili

¹⁹⁷ Va da sé che la praticabilità dell'operazione transattiva sarebbe maggiore nel caso in cui l'iniziativa processuale fosse stata assunta da associazioni di categoria o sindacati rappresentativi degli interessi collettivi dei soggetti lesi dall'atto.

¹⁹⁸ Cfr. sempre Cons. Stato, Ad. Plen., 27.2.2019, nn. 4 e 5. Si può fare l'esempio di atti impositivi di obblighi o oneri a carico di determinate categorie di imprese, o di atti di programmazione finalizzati all'accreditamento di strutture sanitarie. Si tratterebbe di ipotesi suscettibili di trattazione unificata, sulla base delle previsioni dell'art. 70 c.p.a., anche in rapporto alla c.d. «unitarietà sostanziale delle controversie», cui fanno riferimento sia la giurisprudenza di Cassazione che quella amministrativa, anche al fine di prevenire l'insorgenza di contrasti fra giudicati. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. V, ord., 10.5.2019, n. 12505; Cass. civ., sez. V, 28.3.2018, n. 7647; Cons. Stato, sez. IV, 25.10.2018, n. 6738; Cass. civ., Sez. Un., del 23.1.2013, n. 1521; Cons. Stato, sez. IV, 22.11.2012, n. 5940. In tal senso, cfr. anche Cass. civ., Sez. Un., 17.3.1989, n. 1357.

¹⁹⁹ Cfr. Tar Campania, Salerno sez. II, 5.3.2019, n. 370; Cons. Stato, sez. IV, 28.8.2018, n. 5065; Tar Liguria, sez. I, 6.11.2018, n. 873

²⁰⁰ Cfr. ancora Cons. Stato, Ad. Plen., 27.2.2019, nn. 4 e 5.

circostanze, le questioni rientrano nel *caput controversum*, con esclusione dell'annullabilità ai sensi dell'art. 1969 c.c.

Sarà conseguentemente esclusa la possibilità di annullare d'ufficio l'approvazione del contratto, mentre sussisteranno, nell'eventualità, i margini per disporre la revoca²⁰¹.

7. La rilevanza della transazione nei giudizi di responsabilità amministrativa

Restano da considerare, da ultime, le questioni relative alla rilevanza della transazione nell'ambito dei giudizi di responsabilità promossi nei confronti dei soggetti che hanno determinato l'insorgenza della lite o hanno partecipato a negoziazioni pregiudizievoli per l'erario.

Si tratta, in altri termini, di verificare se l'efficacia del contratto possa assumere rilevanza *ultra partes*, condizionando gli esiti dei giudizi aventi ad oggetto rapporti diversi dall'oggetto di transazione, come avviene nei processi instaurati presso la giurisdizione contabile.

Anche a questo proposito si reputa opportuno evitare indebite generalizzazioni, distinguendo le differenti ipotesi di responsabilità.

Con riferimento al primo caso, si deve, innanzitutto, rilevare come la transazione non abbia ad oggetto l'accertamento della condotta dei soggetti che hanno causato la lite. Lo stesso contratto estingue il rapporto conflittuale fra p.a. e terzi, ma non incide sul differente rapporto debitorio che intercorre fra dipendenti, funzionari ed amministratori che abbiano causato la lite e la stessa amministrazione²⁰².

²⁰¹ La revoca potrà essere disposta qualora si qualifichi la sentenza come una sopravvenienza idonea ad incidere sull'interesse all'esecuzione del contratto.

²⁰² Nella prassi, il fenomeno è descritto come responsabilità amministrativa da "danno indiretto", in forza del quale il dipendente pubblico è tenuto a rispondere dei danni erariali patiti dall'ente in esecuzione di una sentenza di condanna o di una transazione, ai sensi degli artt. 18 ss. della l. n. 3/1957. Ad esempio, cfr. C. Conti, Piemonte, sez. giurisdiz., 10.5.2019, n. 67; C. Conti, Abruzzo, sez. giurisdiz., 9.4.2019, n. 13; C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 26.10.2018, n. 206; C. Conti, sez. I app., 9.7.2018, n. 262. Anche qualora si considerasse il dipendente (o funzionario) come un condebitore solidale della p.a. rispetto ai pregiudizi causati alla controparte, l'efficacia della transazione non potrebbe estendersi ad essi in difetto di esplicita accettazione. La regola è

Ciò spiega perché la transazione non sollevi le Procure dall'onere di ricostruire in termini autonomi le responsabilità dei soggetti che hanno cagionato la lite, sia per quanto concerne il loro contributo causale rispetto alla produzione dell'evento dannoso, sia per quanto riguarda la determinazione e la quantificazione del danno²⁰³.

L'irrelevanza della transazione in tali tipi di giudizio non è, tuttavia, assoluta, riguardando soltanto i contratti stipulati in conformità ai parametri normativi che disciplinano l'operazione transattiva ed il contenuto del negozio.

Diversamente avviene nel caso in cui la transazione sia stata conclusa in violazione delle norme che conformano l'attività negoziale della p.a., determinando un'interruzione del nesso causale sussistente fra la lite ed il danno, da attribuire alla condotta di chi abbia concluso il contratto a fronte dell'infondatezza della pretesa della controparte²⁰⁴.

ribadita dalle previsioni dell'art. 1 della l. n. 90/1994 e dalla legislazione speciale inerente a determinate fattispecie transattive. Si consideri, ad esempio, la disciplina dell'art. 9, comma 4, della l. n. 24/2017, secondo cui la transazione intercorsa fra azienda sanitaria e danneggiato nell'ambito di una controversia risarcitoria non è opponibile al personale sanitario danneggiante nell'ambito del giudizio di rivalsa. Sul punto cfr. A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 361 ss.; ID., *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. Giur.*, 2017, 769 ss.

²⁰³ Per alcuni esempi, cfr. C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 3.7.2019, n. 171; C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 24.6.2019, n. 159; C. Conti, Piemonte, sez. giurisdiz., 10.5.2019, n. 68; C. Conti, Toscana, sez. giurisdiz., 11.2.2019, n. 84; C. Conti, Emilia-Romagna, sez. giurisdiz., 21.6.2017, n. 145. Parte della giurisprudenza spiega il fenomeno sulla base della pretesa indisponibilità dell'azione di danno da parte delle Procure contabili. L'affermazione non sembra condivisibile, in considerazione del fatto che l'inefficacia del contratto nei confronti della Procura non dipende dall'indisponibilità del diritto in sé considerato, quanto dalla sua estraneità rispetto all'oggetto del contratto. Cfr. C. Conti, Veneto, sez. giurisdiz., 7.6.2017, n. 58; C. Conti, Veneto, sez. giurisdiz., 7.3.2016, n. 38; C. Conti, sez. I app., 14.12.2012, n. 809; C. Conti, sez. I app., 27.1.2015 n.80; C. Conti, sez. I app., 11.3.2008, n. 134.

²⁰⁴ Per alcuni esempi, con riferimento a pretese della controparte palesemente infondate o prescritte, cfr. C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 8.3.2018, n. 47; C. Conti, sez. III app., 2.2.2017, n. 53; C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 7.7.2016, n. 115; C. Conti, Emilia-Romagna, sez. giurisdiz., 25.9.2013, n. 141; C. Conti, sez. II app., 8.10.2007, n. 303; C. Conti, sez. riun., 8 marzo 1997, n. 31/A.

Tali fattispecie sono a propria volta oggetto di frequenti imputazioni, ma, al netto dell'apparente uniformità derivante dall'esistenza di un danno erariale originato dalla transazione, comprendono al loro interno fenomeni distinti, suscettibili di una separata analisi.

Una prima fattispecie riguarda i danni prodotti dalla stipulazione e dall'esecuzione di transazioni invalide, in forza delle quali si sono garantite alla controparte indebite utilità²⁰⁵.

Oltre all'ipotesi in cui difetta il requisito dell'incertezza sistemica che connota i possibili esiti della lite a favore della p.a.²⁰⁶, vanno considerate le ulteriori ipotesi di transazione nulla o annullabile per violazione della disciplina del Codice civile e delle leggi speciali applicabili alla singola fattispecie: contratti aventi ad oggetto situazioni indisponibili da parte della p.a.; contratti caratterizzati da errori sul *caput controversum*, sulla validità del titolo della pretesa della controparte e simili²⁰⁷.

Accanto a tali forme di responsabilità, può prospettarsi l'ipotesi in cui il danno erariale derivi dalla stipulazione di contratti validi ed efficaci, ma caratterizzati dall'incongrua determinazione del valore eco-

²⁰⁵ Si è già fatto incidentalmente riferimento, nella fase iniziale di questo studio, alle ipotesi in cui la responsabilità di funzionari ed amministratori che hanno partecipato all'operazione transattiva discenda dal carattere arbitrario delle scelte compiute dalla p.a. Cfr. *supra*, cap. II, par. 5. Sul c.d. danno da transazione cfr. anche M. DE PAOLIS, *Responsabilità per transazione nelle attività della p.a.*, in *Azienditalia*, 2015, 429 ss.

²⁰⁶ Viceversa, laddove sia dimostrata l'incertezza sistemica, nessuna responsabilità potrà essere ascritta agli amministratori che abbiano deciso di transigere: cfr. C. Conti, Toscana, sez. giurisdiz., 26.4.2006, n. 266. Sulla necessità di un'obiettiva incertezza sull'esito della lite, ai fini della stipulazione del contratto, cfr. C. Conti, sez. I app., 24.5.2018, n. 208; C. Conti, sez. II app., 17.4.2018, n. 250; cfr. C. Conti, Puglia, sez. giurisdiz., 24.7.2013, n. 1190.

²⁰⁷ Sul piano processuale, ciò implica che, nel corso del giudizio contabile, possa essere effettuata una cognizione incidentale della validità del contratto, finalizzata ad individuare i presupposti fattuali della stessa responsabilità dei funzionari ed amministratori: cfr. C. Conti, sez. I app., 8.10.2018, n. 382; C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 8.3.2018, n. 47; C. Conti, Puglia, sez. giurisdiz., 10.1.2017, n. 1; C. Conti, Umbria, sez. giurisdiz., 14.7.2016, n. 54; C. Conti, sez. I app., 15.10.2012, n. 575; C. Conti, Puglia, sez. giurisdiz., 16.9.2008, n. 735

nomico della prestazione della p.a., ossia dalla violazione di criteri di economicità ed efficienza dell'operazione transattiva²⁰⁸.

Possono così isolarsi i tratti caratteristici della transazione “antieconomica”, da intendere come specifica fattispecie di contratto illecito, individuabile in presenza un netto squilibrio negoziale nella definizione del valore delle reciproche concessioni a danno del pubblico erario²⁰⁹.

Emerge, dunque, un ulteriore tratto distintivo della transazione amministrativa rispetto alla disciplina prevista dal Codice civile, nella parte in cui assume autonomo rilievo l'esistenza dello squilibrio fra le prestazioni delle parti, irrilevante per le transazioni di diritto comune: l'art. 1970 c.c. esclude, infatti, che la transazione possa essere impugnata – e rescissa – per lesione, a fronte dei c.d. vizi quantitativi della causa transattiva²¹⁰.

Benché la medesima regola, che sottende la prevalenza della funzione pacificatoria del contratto rispetto alla tutela dell'equilibrio economico del negozio, operi anche con riferimento alla transazione amministrativa, ad essa non può attribuirsi valore assoluto. Se il contratto conserva i propri effetti, le conseguenze degli squilibri patrimoniali determinati dalla transazione a danno dell'erario saranno addebitate ai funzionari ed agli amministratori a cui potrà essere ascritta la definizione del contenuto del negozio²¹¹.

²⁰⁸ La valutazione del giudice contabile implica un sindacato quantomeno estrinseco delle scelte compiute dai singoli funzionari; cfr. C. Conti, sez. III app., 6.11.2017, n. 511; C. Conti, sez. II app., 15.1.2016, n. 43; C. Conti, Abruzzo, sez. giurisdiz., 2.3.2015, n. 28; C. Conti, sez. II app., 24.5.2012, n. 315; C. Conti, Lazio, sez. giurisdiz., 29.4.2011, n. 713; C. Conti Marche, sez. giurisdiz., 1.6.2006, n. 549.

²⁰⁹ Cfr. C. Conti, Lombardia, sez. giurisdiz., 19.7.2019, n. 196.

²¹⁰ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 315 s., e, nella dottrina più recente, E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 861 ss.; L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *op. cit.*, 19 ss.; A. PALAZZO, *Transazione*, 409 ss.

²¹¹ A differenza di quanto avviene nel diritto comune, nei termini sintetizzati da E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 862, la sproporzione fra le prestazioni della p.a. e le controprestazioni del privato può essere suscettibile di accertamento ad opera del giudice contabile, facendo applicazione dei parametri valutativi insiti nello stesso principio di proporzionalità: operazione ammissibile, nei confronti dei funzionari amministrativi, proprio in virtù del fatto che tale principio permea ogni attività decisionale. Per alcune esemplificazioni, cfr. C. Conti, sez. II app., 6.8.2019, n. 287; C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 19.7.2019, n. 196; C. Conti, sez. III app., 6.11.2017, n. 511; C. Conti, Vene-

L'invalidità o il carattere antieconomico del contratto consentono di individuare i profili oggettivi dell'illecito contabile, ma non sono di per sé sufficienti ad accertare la responsabilità dei singoli funzionari o dei membri degli organi intervenuti nell'operazione transattiva. Al riguardo, si apre una serie di questioni di fondamentale importanza pratica, attinenti all'individuazione dei soggetti chiamati a rispondere dei danni erariali derivanti dalla stipulazione della transazione antieconomica.

La responsabilità dovrà essere attribuita a tutti i soggetti che abbiano partecipato all'operazione transattiva: funzionari che hanno emanato atti interni con valenza decisoria in ordine alla liceità della transazione; funzionari e amministratori che abbiano partecipato alle trattative ed alla formazione dei protocolli d'intesa; titolari, o membri, dell'organo che ha emanato la dichiarazione di intenti; titolari dell'organo che ha stipulato ed approvato il contratto²¹².

Assume un primario rilievo, a tal fine, l'individuazione della posizione di garanzia assunta da ciascun soggetto coinvolto nell'attività prodromica alla stipulazione del contratto²¹³.

to, sez. giurisdiz., 23.9.2015, n. 139; C. Conti, sez. II app., 24.5.2012, n. 315; C. Conti, Puglia, sez. giurisdiz., 16.9.2008, n. 735, secondo la quale la scelta di transigere postula una «comparazione tra il rischio di una soccombenza in giudizio e il costo (in termini di rinunce e concessioni) da sopportare per eliminare siffatto pericolo».

²¹² Va da sé che la posizione di questi soggetti potrà essere mitigata, sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito, a fronte dell'acquisizione dei pareri previsti dalla legge, come pure di eventuali delibere consultive della Corte dei Conti. Cfr. C. Conti, sez. I app., 24.5.2018, n. 208; C. Conti, Veneto, sez. giurisdiz., 17.11.2017, n. 138; C. Conti, sez. III app., 2.11.2010, n. 745; C. Conti, Trentino-Alto Adige, sez. giurisdiz., 29.12.2006, n. 69. Da quest'angolazione, le modalità attraverso cui si è svolta l'operazione transattiva permettono di ricostruire il contributo causale dei singoli individui rispetto alla determinazione del danno: cfr. C. Conti Toscana, sez. giurisdiz., 16.4.2018, n. 92; C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 8.3.2018, n. 47.

²¹³ Cfr. in tal senso anche C. Conti, sez. III app., 3.8.2018, n. 315; C. Conti, sez. III app., 6.11.2017, n. 511; C. Conti, Umbria, sez. giurisdiz., 14.7.2016, n. 54.

CAPITOLO SESTO

CONCLUSIONI: LA TRANSAZIONE NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO

SOMMARIO. 1. *Diritto comune e norme speciali nella qualificazione della fattispecie transattiva.* 2. *Autonomia ed eteronomia nella disciplina del rapporto e nella composizione degli interessi delle parti.* 3. *Legalità e risultato nella soluzione transattiva della lite.* 4. *Tipicità ed atipicità contrattuale nella transazione amministrativa.* 5. *Questioni aperte, tra diritto sostanziale e processuale.*

1. Diritto comune e norme speciali nella qualificazione della fattispecie transattiva

L'analisi compiuta nei precedenti capitoli consente di trarre una serie di conclusioni in ordine alle caratteristiche strutturali e funzionali della transazione amministrativa, prendendo posizione rispetto ad una serie di problemi posti nella parte iniziale del lavoro ed affrontati, sul piano ricostruttivo, nello sviluppo dell'indagine.

Si intende stabilire, in particolare, il rilievo sistematico della transazione amministrativa rispetto ad una serie di questioni dibattute con riferimento all'istituto e alle generali caratteristiche del diritto amministrativo contemporaneo: di qui, il riferimento insistito ad una serie di dicotomie – apparenti o reali – che connotano l'esperienza contemporanea.

Una prima e fondamentale questione, emersa lungo l'intero arco della ricerca, concerne i rapporti fra diritto comune e norme speciali nella qualificazione giuridica della transazione¹.

¹ Cfr. *supra*, cap. I, par. 5, e cap. II, parr. 2 e 3, con riferimento all'opportunità di ricorrere a tale dicotomia in luogo di quella – ampiamente contestata e discutibile in molte sue premesse – fra diritto pubblico e diritto privato. Rispetto alla complessità del fenomeno amministrativo, si ritiene infatti infruttuoso il tentativo di frammentare il singolo istituto entro il quadro definito dalla dicotomia pubblico-privato, essendo preferibile seguire un'impostazione realistica e pragmatica che relativizzi le concettualizzazioni, nei termini di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 696 ss. Per

Questa opzione è stata seguita nelle successive fasi della ricerca, in cui lo studio della fattispecie transattiva è stato condotto nel rispetto dei principi direttivi dell'attività di qualificazione giuridica, che, per quanto attiene all'attività dell'amministrazione, sono necessariamente rappresentati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dai criteri interpretativi stabiliti dall'art. 12 delle preleggi².

Tali disposizioni escludono che l'attività di qualificazione giuridica e di collocazione sistematica della fattispecie transattiva operi secondo una logica binaria tesa a costringere l'intero negozio, alternativamente, entro le armature concettuali del diritto pubblico (amministrativo) o del diritto privato. Esse impongono, semmai, di muovere dalla individuazione degli accordi transattivi come atti giuridici dotati di una propria rilevanza, e di ascrivere al fenomeno le qualificazioni derivanti sia dalla disciplina di diritto comune – ossia dal Codice civile – che dalla normazione speciale applicabile al contraente pubblico³.

Nel rispetto di questi parametri interpretativi, il regime della transazione amministrativa è stato individuato muovendo dalle singole manifestazioni della facoltà di transigere, come riconosciute dal diritto positivo e dalla prassi, procedendo per progressive astrazioni che hanno consentito di ricostruire la fattispecie in termini compositi⁴.

Non si è infatti giunti a configurare immediatamente un contratto di transazione plasmato sul modello stabilito dagli artt. 1965 c.c. e ss., ma si è ritenuto necessario qualificare la transazione come un momento

ulteriori osservazioni, al riguardo, cfr. pure A. TRAVI, *Il confronto tra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Pubblico e privato*, cit., 377 ss.

² Cfr. *supra*, cap. IV, par. 1 e cap. V, *passim*.

³ Per un'indicazione di metodo, cfr. G. FALCON, *Convenzioni e accordi*, cit., 202.

⁴ Si è rimasti pertanto fedeli ad un'opzione metodologica che impone di ricostruire i singoli istituti a partire dal diritto positivo, le cui aporie o lacune vanno integrate mediante il ricorso a principi giuridici comunque riconducibili al sistema: per la riflessione più aggiornata, cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., 347 ss., mentre la matrice originaria di questa tecnica argomentativa ed espositiva resta fissata da V. E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii*, Milano, 1940, 149, ed efficacemente ribadita, tra gli altri, da F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 114.

della più complessa attività di composizione della lite denominata “operazione transattiva”⁵.

La collocazione della fattispecie contrattuale entro il più ampio contesto decisionale rappresentato dall’operazione transattiva consente di chiarire, in termini sintetici, in quali rapporti si pongano le previsioni del Codice civile e della legislazione speciale nella definizione della struttura del negozio.

Di primo acchito, si potrebbe ritenere che l’operazione transattiva sia una variante della fase pubblicistica che connota la fattispecie generale del negozio a “doppio grado”, in cui il procedimento pubblicistico precede la stipulazione di un contratto tendenzialmente soggetto ad un regime di diritto privato⁶.

Occorre, tuttavia, ribadire come il concetto di operazione transattiva non sia funzionale a giustificare la dinamica di costituzione degli effetti giuridici che, sulla base del noto criterio kelseniano, individua nel procedimento un modo di applicazione della norma al caso concreto⁷.

Al netto di riserve di ordine teorico generale estranee all’oggetto di questo studio⁸, tale tecnica di qualificazione non è applicabile al caso delle transazioni amministrative, in forza del fatto che nel contesto della lite manca – per definizione – la norma da applicare univocamente alla

⁵ Cfr., in particolare, quanto emerso nel corso del cap. IV, par. 4 e 5.

⁶ Per l’esame critico della tesi, cfr. almeno G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 290 ss.; F. LEDDA, *Il problema*, cit., 64 s.

⁷ Circa l’influenza del pensiero di Kelsen e della scuola di Vienna – specie in riferimento a Merkl – sulla concettualizzazione del diritto amministrativo, anche in rapporto alla struttura del procedimento come tecnica di applicazione della legge al caso concreto, cfr. A. M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 72, e, successivamente, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 118 ss. Per una revisione dei fondamenti epistemologici di queste opzioni di metodo cfr. M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, 766 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in L.R. PERFETTI, a cura di, *Procedura, procedimento, processo*, Milano, 2010, 249 ss.

⁸ Con specifico riferimento alla posizione della dottrina pubblicistica nei confronti delle teorie della scuola di Vienna, cfr. S. ROMANO, *Giuristi*, in ID., *Frammenti*, cit., 112 ss. Per una sintesi critica più recente, cfr. A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 69 ss.

fattispecie concreta mediante il procedimento sussuntivo che la scuola di Vienna riprendeva da suggestioni kantiane⁹.

L'operazione transattiva esprime, piuttosto, una tecnica di organizzazione e di suddivisione dei ruoli delle parti litiganti e, dunque, una modalità di formazione della decisione di transigere e del contenuto del contratto di transazione¹⁰.

Quale fatto giuridico, l'operazione transattiva non si può ascrivere univocamente al diritto comune o speciale, essendo necessario stabilire il suo regime in rapporto alle qualità delle parti ed alla loro posizione rispetto alla lite¹¹.

Come si è ampiamente sostenuto nella parte ricostruttiva del lavoro, ciò implica che all'amministrazione siano applicabili tutte le norme che, nel rispetto dei canoni stabiliti dall'art. 1, commi 1 e 1 *bis*, della l. n. 241/1990 subordinano la formazione della volontà di transigere alle garanzie che connotano ogni manifestazione dell'agire amministrativo. Al contempo, la posizione dei soggetti privati sarà sottoposta al diritto comune¹².

La soluzione potrebbe essere ritenuta inappagante sia perché determina la sussistenza di un intreccio di norme dettate per soggetti differenti, sia perché non fornisce un sicuro riferimento per determinare la natura dell'attività svolta dalla p.a. e stabilire le conseguenze in materia di tutela giudiziale della controparte o di eventuali terzi. Il rischio non può essere sottaciuto, ma si reputa che esso non discenda tanto dalla tesi proposta, quanto dall'oggettiva complessità del sistema di riparto di giurisdizioni e dalla sua inidoneità a fornire chiare linee direttrici in tutti i casi in cui non sia possibile qualificare univocamente un fenomeno quale espressione di un potere pubblico unilaterale¹³.

⁹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 71 s. e, diffusamente, G. FASSÒ, *op. cit.*, 278 ss.

¹⁰ Il riferimento generale è qui rappresentato da M. NIGRO, *Studi*, cit., 1 ss., nonché da G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 461 ss.

¹¹ A bene vedere, si tratta di una conseguenza necessitata dalla stessa difficoltà di qualificare il fenomeno amministrativo ed il diritto amministrativo come univoca espressione del diritto 'pubblico': cfr. S. PUGLIATTI, *Pubblico e privato*, cit., 696 ss., ma successivamente anche S. CASSESE, *Quattro paradossi*, cit., 389 ss.

¹² Si rinvia, al riguardo, a quanto diffusamente argomentato *supra*, cap. IV, par. 5.

¹³ Sul piano descrittivo, tornano utili le osservazioni di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 52 ss., benché i termini del problema – sul piano della epistemologia giuri-

Si aggiunga, sul piano prettamente metodologico, come la disciplina sostanziale di una determinata fattispecie non possa essere ricostruita in rapporto alle conseguenze processuali da essa derivanti, o alle prassi interpretative nascenti da questioni di giurisdizione. Se non vi è dubbio che diritto sostanziale e processuale siano fenomeni strettamente legati nell'evoluzione stessa del diritto dell'amministrazione pubblica, sembra comunque ferma la necessità di ricostruire i singoli istituti sulla base di categorie autonome¹⁴.

Ne discende che la disciplina sostanziale della transazione amministrativa – finalizzata a stabilire i rapporti negoziali fra due parti in lite – non può essere condizionata dalle norme processuali che disciplinano l'attività di un soggetto terzo ed estraneo, per definizione, alla vicenda, ossia il giudice.

Anche con riferimento alla disciplina del contratto di transazione, si è ritenuto di privilegiare una qualificazione della fattispecie tesa ad evidenziare le interazioni fra norme di diritto comune e norme speciali. Se, nella sua struttura fondamentale, la transazione amministrativa è – e non potrebbe che essere – un contratto rientrante nella definizione dell'art. 1321 c.c., si è avuto ampiamente modo di sottolineare come le norme del Codice civile non siano da sole idonee ad esaurire il regime giuridico ad essa applicabile¹⁵.

dica e dell'analisi della fattispecie – siano i medesimi che poneva ed affrontava S. PUGLIATTI, *Pubblico e privato*, cit., 696 ss.

¹⁴ L'autonomia del diritto sostanziale e processuale non deve essere intesa in termini assoluti, essendo pur sempre il secondo funzionale all'attuazione del primo o alla tutela delle situazioni giuridico soggettive da esso individuate, ma resta fermo il rilievo – quantomeno logico, non sempre empirico – per cui, nella costruzione generale del sistema giuridico, la disciplina sostanziale precede quella processuale, e non è determinata da esso secondo lo schema originariamente diffuso in *common law*, per cui *remedies precede rights*. Sul punto, si segue l'opzione di E. ALLORIO, *op. cit.*, 47 ss.; C. VINCINO, *op. cit.*, 608, anche in rapporto alla strumentalità del processo rispetto alla soluzione di controversie superabili mediante l'applicazione del diritto sostanziale. Questo ordine di idee è stato successivamente ribadito, fra gli altri, da R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 285 ss.

¹⁵ Cfr. ampiamente *supra*, con riferimento alle tesi sostenute nel cap. V, *passim*.

La ricostruzione della fattispecie è integralmente caratterizzata da un raffronto fra norme di diritto comune e speciale, al fine di dimostrare la loro compatibilità reciproca nella composizione della lite.

Non sembra, del resto, che rispetto al contratto di transazione si possa agire diversamente, applicando ad esso la sola disciplina di diritto comune o, alternativamente, speciale. Pure lasciando a margine del discorso le delicate questioni inerenti al rapporto fra plessi normativi nella definizione del regime dei contratti pubblici, resta fermo come l'attività non autoritativa della p.a. non sia – e non possa essere – univocamente disciplinata da principi e norme di diritto comune¹⁶.

Nel caso della transazione, inoltre, la necessità di contemperare la disciplina di diritto comune e speciale è imposta dalla varietà dei tipi di controversie che possono essere composte mediante il contratto, oltre che dalle caratteristiche delle stesse prestazioni che le parti sono tenute ad effettuare per comporre la lite mediante le reciproche concessioni cui fa riferimento l'art. 1965 c.c.¹⁷.

L'aspetto più problematico dell'intera disciplina del negozio attiene, anche sotto tale profilo, alla definizione degli effetti della transazione ed alla sua capacità di determinare la produzione di una norma consensuale che operi come criterio di legittimazione della successiva attività delle parti¹⁸.

Si è visto come il contratto operi, da questa specifica angolazione, quale fonte integrativa dell'ordinamento, a fronte di situazioni di incertezza sistemica tali da rendere l'individuazione della disciplina funzio-

¹⁶ Si tratta di un assunto pacifico già sul piano empirico, attualmente confermato dalla stessa disciplina dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 e, soprattutto, dalla concreta disamina delle singole fattispecie negoziali rientranti nella c.d. attività contrattuale della p.a. Sul punto, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 22 ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*, 476 ss. Recentemente, il tema è stato ripercorso anche da M. RAMAJOLI, *Gli accordi fra amministrazione e privati*, cit., 674 ss.

¹⁷ Si tratta di un rilievo corroborato dalla stessa analisi comparata condotta nel cap. III, dalla quale è emerso come nei vari ordinamenti statuali e nella stessa Ue il problema di fondo non attenga più all'ammissibilità delle transazioni relative a controversie in cui viene in questione l'esercizio di potestà pubbliche, quanto alla ricostruzione del regime del contratto in rapporto alle prestazioni dovute dalle parti.

¹⁸ Si tratta dell'aspetto affrontato al termine del cap. IV, par. 7.

nale alla soluzione del conflitto particolarmente difficoltosa, dispendiosa ed imprevedibile nei suoi esiti¹⁹.

Dal punto di vista della teoria delle fonti, la norma posta dalla transazione non ha carattere pubblico, ma deve essere qualificata alla stregua di una disciplina negoziale che ha valore di 'legge' fra le parti ai sensi dell'art. 1372 c.c. Se, tuttavia, si assume il punto di vista dell'operazione transattiva, è agevole osservare come la regolazione consensuale sia almeno in parte attribuibile ed imputabile ad un soggetto pubblico, che ricopre nell'ordinamento una posizione organizzativa necessariamente distinta rispetto a quella di qualsiasi soggetto privato²⁰.

Con questo, non ci si limita a rimarcare la funzionalizzazione del contratto all'interesse pubblico²¹. Occorre aggiungere come, anche qualora operi in condizioni di incertezza sistemica idonee a giustificare una soluzione transattiva della lite, la p.a. rimanga positivamente vincolata al rispetto dei canoni dell'agire amministrativo individuati dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, per cui la scelta di transigere ed il contenuto del contratto di transazione dovranno essere conformi alle norme modali che impongono di assumere decisioni efficaci, economiche, trasparenti e proporzionate²².

Ne deriva l'accento posto sul modo attraverso cui determinati canoni di comportamento possono incidere sul regime della transazione, in

¹⁹ Il concetto di incertezza sistemica è approfondito, in particolare, nei capp. II, par. 3 e V, par. 2, in rapporto al peculiare rapporto sussistente tra amministrazione e legge ed al fine di spiegare le ragioni per le quali le transazioni siano ammissibili anche in un contesto ordinamentale in cui l'azione amministrativa deve essere comunque conforme alle finalità stabilite dal legislatore, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Per un'impostazione generale cfr. pure A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 489 s.

²⁰ Sulla posizione istituzionale ed organizzativa della p.a. nel sistema giuridico, correlata alle responsabilità che essa assume nell'attuazione e nella gestione delle singole politiche pubbliche di riferimento, cfr. A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale*, cit., 677 ss., anche con riferimento alla tesi espressa da G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 67 ss. e 357 ss.

²¹ Sul punto, restano fermi, tra gli altri, e salvo un rinvio agli ulteriori contributi ampiamente richiamati nel corso del lavoro, i rilievi di M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 31 ss.; P.L. PORTALURI, *op. cit.*, 194 ss.

²² Sul perdurante vincolo dell'amministrazione al rispetto dei principi stabiliti dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, anche con riferimento ad attività non autoritativa e consensuale, cfr. per tutti G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 18 ss.

rapporto alla sua peculiare struttura ed al ruolo assunto dalla p.a. nella formazione ed esecuzione del negozio²³.

2. Autonomia ed eteronomia nella disciplina del rapporto e nella composizione degli interessi delle parti

Nel corso dell'indagine svolta si è più volte posto l'accento sul modo attraverso cui il diritto comune e speciale concorrono a definire la fattispecie transattiva, anche in rapporto al contenuto ed agli effetti del contratto. Ne emerge come il regime della transazione sia, in parte, individuato dalle valutazioni autonome dei contraenti e, in parte, prestabilito e conformato dalle indicazioni eteronome del legislatore²⁴.

Colto in questa prospettiva, il rapporto fra autonomia ed eteronomia non viene in rilievo ai fini della formazione della volontà negoziale, come accadeva nella prima metà del secolo scorso²⁵, ma in riferimento alla stessa definizione dell'assetto di interessi idoneo a comporre la lite.

Ricorrendo ai concetti di autonomia ed eteronomia, può quindi precisarsi come l'oggetto della transazione e le prestazioni delle parti siano sottoposti ad una duplice serie di vincoli: la prima serie discende dai vincoli che le stesse parti hanno liberamente pattuito, nel rispetto dei canoni generali stabiliti dal Codice civile ed entro i limiti della liceità del contratto; la seconda serie discende dalla necessità di rispettare, con specifico riferimento alle prestazioni della p.a., le singole previsioni di legge che condizionano l'esercizio delle funzioni, entro i limiti del legittimo²⁶.

²³ Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.

²⁴ Sul concetto di eteronomia e sui suoi ascendenti teorico-generalisti, cfr. G. TARELLO, *op. cit.*, 69 s., anche in rapporto a I. KANT, *La metafisica dei costumi*, (1797), XIV ed., trad. it. Torino, 2018, 239.

²⁵ L'ammissibilità della formazione di un consenso mediante valutazioni autonome della parte privata e valutazioni 'inautome' dell'amministrazione, a propria volta riconducibili a manifestazioni unilaterali del potere, espressive di prerogative discrezionali o di valutazioni di opportunità, è stata efficacemente chiarita da G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 238 ss. e successivamente condivisa, fra gli altri, da E. BRUTI LIBERTI, *Consenso e funzione*, cit., 45 ss.

²⁶ Cfr. *supra*, cap. V, parr. 2 e 3.

Ambedue le serie concorrono a stabilire i limiti delle prestazioni esigibili dal privato e della p.a. al fine di attuare il programma transattivo, che si articola negli schemi sinallagmatici del *do ut des, do ut facias, facio ut facias*.

L'interazione fra autonomia ed eteronomia è un fenomeno generale, ampiamente noto anche nell'ambito del diritto privato sulla base delle previsioni dell'art. 1339 c.c. e del fenomeno per cui le pattuizioni delle parti possono essere sempre integrate da norme imperative poste nell'interesse pubblico: a fini esemplificativi, basti qui rimarcare come l'intero regime dell'esecuzione dei contratti di appalto pubblico sia contraddistinto dalla necessaria osservanza di norme imperative che incidono sull'oggetto del contratto e sulle prestazioni delle parti in quanto funzionali alla tutela dell'interesse pubblico²⁷.

Nel caso della transazione amministrativa, tuttavia, il fenomeno si può cogliere in termini maggiormente articolati. L'incidenza delle prescrizioni eteronome non si ravvisa solamente in rapporto alla doverosa osservanza di norme imperative che sostituiscono la diversa volontà delle parti, ma soprattutto con riferimento al modo in cui determinati canoni di comportamento incidono sulla definizione degli obblighi dei transigenti e sulla stessa attuazione del programma transattivo²⁸.

Ragionando in questi termini, emerge plasticamente come il contratto di transazione sia in larga parte assoggettato al rispetto di norme speciali dettate nell'interesse della singola amministrazione che transige o nell'interesse generale, a perdurante garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'agire amministrativo consensuale²⁹.

²⁷ Cfr. *supra*, cap. V, parr. 2 e 3.

²⁸ In chiave generale, si tratta quindi di verificare come la predeterminazione normativa dell'attività della p.a. si atteggi nel caso in cui si tratti di risolvere consensualmente una controversia, mediante l'adozione di atti o lo svolgimento di attività che sono in parte o in tutto subordinate al rispetto dei principi generali dell'agire amministrativo, oltre che di eventuali norme d'azione che integrano la disciplina di diritto comune. Per questi concetti, cfr. F.G. COCA, *Attività*, cit., 87 ss.

²⁹ Per un inquadramento generale, dal quale emerge l'efficacia espansiva dei principi dell'art. 1 della l. n. 241/1990 anche nei confronti dell'attività consensuale della p.a., cfr. da ultimo R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 2017, 637 ss.

È opportuno spiegare in quali modi l'eteronomia condizioni l'intera attività contrattuale dell'amministrazione e – indirettamente – della stessa parte privata che intenda transigere, le cui decisioni restano, in ultima analisi, condizionate dalla legittimità e dall'efficacia delle decisioni della controparte pubblica. Al riguardo, si reputa possibile individuare almeno sei punti di emersione dell'eteronomia.

Il primo è rappresentato dal doveroso rispetto del principio di pubblicità dell'attività contrattuale, che determina l'onere di documentare in maniera adeguata le singole fasi delle trattative precontrattuali e contrattuali, mediante atti idonei ad essere oggetto di discussione pubblica da parte degli organi di indirizzo delle p.a., tenuti a pronunciarsi in materia mediante decisioni adeguatamente verbalizzate³⁰.

Al principio di pubblicità si può correlare anche la minima proceduralizzazione dell'operazione transattiva, che si è vista caratterizzata da una disciplina frammentaria, dalla quale emerge pur sempre la necessità di acquisire idonei atti di pubblico assenso delle altre p.a. coinvolte o degli organismi tecnico-consultivi chiamati a rendere pareri e nulla osta in materia³¹.

Il secondo punto di emersione dell'eteronomia è rappresentato dalla doverosa trasparenza dell'operazione transattiva e, soprattutto, delle decisioni assunte dalla p.a. al fine di addivenire alla soluzione negoziale della lite³².

³⁰ Cfr. *supra*, cap. V, par. 2. Per questa accezione di pubblicità, che trascende l'endiadi con il principio di trasparenza sovente prospettata in dottrina, cfr. A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1027 ss., specie con riferimento alla prospettiva di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento*, cit., 1117 ss. Sul principio di pubblicità come obbligo di documentazione e di visibilità dell'azione amministrativa, cfr. più recentemente P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2008, 884 ss.

³¹ Dalla pubblicità dell'operazione transattiva dovrebbe discendere anche una piena accessibilità agli atti delle parti ad opera dei soggetti interessati, senza margini per opporre particolari ragioni di riservatezza rispetto alle modalità di definizione della controversia.

³² Si assume, qui, un concetto ampio di trasparenza, che non si esaurisce nella sola chiarezza e conoscibilità degli atti amministrativi, e che incide sullo stesso contenuto delle scelte compiute dalla p.a., anche nei termini di complessiva attendibilità delle decisioni assunte.

A prescindere dalla natura di tali decisioni – che, nella prospettiva seguita, sono caratterizzate da apprezzamenti di opportunità della parte pubblica – occorre sottolineare come l'amministrazione resti comunque tenuta ad agire nel rispetto di parametri normativi idonei a giustificare la scelta compiuta in concreto, da assumere mediante atti motivati sulla base del r.d. n. 2440/1923 e del d.P.R. n. 445/2000³³.

Ne discende che la composizione negoziale della lite dovrà essere sempre giustificata in rapporto alle alternative possibili, rappresentate dalla soluzione unilaterale della lite mediante il ricorso agli strumenti dell'autotutela amministrativa o mediante il ricorso o la resistenza in giudizio della stessa p.a. innanzi al giudice competente³⁴. È rispetto a tali decisioni, in particolare, che potrà essere compiuto un eventuale sindacato giudiziale della legittimità e liceità della condotta della p.a., anche da parte del giudice contabile³⁵.

Il terzo punto attiene alla legalità stessa della transazione, in rapporto all'oggetto della controversia ed all'esistenza di specifici divieti a transigere rispetto a determinate questioni o posizioni giuridiche soggettive.

Si tratta di una questione già ampiamente indagata nelle precedenti fasi della ricerca, dalle quali risulta come l'art. 1966 c.c. non contenga, alcun assoluto divieto di transigere su questioni aventi ad oggetto le prerogative della p.a., a fronte dell'ormai consolidato rilievo per cui anche tali posizioni devono considerarsi tendenzialmente disponibili da parte dell'amministrazione³⁶. Ciò non esime gli operatori da una ricognizione delle singole norme speciali – di stretta interpretazione ed insuscettibili di applicazione analogica – che vietano la negoziazione di

³³ Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.

³⁴ Cfr. *supra*, cap. V, par. 2, anche in riferimento alla peculiare discrezionalità della scelta di transigere. Sotto questo profilo, si reputa che l'intera fattispecie transattiva debba essere giustificata, ossia munita di una motivazione sostanziale da ricostruire sulla base di tutti gli atti dell'operazione transattiva, non essendo immediatamente applicabile alla fattispecie in esame la disciplina dell'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990. Sul concetto di motivazione sostanziale sia concesso un rinvio ad A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., XXIII ss.

³⁵ Cfr. *supra*, sia cap. II, par. 5, che cap. V, par. 5 e 7.

³⁶ Cfr. ampiamente *supra*, cap. II, par. 3, e soprattutto cap. V, par. 2 e 3.

determinate funzioni, per ragioni riconducibili all'esigenza di riservare alla sola p.a. la produzione di determinati effetti giuridici.

Rispetto alla tradizionale impostazione guicciardiana, a propria volta debitrice della distinzione romaniana fra diritti pubblici 'generali' e 'speciali', i limiti della transigibilità vanno oggi individuati sulla base del diritto positivo, entro le direttrici generali stabilite dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990³⁷.

Il quarto punto attiene al rilievo assunto dai criteri di economicità, efficacia ed efficienza nella composizione della lite e nella stessa definizione del programma transattivo. Tali criteri non giustificano, infatti, la sola scelta di transigere, ma incidono necessariamente sul contenuto della regolazione convenzionale del rapporto e sulle caratteristiche degli adempimenti dell'amministrazione.

Anche in riferimento agli orientamenti maturati, in materia, nella giurisprudenza contabile, si deve infatti sottolineare come la composizione consensuale della controversia debba essere comunque connotata da un bilanciamento fra costi e benefici della transazione. Vengono in rilievo i tempi di definizione di eventuali giudizi, il numero delle parti coinvolte, la rilevanza economico-sociale della controversia e la sua incidenza su ulteriori e connesse attività della p.a.³⁸

La stessa prassi esaminata nelle fasi iniziali della ricerca denota come le amministrazioni abbiano preferito definire in via transattiva determinate controversie proprio perchè la scelta di comporre la lite in via immediata è stata ritenuta più vantaggiosa rispetto all'azione o resistenza in giudizio: i vantaggi sono apprezzabili sia in termini patrimoniali, qualora la controparte accetti risarcimenti o indennizzi di ammontare inferiore a quanto richiesto e potenzialmente spettante, sia in termini di generale tutela degli interessi pubblici perseguiti dalla p.a. nella gestione del territorio, nella realizzazione di opere pubbliche, nello svolgimento di servizi economici o sociali³⁹.

³⁷ Con riferimento alla posizione di Guicciardi, cfr. *supra*, cap. IV, par. 2, mentre l'indicazione dei criteri funzionali a circoscrivere l'applicazione del divieto stabilito dall'art. 1966 c.c. è tratta soprattutto nel cap. V, par. 3.

³⁸ Tale conclusione è avallata anche dagli orientamenti assunti, in materia, dalla giurisprudenza contabile, nei termini richiamati *supra*, cap. II, par. 5.

³⁹ Cfr. ampiamente *supra*, cap. II, par. 4.

La classica tesi guicciardiana che vedeva nella transazione uno strumento di pacificazione sociale può essere in tal senso rivisitata, misurando e quantificando sulla base dei parametri di efficacia, efficienza ed economicità l'effettiva utilità sociale della transazione⁴⁰. La questione assume un particolare rilievo soprattutto nell'ambito dei controlli esperibili nei confronti della p.a. e dei giudizi contabili, oltre che sul piano della complessiva rendicontazione dell'attività amministrativa da parte degli organi responsabili di funzioni di indirizzo politico o, comunque, dei vertici dei singoli plessi amministrativi.

Il quinto punto attiene al rilievo assunto da imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità nella gestione dell'operazione transattiva, anche a garanzia degli interessi dei terzi: usualmente, tali principi sono utilizzati quali criteri di sindacato dell'operazione transattiva da parte del giudice contabile, ma occorre valorizzarne la portata anche in rapporto alla loro incidenza sulla stessa formazione del negozio⁴¹.

L'applicazione del principio di imparzialità implica, innanzitutto, la necessità di coinvolgere nell'operazione transattiva tutti i cointeressati sostanziali – ossia tutti i potenziali litiganti titolari di posizioni omogenee – e i controinteressati immediatamente individuabili⁴². Sotto il profilo organizzativo, ciò implica che l'operazione transattiva si possa arti-

⁴⁰ Per quanto possano esprimersi dei dubbi in ordine alla generalizzazione della metodologia ad ogni ambito dell'agire pubblico e privato, non può sottacersi come la necessità di misurare l'impatto economico delle transazioni (e del ricorso alle *a.d.r.*) nella complessiva gestione del patrimonio e delle funzioni pubbliche rappresenti un'esigenza ineludibile. Sul punto, cfr. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss.

⁴¹ Sul punto, cfr. E. BUOSO, *op. cit.*, 268 ss.; sul versante civilistico, cfr. la recente sintesi di A. FACHECHI, *La ragionevolezza nella disciplina applicabile agli atti di autonomia*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, a cura di, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, 447 ss. In tale direzione cfr. anche il punto I.3.ii.c) dell'appendice alla raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa in materia di *a.d.r.* dell'amministrazione, dove, espressamente, si invita a garantire «fair proceedings allowing in particular for the respect of the rights of the parties and the principle of equality»: formula senz'altro vaga, ma idonea a risemantizzare anche il principio di imparzialità come criterio di gestione dell'operazione transattiva.

⁴² Il rilievo è coerente con la stessa 'multipolarità' dei rapporti amministrativi e con la peculiare posizione organizzativa che la p.a. assume nell'ordinamento, da cui emerge come le liti non si esauriscano necessariamente nell'ambito di rapporti bilaterali o plurilaterali predefiniti. Sul punto, cfr. soprattutto *supra*, cap. V, par. 6.

colare mediante incontri e confronti fra le parti, sulla falsariga di quanto accade nelle conferenze di servizi⁴³.

Sul piano sostanziale, l'imparzialità implica anche il dovere di risolvere liti analoghe – aventi ad oggetto rapporti controversi omogenei, che vedono la p.a. contrapposta a più soggetti – mediante contratti di contenuto analogo; ne deriva la necessità di standardizzare i programmi transattivi soprattutto nel caso di liti seriali⁴⁴.

L'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità impone di transigere mediante una definizione dell'alternativa decisionale idonea a massimizzare gli interessi di tutte le parti in conflitto⁴⁵.

Da questo punto di vista, ragionevolezza e proporzionalità divengono attributi della 'concessione' attribuita dalla p.a. alla controparte in lite, che dovrà avere necessariamente ad oggetto utilità inferiori a quelle potenzialmente derivanti dall'accoglimento integrale della pretesa affermata nei confronti dell'amministrazione. Il sacrificio di tali prerogative sarà comunque compensato dalla immediata e stabile soluzione della lite in un contesto di incertezza sistemica⁴⁶.

Il sesto ed ultimo punto di emersione dell'eteronomia nel contratto di transazione appare strettamente consequenziale a quanto rilevato, facendo riferimento alla legalità e legittimità degli atti esecutivi attraverso cui l'amministrazione attua il programma transattivo.

⁴³ Per uno spunto, in tal senso, cfr. F. FRACCHIA, *op. cit.*, 303 ss.

⁴⁴ Nella prassi, l'esempio può essere rappresentato dalle liti connesse a danni trasfusionali, come pure a tutti gli eventuali danni da disservizio, o, ancora, ai pregiudizi e danni cagionati ad una pluralità di concorrenti ad un pubblico concorso soggetto a contestazione giudiziale. Sul punto, cfr. cap. II, par. 2.

⁴⁵ Per quanto il concetto di 'massimizzazione' degli interessi non possa essere declinato in termini prettamente giuridici, va sottolineato come questa terminologia possa rendere maggiormente concreto il punto I.2.ii dell'appendice alla raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa, dove, espressamente, si fa riferimento alla «appropriateness» delle misure, in rapporto alle caratteristiche della controversia.

⁴⁶ La conclusione, in sé, non fa altro che applicare al contesto amministrativo, con gli opportuni aggiornamenti, la massima riportata da Tito Livio nel XXX libro dell'*Historia ad urbe condita*, secondo il quale *melior tutiorque est certa pax quam sperata victoria*. Sul punto, cfr. A. BUTERA, *op. cit.*, 1669, con ampi riferimenti al dibattito sotteso all'evoluzione della transazione quale strumento di pacificazione sociale, poi sinteticamente ripreso da E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 1.

Il problema si è posto in riferimento all'adozione di provvedimenti ed atti amministrativi funzionali a garantire alla controparte specifiche prestazioni, quali il ritiro, la sostituzione o l'emanazione di un provvedimento amministrativo; l'esperienza comparata dimostra come il fenomeno non sia affatto inusuale, rappresentando – semmai – la fisiologica conseguenza della definizione consensuale della lite⁴⁷.

Si deve tuttavia ribadire come l'atto esecutivo non debba essere solamente conforme al programma transattivo stabilito fra le parti, ma anche alla disciplina legale di riferimento: il contratto di transazione opera, da questo punto di vista, come causa giustificativa del nuovo provvedimento, ossia – secondo la sistematica sottesa all'art. 3 della l. n. 241/1990 – come ragione giuridica della decisione amministrativa.

La p.a. non è tuttavia esonerata dal necessario rispetto di tutte le norme di azione che connotano la sua attività, non potendosi attribuire alla transazione alcuna efficacia derogatoria rispetto alle previsioni dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, sulla base della pacifica gerarchia delle fonti e del nucleo essenziale del principio di legalità dell'azione amministrativa⁴⁸. Ne consegue che una transazione amministrativa non può legittimare l'adozione di provvedimenti atipici o innominati, né giustificare una violazione delle norme che disciplinano l'attività amministrativa⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. *supra*, cap. III, *passim*, salve le peculiarità che caratterizzano la disciplina della transazione relativa alle controversie di cui siano parte le istituzioni dell'Ue.

⁴⁸ Cfr. soprattutto *supra*, cap. IV, par. 7, in rapporto alla necessità di rispettare il nucleo essenziale della legalità amministrativa quale criterio direttivo dell'attività delle amministrazioni, in riferimento sia alla individuazione degli scopi perseguibili che alla necessità di rispettare alcuni canoni fondamentali di esercizio della funzione, compendati nei principi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Per la perdurante valorizzazione della legalità – per quanto possa apparire debole rispetto ad alcuni postulati ottocenteschi – cfr. F.G. SCOCA, *Attività*, cit., 88 ss.

⁴⁹ In tal senso, la soluzione proposta si armonizza con il punto 10 della raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa, dove, espressamente, si precisa che le a.d.r. «should not serve administrative authorities or private parties as a means of avoiding their obligations or the rule of law». Il punto III.3.1 dell'appendice stabilisce, inoltre, che «unless otherwise provided by law, administrative authorities shall not use a negotiated settlement to disregard their obligations».

Va da sé che il doveroso rispetto dello statuto giuridico del provvedimento amministrativo rende potenzialmente contestabili gli stessi atti esecutivi, a detrimento della stabilità della transazione amministrativa avente ad oggetto l'esercizio di determinate prerogative della p.a. La soluzione può essere inappagante sul piano pratico, ma appare del tutto coerente con i principi del sistema amministrativo e con le garanzie ad esso sottese⁵⁰.

3. Legalità e risultato nella soluzione transattiva della lite

Quanto si è osservato circa le caratteristiche della composizione negoziale della lite permette di approfondire un'ulteriore caratteristica della transazione, qui intesa come archetipo delle *a.d.r.* progressivamente diffuse in tutti i sistemi istituzionali e gradualmente promosse anche al fine di consentire una soluzione consensuale delle liti amministrative⁵¹.

Nell'ambito del dibattito inerente alle *a.d.r.*, si è osservato come uno dei tratti evolutivi del fenomeno sia rappresentato dalla necessità di concepire l'acronimo non tanto in rapporto al fatto che si tratti di misure 'alternative' alla giurisdizione, quanto alla circostanza che esse debbano essere delle misure 'adeguate' agli interessi delle parti⁵².

Con specifico riferimento alle liti amministrative, questo ordine di idee consente di approfondire alcune caratteristiche della funzione pacificatoria e dell'utilità pratica della transazione, intesa come strumento di effettiva ed efficace tutela degli interessi delle parti in lite, anche ai sensi delle generali previsioni dell'art. 1 c.p.a.⁵³

⁵⁰ Sul punto, cfr. *supra*, cap. V, par. 5.

⁵¹ Anche in rapporto a quanto osservato nel corso del cap. I, cfr., fra gli altri, B. MARCHETTI, *A.d.r. e amministrazione pubblica*, cit., 323 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi*, 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi*, cit., 2014, 1 ss. e, se si vuole, A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1226 ss.

⁵² Cfr. espressamente J.S. WOLFE, *op. cit.*, 785 ss.

⁵³ Si tratta di una questione affrontata anche sul versante civilistico, in rapporto ai risultati perseguibili mediante la composizione giudiziale o stragiudiziale del conflitto, nei termini individuati da F. DANOVI, *op. cit.*, 9 ss.

Per quanto si condividano le critiche avanzate in dottrina nei confronti di una concezione enfatica e scarsamente pregnante del concetto di effettività della tutela⁵⁴, occorre sottolineare come il concetto abbia una propria utilità se lo si applica al fine di individuare il livello di adeguatezza degli strumenti di soluzione della lite amministrativa garantiti dall'ordinamento italiano.

Senza indulgere in una ricognizione generale dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, occorre sottolineare come le tutele garantite nei confronti della p.a. siano tendenzialmente assimilabili a quelle garantite nei confronti di qualunque altra controparte nel caso in cui il conflitto abbia ad oggetto posizioni di diritto soggettivo, mentre conservano notevoli peculiarità nel caso in cui venga in questione il rapporto fra interesse legittimo e potestà pubblicistiche⁵⁵.

Nel primo caso, infatti, il giudice ordinario – o amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva – può risolvere sempre la controversia nel merito, mediante pronunce di accertamento, costitutive o di condanna che determinano l'attribuzione di un bene della vita al soggetto vittorioso⁵⁶. È risaputo come non si possa giungere alla medesima conclusione nell'ambito del processo amministrativo di legittimità, in cui la

⁵⁴ Cfr. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 106 ss. Per una generale ricognizione del problema cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, 2017, 355 ss.

⁵⁵ L'affermazione, qui espressa in termini trancianti, può essere agevolmente comprovata dall'esame della dottrina maggiormente critica nei confronti dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, oltre che – e pur con premesse ed esiti opposti – della dottrina che sostiene la perdurante distinzione fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa: basti qui un rinvio ad A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, *passim*, e, specularmente, a R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., 285 ss. Ulteriori spunti, anche in rapporto alla configurazione sostanziale delle posizioni giuridico-soggettive in conflitto, in F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 360 s.

⁵⁶ Sulla giurisdizione esclusiva come giurisdizione "sul merito" della lite – ossia come tecnica di aggiudicazione diretta del bene della vita controverso ad opera del giudice amministrativo – cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione*, cit., 164 ss.

decisione del giudice lascia tendenzialmente fermo il riesercizio del potere da parte della p.a.⁵⁷.

Sono tuttavia note le inefficienze di entrambi i tipi di tutela: con riferimento all'ordinario processo civile, i limiti non attengono alle caratteristiche degli strumenti giuridici a disposizione del giudice, ma alle difficoltà organizzative in cui versa il sistema giudiziale nel suo complesso, in rapporto alle carenze di personale, alla durata dei giudizi, al tasso di litigiosità diffuso nella società italiana⁵⁸.

Con riferimento al processo amministrativo, il problema di fondo rimane rappresentato dalla necessità di contemperare la posizione del giudice amministrativo con le prerogative dell'amministrazione, nel quadro di un sistema culturale condizionato, per decenni, da una rigida concezione della separazione dei poteri, che va gradualmente cedendo

⁵⁷ Si rinvia, sul punto, alla disciplina dell'art. 34 c.p.a., dalla quale emerge come il giudice possa decidere nel merito della controversia unicamente nel caso in cui sussistano i margini per condannare la p.a. all'adempimento del dovere di emanare un provvedimento favorevole o al risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo. Sono tuttavia note sia le difficoltà inerenti ad individuare i sicuri presupposti dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa che legittimano la condanna all'adempimento, sia le difficoltà probatorie e le concreta satisfattività delle sentenze di condanna al risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. I prodromi della disciplina vigente sono ampiamente ricostruiti, in chiave critica, da M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *op. cit.*, 269, nonché M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo* (1981), ora in ID., *Scritti*, cit., III, 1451 ss.

⁵⁸ Si tratta di una circostanza sottostimata dagli stessi fautori di riforme tese a configurare una giurisdizione unica del g.o. nei confronti della p.a., al pari delle questioni inerenti al rito ipoteticamente applicabile a questa tipologia di controversie. La gravità del problema è tuttavia nota ad ogni operatore, oltre che plasticamente confermata dai dati disponibili: si richiamano i dati raccolti dalla Cepej (*European Commission for the efficiency of justice*), istituita presso il Consiglio d'Europa, nell'ambito del *report* sull'efficienza e qualità della giustizia pubblicato nel 2018 e reperibile presso il sito internet della Commissione. Per una ricognizione del problema, in un'ottica metagiuridica che tiene conto delle dinamiche reali del fenomeno, cfr. almeno G. ESPOSITO, S. LANAU, S. POMPE, *Judicial System Reform in Italy: a Key to Growth, Imf Working Paper – WP/14/32*, 2014, 1 ss. Per un'analisi recente, cfr. pure S. BERNARDINI, *Gli insufficienti passi in avanti di una giustizia civile lumaca*, 2019, 1 ss., disponibile presso il sito internet dell'*Osservatorio sui conti pubblici* (Ocpi) dell'Università Cattolica di Milano.

il passo ad una visione integrata del fenomeno amministrativo e processuale⁵⁹.

In sintesi, potrebbe osservarsi come il giudice amministrativo risolve la lite nei limiti del proprio potere, ossia di uno scrutinio di legittimità degli atti amministrativi e liceità delle condotte delle parti: in questo, non incidono solamente le previsioni generali degli artt. 101, 103 e 113 Cost., ma anche una perdurante concezione della giurisdizione come sistema istituzionale idoneo a risolvere la controversia sulla base della qualificazione giuridica della fattispecie e sulla deduzione di tutte le conseguenze da essa scaturenti⁶⁰. Il rilievo vale per il giudice ordinario, che non può normalmente decidere le controversie sulla base di criteri equitativi, e, a maggior ragione, per il giudice amministrativo⁶¹.

Se la legalità dello stesso giudizio amministrativo rappresenta, pertanto, la misura ed il limite stesso della tutela giudiziale garantita dal sistema processuale⁶², può agevolmente cogliersi come la composizione transattiva della controversia permetta alle parti di giungere ad una so-

⁵⁹ Gli spunti più efficaci, in tal senso, rimangono espressi da M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., 1438 ss. Recentemente, cfr. pure A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 952 ss.

⁶⁰ Su questa concezione teorico-generale della giurisdizione cfr. la ricognizione critica di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 296 ss.; per una ricognizione critica, cfr. però S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss.; ulteriori spunti, rispetto ad un dibattito che non può essere ripercorso integralmente in questa sede, in C. VOCINO, *op. cit.*, 681 ss.

⁶¹ Sul significato ed i limiti della giurisdizione di equità, con particolare riferimento al diritto amministrativo, cfr. F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 366 ss. In termini generali, cfr. almeno G. ZACCARIA, *op. cit.*, 461 ss.

⁶² Si tratta, del resto, di limiti necessari a temperare l'originaria concezione del processo come espressione della sovranità dello Stato apparato: sulla dimensione autoritativa del processo cfr. già L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., Milano, s.d., 39. Sul progressivo sgretolamento di tale modello, anche in rapporto alla diffusione di tecniche di composizione stragiudiziale delle controversie, cfr. C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1 ss.

luzione della lite fondata su criteri di opportunità e di adeguatezza al caso concreto, che usualmente sfuggono alla cognizione del giudice⁶³.

Tali criteri possono concorrere a determinare una maggiore effettività della tutela, in termini di rapidità della decisione consensuale e capacità di attribuire alle parti utilità non garantite dal giudice⁶⁴.

Se, con riferimento alle liti normalmente soggette alla giurisdizione ordinaria o esclusiva, i vantaggi si possono percepire con immediatezza per le liti caratterizzate da complessità tecnica o difficoltà probatorie⁶⁵, con riguardo alle controversie devolute alla giurisdizione di legittimità i

⁶³ Particolarmente efficaci, al riguardo, le considerazioni di F. DANOVÌ, *op. cit.*, 9 ss. Si tratta di una conclusione cui giunge anche la dottrina straniera che più valorizza la diffusione delle a.d.r. quale rafforzamento delle tutele del cittadino nei confronti della p.a., e non quale mero strumento di deflazione del contenzioso: cfr. B. BELANDO GARIN, *La médiation administrative desde la prospettiva*, cit., 7 ss., ma in un'ottica che, in termini generali, potrebbe essere riferita alla necessità di utilizzare gli strumenti consensuali quale tecnica di gestione delle politiche pubbliche, come rilevato, tra gli altri, da E. SCHMIDT ASSMAN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., 341 ss.

⁶⁴ La perdita del monopolio della giurisdizione (ordinaria ed amministrativa) nella soluzione della conflittualità è, assieme, premessa e conseguenza della diffusione delle a.d.r. nel diritto civile, commerciale ed amministrativo, nei termini efficacemente ripercorsi da M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 481 ss. Rispetto a quanto osservato dall'A., si può aggiungere come la perdita del monopolio giudiziale non derivi soltanto dall'inefficienza – organizzativa – della giurisdizione, ma, nel caso che qui si esamina, dalla sperequazione sussistente fra 'domanda' ed 'offerta' di giustizia: nel caso delle controversie di cui sia parte la p.a., l'ordinamento giudiziale offre specifiche tecniche di tutela, che non sempre sono idonee a garantire gli interessi delle parti in conflitto. È in tal caso che le carenze delle istituzioni giudiziali sono compensate, sul piano pratico, dal ricorso alla composizione negoziale della lite. Così inquadrato il problema è in larga parte metagiuridico: in questo scritto, si è cercato di affrontare il problema della qualificazione giuridica dello strumento transattivo.

⁶⁵ Si consideri l'ipotesi dei danni trasfusionali o, in generale, di controversie maturate nell'ambito delle prestazioni sanitarie, in cui la prova del nesso di causalità fra azioni od omissioni del personale sanitario e pregiudizio patito dall'attore può essere estremamente difficoltosa. Lo stesso può comunque accadere nell'ambito di controversie risarcitorie in cui si imputi all'amministrazione di aver omesso determinate attività di controllo del territorio o dell'ambiente, come plasticamente emerso rispetto alle transazioni che hanno definito le pluriennali liti nascenti dal disastro di Stava: cfr. *supra*, cap. II, par. 5, anche con riferimento alla delibera della Giunta provinciale di Trento, n. 2402/2003.

vantaggi si possono cogliere in rapporto alla possibilità di superare la lite con una decisione consensuale di merito.

I risultati concretamente ottenibili mediante il ricorso alla transazione sono infatti superiori, in rapporto a questioni aventi ad oggetto l'esercizio di potestà amministrative, a quelli garantiti dall'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. con riferimento ai poteri del giudice di merito⁶⁶.

Non solo l'amministrazione può modificare atti esistenti, sostituirli o emanare nuovi atti, ma tale obiettivo è raggiungibile, per entrambe le parti, senza la necessità di attendere l'esito del giudizio di ottemperanza, quale ipotesi qualificata e più frequente di giurisdizione sul merito della controversia⁶⁷.

In questa chiave di lettura, la soluzione consensuale della controversia non rappresenta unicamente una tecnica adeguata – ed effettiva – di composizione del conflitto, ma, per quanto più interessa, uno strumento potenzialmente idoneo a garantire l'efficace superamento della lite⁶⁸.

Ricorrendo a categorie generali, si può affermare come la composizione transattiva della controversia sia comunque strumentale a garantire il buon andamento dell'azione amministrativa rispetto a contesti con-

⁶⁶ Sul piano teorico-generale, si è osservato come l'autonoma composizione della lite possa essere un obiettivo perseguito dallo stesso giudice, mediante l'esercizio di funzioni direttive del processo, anche al fine di rafforzare la tutela di diritti ed interessi garantiti dalla Costituzione: tutela che non sarebbe dissociabile dall'effettiva e concreta soddisfazione delle esigenze delle parti, non immediatamente garantita dal (solo) giudice. Sul punto, cfr. L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 318 ss.

⁶⁷ In una prospettiva di teoria generale del processo, la transazione ha quindi il vantaggio di assicurare – ove effettivamente adempiuta, nel rispetto della buona fede che deve conformare l'esecuzione del contratto – una tutela non solo immediata, ma anche immediatamente esecutiva delle pretese delle parti. Per alcuni spunti, cfr. V. TAVORMINA, *op. cit.*, 77 ss., nonché F. DANOVÌ, *op. cit.*, 10 ss. Resta, ovviamente, ferma la necessità di assicurare «the execution of the solutions reached using alternative means», nei termini del punto I.3.e dell'appendice alla raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa.

⁶⁸ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 456, dove espressamente si rileva come nessuno Stato possa realmente e concretamente garantire la legalità senza la collaborazione dei cittadini, in considerazione del fatto che l'attuazione coattiva non sarebbe in grado di assicurare una «tempestiva e appropriata esecuzione dei suoi comandi e comporterebbe, se universalmente praticata, uno sproporzionato dispendio di energie e mezzi».

flittuali caratterizzati da un'incertezza sistemica in ordine ai possibili esiti di eventuali giudizi. Il buon andamento non è perseguito mediante la ricerca di una mera alternativa alla giurisdizione, ma attraverso un'attività finalizzata a garantire una composizione della controversia più aderente alle circostanze del caso concreto e, di conseguenza, più adeguata allo stesso interesse pubblico perseguito dalla p.a.⁶⁹

Dal punto di vista dell'amministrazione, questo permette di chiarire come il delicato equilibrio fra legalità dell'azione amministrativa ed opportunità della soluzione transattiva possa essere perseguito. In contesti di incertezza sistemica, rispetto ai quali l'applicazione della legge al caso concreto presenti obiettive difficoltà o un'alea tale da compromettere l'efficacia dell'azione amministrativa, la soluzione transattiva rappresenta uno dei modi attraverso cui giungere ad un risultato soddisfattivo del pubblico interesse⁷⁰.

La copertura costituzionale della fattispecie transattiva è quindi rappresentata da un'interpretazione evolutiva dell'art. 97, comma 2, Cost., in forza della quale la composizione transattiva di una lite in un contesto di incertezza sistemica ha valore giuridico non inferiore a quello garantito dalla composizione giudiziale della controversia in un contesto di ragionevole certezza circa gli esiti del processo⁷¹.

⁶⁹ Si condivide il rilievo di M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 487, secondo la quale «i rimedi alternativi sono da rappresentare... come possibili modalità di applicare “diversamente” le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere».

⁷⁰ Si potrebbe quindi sostenere che la transazione sia un mezzo per soddisfare la c.d. legalità di risultato perseguita dalla p.a., in un contesto culturale in cui la devianza dal principio di legalità in senso formale può essere giustificabile in quanto utile alla realizzazione del pubblico interesse, nel rispetto dei canoni sostanziali dell'agire amministrativo. Per alcuni spunti in tale prospettiva, cfr. le impostazioni di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, specie 281 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1117 ss.

⁷¹ Per il concetto di valore giuridico, nell'accezione qui seguita, si rinvia ad A. FALZEA, *Introduzione*, cit., specie 456 ss., dove si sottolinea come l'attuazione coattiva dei valori giuridici (anche mediante l'intervento del giudice, ed in generale della forza pubblica) abbia una funzione vicaria e sussidiaria rispetto all'attuazione spontanea da parte dei consociati. Rispetto a questa sistematica, si può aggiungere come la transazione

Si tratta di conclusioni corroborate dallo stesso esame della prassi amministrativa, con riferimento alle ipotesi di transazioni effettivamente concluse nel rispetto dei menzionati criteri di riferimento: la soluzione consensuale della lite è normalmente diversa dalla soluzione garantita dal giudice, ma ciò non esclude che essa determini un assetto di interessi compatibile con gli scopi dell'amministrazione, oltre che della stessa parte privata⁷².

4. Tipicità ed atipicità contrattuale nella transazione amministrativa

Gli obiettivi perseguibili mediante la transazione potrebbero essere garantiti, in astratto, anche dal ricorso ad altre tecniche di *a.d.r.*, come mediazione e conciliazione, oppure attraverso negozi comunque funzionali a stabilire determinati assetti di interessi, nel quadro della c.d. amministrazione per accordi. Nel corso di questo scritto si è, tuttavia, cercato di porre in rilievo i tratti distintivi della transazione, come forma qualificata di *a.d.r.* e come specifica tecnica di soluzione delle controversie nell'ambito della consensualità amministrativa⁷³.

(anche amministrativa) rappresenti un esempio dell'attuazione dei valori in un contesto conflittuale, mediante una definizione consensuale dell'assetto di interessi preordinato al superamento della lite, rispetto al quale si può ipotizzare una devianza da alcune regole formali dell'agire amministrativo, purché controbilanciata dal rispetto di alcuni principi fondamentali attinenti al modo di composizione degli interessi. La conclusione, dal punto di vista pratico, è affine a quanto già segnalavano F. CARNELUTTI, *Sulla causa*, cit., 580; E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 20.

⁷² Il ragionamento è apparentemente simile a quello sotteso alla ricostruzione di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 63, per quanto siano differenti le premesse: mentre Guicciardi giustificava la transazione a fronte di un generico interesse pubblico a risolvere la controversia in via consensuale, nella tesi esposta è la stessa regolazione degli interessi stabilita dalle parti ad avere uno specifico valore giuridico, in quanto funzionale a garantire l'efficacia e l'effettività dell'azione amministrativa in un contesto di incertezza sistemica. Mentre Guicciardi risolveva il problema nell'apprezzamento discrezionale della p.a. in ordine alla sussistenza di un interesse a transigere, nel corso di questa indagine si è tentato di porre in luce l'oggettiva idoneità della transazione a garantire il contemperamento fra gli interessi dei litiganti.

⁷³ Cfr. *supra*, soprattutto cap. V, parr. 2, 3, 4.

L'obiettivo non è stato perseguito per mere esigenze tassonomiche o sistematiche, ma al fine di circoscrivere il regime della transazione amministrativa e contribuire a risolvere alcune incertezze teoriche ed applicative che rendono incerto il suo impiego nella prassi o tendono, quantomeno, ad occultarne l'uso attraverso forme di collegamento negoziale a carattere implicitamente transattivo⁷⁴.

Rimane, tuttavia, da precisare il rapporto sussistente fra la transazione amministrativa individuata nei precedenti capitoli ed il tipo contrattuale stabilito dall'art. 1965 c.c. Se sono note le incertezze inerenti alla stessa definizione del tipo contrattuale di diritto comune, occorre tenere ferme alcune caratteristiche specifiche del negozio, attorno alle quali sembrano sopiti gli antichi dibattiti emersi in materia⁷⁵.

Senza ripercorrere, in questa sede, l'analisi della fattispecie astratta di diritto comune, possono essere indicati i principali tratti differenziali della transazione amministrativa rispetto a tale modello: il primo, e più importante anche ai fini della ricostruzione proposta, concerne la rilevanza dell'incertezza sistemica quale presupposto fattuale e giuridico della composizione della lite amministrativa⁷⁶; il secondo attiene alla stabilità del contratto, in rapporto alla possibilità di annullare d'ufficio o revocare alcuni atti dell'operazione transattiva qualificabili come provvedimenti, oltre che gli stessi atti esecutivi del programma stabilito dalle parti⁷⁷; il terzo attiene alla potenziale oppugnabilità della transazione ad opera di soggetti rimasti estranei alla composizione negoziale della lite, ma danneggiati dalla decisione della p.a.⁷⁸. Non incidono sulla struttura del tipo contrattuale le previsioni limitative previste dalle singole norme speciali, posto che il fenomeno ricade nella già ravvisata integrazione delle norme del Codice civile da parte delle disposizioni cui fa generale rinvio l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. *supra*, cap. I, par. 5 e cap. II, par. 2.

⁷⁵ Anche al riguardo cfr. più ampiamente *supra*, cap. II, par. 1.

⁷⁶ Si è fatto riferimento all'incertezza sistemica sia *supra*, cap. II, par. 3, cap. IV, par. 7, che, soprattutto, cap. V, par. 2. Si tratta, peraltro, di un dato costante anche negli ordinamenti stranieri, nei termini emersi sempre *supra*, cap. III, *passim*.

⁷⁷ Si rinvia più ampiamente *supra*, cap. V, par. 4.

⁷⁸ Cfr. sempre *supra*, cap. V, par. 6.

⁷⁹ Cfr. *supra*, cap. V, parr. 2, 3, 4.

Va sinteticamente ribadito come la transazione amministrativa abbia un ambito applicativo più circoscritto della transazione di diritto comune, essendo sempre onere della p.a. giustificare la propria scelta di transigere in rapporto all'incertezza sistemica che connota la possibilità di attuare la propria pretesa⁸⁰. Si può poi osservare come il livello di stabilità del contratto sia inferiore a quello potenzialmente garantito dalle disposizioni del Codice civile⁸¹.

Ci si può chiedere se tali tratti differenziali siano idonei a qualificare la transazione amministrativa come un contratto atipico stipulato dalla p.a., ai sensi dell'art. 1322 c.c., o se consentano comunque di ascrivere il contratto al tipo descritto dagli artt. 1965 c.c. ss.

La questione è rilevante non solo al fine di individuare il regime giuridico del contratto, ma pure allo scopo di ribadire le specificità del fenomeno rispetto ad altre tecniche di composizione negoziale dei conflitti, rispetto alle quali non potrebbero estendersi i criteri elaborati per la transazione amministrativa⁸². Non si deve poi trascurare il fatto che la definizione del tipo contrattuale è utile ad evitare che la transazione amministrativa possa essere finalizzata ad eludere il rispetto di norme imperative applicabili alla p.a., soprattutto in materia di alienazione del patrimonio pubblico o di esecuzione di rapporti contrattuali⁸³.

Nel corso dello studio si sono già ampiamente chiarite le ragioni per cui una soluzione volta a valorizzare la deviazione del tipo negoziale rispetto a quello fissato dal Codice civile sia inaccettabile sul piano teorico e pratico. Sul piano teorico, la transazione atipica di diritto pubbli-

⁸⁰ Cfr. ancora una volta *supra*, cap. V, par. 3, in rapporto a cap. II, par. 1.

⁸¹ Anche questi aspetti sono stati trattati diffusamente *supra*, cap. V, par. 4, 5 e 6.

⁸² Si tratta di aspetti affrontati *supra*, cap. II, par. 2 ss. e IV, par. 6. Su un piano più generale, la questione è stata affrontata recentemente anche da M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati*, cit., 674 ss.

⁸³ Per tali avvertimenti critici, in chiave teorico-generale riferita ai problemi di tipizzazione del contratto, cfr. U. BRECCIA, *Le nozioni di tipico e atipico: spunti critici e ricostruttivi*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità dei contratti*, Milano, 1983, 7 s. Quanto alle esemplificazioni possibili, si rinvia a quanto osservato *supra*, cap. II, par. 4, con riferimento alle ipotesi in cui la transazione sia funzionale all'alienazione di beni patrimoniali mediante trattativa diretta, o in cui essa appaia come strumentale al rinnovo di rapporti contrattuali in surrettizia violazione della disciplina statale ed europea di riferimento.

co finirebbe per essere assorbita nella generica ed inappagante figura dell'accordo amministrativo con funzione transattiva, mediante un'operazione interpretativa affine alla soluzione tedesca, ma in assenza della base normativa del § 55 *VwVfG*⁸⁴. Sul piano pratico, essa avrebbe l'inconveniente di riaprire una serie di problemi ermeneutici attinenti alla possibilità di applicare le previsioni degli artt. 1965 c.c. ss. nei confronti della p.a., oltre che di creare numerosi dubbi in rapporto all'applicazione delle singole leggi settoriali che, nel disciplinare alcune forme di transazione o di negozi affini, postulano l'esistenza di un modello di riferimento, da costruire sulla base delle previsioni del Codice civile e delle norme speciali cui rinvia l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990⁸⁵.

Se si vuole giungere al risultato di qualificare la transazione amministrativa come specifica manifestazione del tipo definito dall'art. 1965 c.c. occorre pertanto seguire un metodo di qualificazione giuridica del negozio che porti a valorizzare i tratti comuni rispetto al modello civilistico, giustificandone, del pari, i tratti distintivi come elementi secondari rispetto alla definizione della fattispecie. Si pone, in altri termini, un problema di tipizzazione del negozio, che necessariamente procede per valutazioni di somiglianza della transazione amministrativa rispetto al preesistente modello codicistico⁸⁶.

⁸⁴ In questo passaggio si coglie il dissenso della tesi espressa in questo studio rispetto alle ipotesi ricostruttive profilate dalla dottrina che ha maggiormente valorizzato il modello dell'accordo procedimentale ex art. 11 l. n. 241/1990 in chiave transattiva: cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.

⁸⁵ Sul punto cfr. sia cap. II, par. 2 e 3 ss., che cap. V, *passim*.

⁸⁶ La tipizzazione, nei termini qui seguiti, rappresenta una tecnica di qualificazione giuridica che muove dall'individuazione di una serie di elementi frammentari e ne individua le possibili connessioni; che, valorizzando determinati rapporti di connessione, procede a tratteggiare la fisionomia di un determinato 'tipo' intellettuale; che riconduce a propria volta il 'tipo' intellettuale così individuato alle figure contrattuali tipiche, ossia al tipo legale di riferimento, misurandone comunque le differenze. Sul procedimento di tipizzazione, limitando qui i riferimenti alla dottrina italiana che ha rivisitato una tecnica di matrice romanistica e – successivamente – tedesca, cfr. per tutti C. BÉDUSCHI, *op. cit.*, specie 146 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo*, cit., 13 ss.; G. ORRÙ, *op. cit.*, cit., 83 ss., cui si rinvia soprattutto per la ricostruzione del pensiero di Radbruch, Larenz, Leenen, Esser, Engisch. Con specifico riferimento alla tipizzazione condotta a partire

Nel caso in esame, gli indici di somiglianza sono molteplici, nei termini emersi nel corso della precedente trattazione: il presupposto fondamentale della transazione è l'esistenza di una lite, riconducibile a pretese contrapposte⁸⁷; la composizione della controversia è possibile solo mediante reciproche concessioni⁸⁸; la causa e l'oggetto del contratto sono in larga parte sovrapponibili⁸⁹; gli stessi effetti del contratto possono essere ricostruiti in termini analoghi, in rapporto alle tesi prese a riferimento⁹⁰.

Non ostano alla riconduzione al tipo codicistico le peculiari vicende inerenti alla stabilità del negozio: le disposizioni del Codice civile che disciplinano in termini peculiari le conseguenze dell'invalidità del contratto, e limitano gli effetti della sua risoluzione, non incidono sulle caratteristiche del tipo, ma sulla sua funzione pacificatoria⁹¹. Assunto che la conflittualità amministrativa ha contenuti che non si esauriscono sul piano patrimoniale ed entro la logica prettamente commutativa alla base della disciplina civilistica, le divergenze non riguardano tanto il tipo contrattuale, quanto la sua utilità pratica, commisurata alle esigenze delle parti.

L'aspetto più delicato concerne, semmai, la situazione di incertezza sistemica che opera quale presupposto della transazione amministrativa.

Si è già richiamato, nelle precedenti fasi di questo studio, il dibattito interno alla dottrina civilistica circa la necessità di ammettere la transazione anche nelle ipotesi in cui una delle parti, o entrambe, siano certe

dalla disciplina settoriale, cfr. almeno M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 239 ss. Per una sintesi recente del problema, cfr. C.B.N. CIOFFI, *op. cit.*, 2009 ss.

⁸⁷ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3 e cap. II, par. 1.

⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4, anche in rapporto alla prassi negoziale presa in esame.

⁸⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 3 e cap. V, par. 3.

⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

⁹¹ Si è già osservato, soprattutto nel cap. II, par. 3, come le previsioni del c.c. in ordine alla validità ed all'efficacia della transazione, anche in rapporto a circostanze sovrappiunte idonee a mettere in dubbio la correttezza della composizione negoziale della lite, siano finalizzate a garantire la complessiva stabilità del contratto, e, attraverso di essa, la sua funzione pacificatoria. Si tratta, quindi, di caratteristiche non attinenti alla descrizione del 'tipo' contrattuale individuato dall'art. 1965 c.c. in termini ellittici. Per una ricognizione, cfr. per tutti E. DEL PRATO, *Transazione*, cit., 845 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 179 ss. S. RUPERTO, *op. cit.*, 472 ss.

delle proprie o altrui ragioni⁹². Si può condividere, in particolare, l'assunto per cui la stessa funzione della transazione non sia rappresentata dall'accertamento di un rapporto controverso quale presupposto per la soluzione della lite, trattandosi di una tesi logicamente in contrasto con la causa concreta del contratto, con il suo oggetto e con gli effetti costitutivi individuati dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti⁹³.

Così ripercorso il problema, è tuttavia agevole osservare come il ruolo dell'incertezza nella transazione amministrativa non sia in contrasto con la concezione civilistica del contratto e con la prevalente interpretazione degli artt. 1965 c.c. ss.⁹⁴

Il riferimento all'incertezza sistemica è innanzitutto funzionale ad escludere l'esistenza di un dovere di agire in giudizio della p.a. o, in alternativa, l'opportunità di risolvere la lite mediante provvedimenti autoritativi di autotutela. Si tratta, quindi, di un presupposto rilevante unicamente ai fini della valutazione di opportunità sottesa alla scelta di transigere, ossia di una questione che – in chiave civilistica – attiene ai 'motivi' di una delle parti in lite⁹⁵. Il fatto che tali motivi siano rilevanti ai fini della pubblicità e trasparenza dell'operazione transattiva non implica che l'incertezza sia presupposto comune alle parti e, soprattutto, che la transazione abbia lo scopo di rimuovere un'incertezza⁹⁶.

⁹² Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

⁹³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.

⁹⁴ Anche per questi aspetti è opportuno un rinvio al cap. II, par. 1.

⁹⁵ Sull'irrelevanza dei motivi della transazione, salve ipotesi peculiari legate alla doverosa tutela degli interessi di una delle parti o dei terzi, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 234 s., le cui conclusioni assumono specifico spessore anche in riferimento alla rilevanza dei presupposti della decisione di transigere della p.a.

⁹⁶ Per una ricognizione delle possibili funzioni della transazione, anche in rapporto alla figura del negozio di accertamento, cfr. per tutti S. RUPERTO, *op. cit.*, 128 ss. La conclusione è corroborata dal rilievo, già espresso *supra*, cap. V, par. 3, per cui le funzioni di accertamento della p.a., rispetto alle quali possono sorgere liti con terzi, sono normalmente riservate all'amministrazione e non risultano disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c., sussistendo semmai, in materia, il dovere di produrre l'effetto (di accertamento) mediante atti unilaterali, i cui effetti sono imputabili, in via esclusiva, all'amministrazione agente (gli stessi meccanismi di semplificazione sottesi alla disciplina del t.u. n. 445/2000 in tema di autocertificazione confermano come tali funzioni possano essere eliminate, senza margini per un esercizio 'congiunto' o negoziale). Sul piano del diritto positivo, se ne ha riprova osservando come l'art. 11 della l. n.

Va poi ribadito come l'incertezza sistemica non attenga tanto alla esistenza di dubbi circa la fondatezza delle pretese dalla p.a. o della controparte, quanto alla concreta possibilità di attuare la pretesa attraverso l'esercizio di potestà unilaterali della p.a. insuscettibili di contestazione da parte del destinatario oppure attraverso l'intervento del giudice. Da questo punto di vista, l'incertezza sistemica non è altro che un fattore aleatorio idoneo a giustificare la scelta di transigere⁹⁷.

Ne discende che nessun ostacolo impedisce di assimilare la transazione amministrativa al tipo individuato dagli artt. 1965 c.c., posto che le peculiarità della fattispecie ricostruita nel corso di questo studio attingono ad aspetti prettamente funzionali del contratto, in rapporto alla necessità di utilizzare tale strumento per tutelare gli interessi di un soggetto – la p.a. – che non si pone nella medesima posizione istituzionale di ogni altro individuo.

Ricondotta la transazione amministrativa al tipo negoziale disciplinato dagli artt. 1965 c.c. ss., ne deriva – sul piano sistematico – che in difetto di disposizioni specificamente dettate dalla legislazione speciale ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990, la disciplina del contratto dovrà essere definita sulla base delle previsioni del Codice civile⁹⁸.

Il procedimento di riconduzione della transazione amministrativa al tipo contrattuale definito dal Codice civile non è funzionale alla mera qualificazione giuridica di generici accordi transattivi individuabili nella prassi, ma anche allo scopo di distinguere il fenomeno da strumenti

241/1990 consenta la stipulazione di accordi procedurali sostitutivi del provvedimento nel solo caso in cui venga in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali della p.a., ossia fattispecie oggettivamente distinte da quelle relative all'accertamento di determinati fatti ed alla costituzione o dichiarazione di determinati effetti giuridici. In termini generali, cfr. P. GOTTI, *op. cit.*, specie 19 ss.; B. TONOLETTI, *L'accertamento*, cit., 122 ss., nonché M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 769 ss. Per una revisione del fenomeno, in rapporto a fattispecie che fuoriescono tuttavia dallo specifico oggetto di questo studio, cfr. A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011, 256 ss.

⁹⁷ Si tratta di un passaggio già sottolineato *supra*, cap. II, par. 3 e cap. IV, par. 7, cap. V, par. 3.

⁹⁸ Cfr. *supra*, cap. V, *passim*.

affini, siano essi transazioni disciplinate da specifiche norme di settore o atti con funzione latamente transattiva⁹⁹.

Lo stesso procedimento di tipizzazione deve, ad ogni modo, essere inteso in senso relativo: la transazione amministrativa, al pari del tipo disciplinato dal Codice civile, rimane comunque caratterizzata da una significativa duttilità, potendo giungere alla composizione della controversia mediante una pluralità di sinallagmi, a propria volta caratterizzati dal contenuto variabile delle reciproche concessioni¹⁰⁰.

5. *Questioni aperte, tra diritto sostanziale e processuale*

La ricostruzione formulata non pretende di esaurire lo studio del problema e rappresenta un contributo finalizzato ad agevolare la qualificazione di un fenomeno di indubbia diffusione nella prassi negoziale delle amministrazioni. Al netto delle soluzioni proposte in questo studio, sembra opportuno mettere in rilievo alcuni profili critici della disciplina attuale della transazione amministrativa, rispetto ai quali potrebbe essere auspicabile l'intervento del legislatore.

Ci si può innanzitutto chiedere se, nel perdurante difetto di una disciplina sostanziale di riferimento, possa essere opportuna la codificazione generale della transazione amministrativa, sulla falsariga di quan-

⁹⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2 e IV, par. 6.

¹⁰⁰ Anche sul punto cfr. *supra*, cap. II, par. 1 e 4 ss. e cap. V, par. 2 e 3 ss. Per riferimenti agli ordinamenti stranieri, in cui il contratto è caratterizzato dalla medesima elasticità, cfr. *supra*, cap. III, *passim*. Si tratta di una conclusione del tutto coerente con la natura del procedimento di tipizzazione, nell'ambito del quale il 'tipo' – inteso come il prodotto di un'operazione intellettuale – rappresenta una figura intermedia fra i fatti e le norme applicabili, senza confini rigidi. Ne discende, per quanto più interessa ai fini di questo studio, come la transazione amministrativa e la transazione di diritto comune appartengano al medesimo 'tipo' – in forza degli elementi di somiglianza già individuati – e che, in quanto tali, possano essere ricondotti alla fattispecie legale contemplata dall'art. 1965 c.c., salve le opportune differenziazioni in ordine a specifici aspetti della disciplina di riferimento, coerenti con quanto indicato dall'art. 1, comma 1 bis, della l. n. 241/1990. Sull'elasticità della tipizzazione e della elaborazione del tipo negoziale da parte dei singoli operatori, anche in vista della sua riconduzione alla disciplina legale di riferimento, cfr. per tutti C. BEDUSCHI, *op. cit.*, 141 ss.

to avvenuto in Germania con il § 55 *VwVfG* o in Francia con l'art. 423-1 del *Code des relations entre le public et l'administration*¹⁰¹.

Questo studio ha dimostrato come l'assenza di una codificazione generale non implichi, di per sé, una lacuna dell'ordinamento, essendo sempre possibile individuare la disciplina dell'istituto sulla base delle previsioni del Codice civile e delle singole leggi speciali. Si reputa, tuttavia, che una codificazione della transazione amministrativa potrebbe essere utile soprattutto al fine di aumentare il livello di pubblicità e di trasparenza dell'operazione transattiva, come pure allo scopo di legittimare ulteriormente l'attività negoziale della p.a. mediante la partecipazione alle trattative di tutti i cointeressati o controinteressati¹⁰².

Si tratterebbe, in altri termini, di dare all'operazione transattiva una struttura giuridica maggiormente definita, tramite la previsione di obblighi di comunicazione dell'apertura delle trattative, una più netta scansione dell'attività istruttoria e decisoria e, non ultima, un'espressa disciplina del rapporto fra contratto di transazione e successivi atti amministrativi emanati in esecuzione del programma stabilito dalle parti¹⁰³.

Non è dubbio che, attraverso l'ipotizzata disciplina della procedura transattiva, si rischierebbe di ingessare l'operazione, ma pare al contempo irrinunciabile l'esigenza di rafforzare anche rispetto a questo tipo di attività le garanzie sottese alla disciplina dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990¹⁰⁴. La stessa disciplina generale conferma come tali garan-

¹⁰¹ Si rinvia *supra*, cap. III, par. 2 e 3.

¹⁰² Sul punto, anche in riferimento al problema dell'apertura del procedimento alla posizione di terzi potenziali controinteressati, cfr. L. DE LUCIA, *Il provvedimento*, cit., 111 ss. e 158 ss. Si tratta, peraltro, di una tesi già profilata da M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., 1437, dove incisivamente si accennava alla necessità di concepire l'azione amministrativa alla stregua di un procedimento finalizzato a garantire una "legalità-giustizia", dando vita «ad un giusto e *originale*» assetto di interessi (corsivo aggiunto).

¹⁰³ Un possibile esempio è rappresentato dalle previsioni dell'art. 306 *bis* del Codice dell'ambiente, su cui cfr. *supra*, cap. II, par. 2, e IV, par. 6.

¹⁰⁴ L'introduzione di una specifica disciplina è auspicata anche dal punto I.3 dell'appendice alla raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa, che suggerisce ai legislatori nazionali di «provide either for their institutionalisation or their use on a case-by-case basis, according to the decision of the parties involved».

zie siano specificamente declinate in rapporto agli accordi procedurali e di programma, nei termini desumibili dagli artt. 11 e 15 della stessa l. n. 241/1990. Nulla impedirebbe, pertanto, di individuare una disciplina di riferimento anche per la transazione amministrativa, dando ad essa una struttura unitaria attualmente pregiudicata dalla frammentazione delle fonti in materia¹⁰⁵.

Non meno delicate sono le questioni inerenti alla giurisdizione in materia di transazioni amministrative, che, nel corso di questo studio, sono state affrontate in conformità all'attuale sistema del riparto fra g.a. e g.o., in larga parte debitore delle originarie previsioni dell'art. 2 della l. n. 2248/1865, all. E, oltre che coerente con i principi stabiliti dagli artt. 24 e 103 Cost.¹⁰⁶.

È sin troppo agevole notare come l'attuale riparto crei una serie di complicazioni anche nella materia in esame, costringendo interpreti ed operatori ad individuare, di volta in volta, i limiti della giurisdizione ordinaria e amministrativa, in rapporto alla qualificazione dei singoli atti che compongono la fattispecie transattiva. Le soluzioni proposte in questo scritto sono coerenti con la specifica qualificazione attribuita al negozio, ma evidenziano gli inconvenienti e le incertezze derivanti dal riparto: basti l'esempio del regime degli atti attraverso cui la p.a. sceglie di transigere, dello stesso programma transattivo, o, ancora, degli atti esecutivi della transazione¹⁰⁷.

Per evitare tali inconvenienti, una soluzione potrebbe essere rappresentata dall'attribuzione di alcune controversie alla giurisdizione esclusiva del g.a., attraverso un intervento del legislatore comunque tenuto a rispettare gli stringenti limiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁰⁸.

In tale direzione vanno anche le tesi – qui criticate – che hanno tentato di delineare la figura degli accordi procedurali con funzione

¹⁰⁵ Per le esemplificazioni inerenti alla frammentazione della disciplina si rinvia *supra*, cap. II, par. 1 e 2, cap. IV, par. 6, e cap. V, par. 3, 4, 5, 6.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, cap. V, par. 5.

¹⁰⁷ Cfr., anche a questo riguardo, *supra*, cap. V, par. 2 e 5.

¹⁰⁸ Per questi aspetti, anche in riferimento agli orientamenti della Corte Costituzionale circa i limiti del potere di creare nuove 'materie' di giurisdizione esclusiva, cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione*, cit., 171 ss.

transattiva: ricondotta la fattispecie all'art. 11 della l. n. 241/1990 sarebbe infatti agevole devolvere le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del g.a., ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2), c.p.a.¹⁰⁹

Nel momento in cui non si è condiviso tale tentativo di qualificazione sostanziale del fenomeno, le conseguenze sul piano processuale sono risultate inevitabili, ancorché difficilmente accettabili sul piano pratico, oltre che per i loro riflessi sulla certezza della disciplina del fenomeno. Sul piano della politica del diritto, tuttavia, proprio i costi della soluzione proposta in aderenza alla disciplina positiva vigente sembrano fornire utili argomenti per ipotizzare l'introduzione di un'espressa disciplina in materia.

Un'ultima questione su cui si reputano opportuni ulteriori approfondimenti, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, attiene alla configurazione della transazione come specifica tecnica di *a.d.r.*, ed alla necessità di armonizzare la sua disciplina con quella di altre tecniche di composizione autonoma della lite, rappresentate principalmente dalla conciliazione e dalla mediazione¹¹⁰.

È noto come le *a.d.r.* siano state oggetto di una serie di interventi di riforma e di riflessioni condotte in materia soprattutto in ambito privatistico, mentre il dibattito attorno alla diffusione delle *a.d.r.* nel diritto amministrativo, benché caratterizzato da interventi autorevoli, non sembra essersi finora concretizzato in percorsi di riforma idonei a definire in termini soddisfacenti la rilevanza stessa del fenomeno¹¹¹.

Nel corso degli ultimi decenni, l'ordinamento italiano sembra essere rimasto in buona parte indifferente alle indicazioni contenute nella raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa e ribadite in ulteriori

¹⁰⁹ Coerentemente con le premesse della tesi espressa, cfr. soprattutto G. GRECO, *Contratti e accordi*, cit., 253, almeno con riferimento alle c.d. transazioni di diritto pubblico, rientranti nel tipo legale dell'art. 11 della l. n. 241/1990. Anche aderendo a questa ricostruzione, tuttavia, resterebbero devolute al g.o. le controversie nascenti da transazioni su questioni puramente patrimoniali.

¹¹⁰ Sul punto, sia concesso rinviare un'ultima volta ad A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r.*, cit., 1203 ss.

¹¹¹ Per quanto concerne i percorsi di riforma avviati in ambito civile e commerciale, cfr. gli atti della Commissione di studio istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia con d.m. 7.3.2016.

studi della Cepej, dai quali emerge come l'efficienza complessiva dei rapporti fra amministrazione, cittadini ed imprese passi anche attraverso una ridefinizione delle garanzie preprocessuali assicurate a fronte di eventuali disfunzioni amministrative¹¹².

In ordine ai rapporti fra mediazione e transazione, andrebbero effettuati specifici approfondimenti sulla possibilità di favorire la composizione negoziale della lite mediante l'intervento di un terzo soggetto in grado di guidare e facilitare il superamento della controversia, ferma restando l'autonomia delle parti nella definizione dei dettagli del programma transattivo¹¹³.

Sarebbe poi opportuno consentire alle parti una soluzione transattiva della controversia nel corso dello stesso procedimento amministrativo o nelle fasi iniziali del processo, anche attraverso l'intervento facilitatore del giudice¹¹⁴, cui attribuire eventuali poteri di supervisione dell'attività delle parti¹¹⁵.

¹¹² Come ricordato *supra*, cap. III, par. 1, nel 2007, la Cepej ha elaborato le linee guida inerenti all'implementazione della raccomandazione 2001(9). Un recente *report* del 2018, disponibile presso il sito internet della stessa Cepej, ha tuttavia evidenziato lo scarso impatto della disciplina. Nella maggior parte degli Stati, infatti, le linee guida avrebbero avuto impatto modesto, se non assente. Si è inoltre rimarcata l'assenza di dati relativi al numero di controversie amministrative effettivamente risolte attraverso il ricorso alle *a.d.r.*

¹¹³ Secondo le linee guida Cepej del 2007, l'efficacia della composizione negoziale delle controversie amministrative dipende anche dalla neutralità dei soggetti che operano quali mediatori o facilitatori: si è precisato, al punto 31 delle linee guida, come al fine di assicurare l'uguaglianza, l'imparzialità ed il rispetto dei diritti delle parti in conflitto, i mediatori ed i facilitatori «should not be permanent or temporary public officers or employees».

¹¹⁴ In tal senso, cfr. anche il punto 24 delle linee guida Cepej del 2007, secondo il quale i giudici «should have the power to recommend alternatives to litigation, namely conciliation, mediation and negotiated settlement, and arrange information sessions. It is important therefore that these alternatives are available, either by the establishment of court annexed schemes or by directing parties to lists of neutrals».

¹¹⁵ La soluzione sarebbe conforme con quanto suggerito dal punto I.3.iv della raccomandazione 2001(9) del Consiglio d'Europa, secondo il quale «in all cases, the use of alternative means should allow for appropriate judicial review which constitutes the ultimate guarantee for protecting both users' rights and the rights of the administration».

CONCLUSIONI

Le esperienze nel processo civile e nel processo del lavoro potrebbero fornire utili raffronti per una comparazione infraordinamentale, fermo restando l'obiettivo di fondo di perseguire, anche attraverso la transazione, un maggiore coordinamento fra attività amministrativa e soluzione dei conflitti ad essa riconducibili¹¹⁶.

¹¹⁶ Potrebbero essere rivisitate, in tal senso, le ancora attuali pagine di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., 1440 ss.

INDICE DEI PRINCIPALI ARGOMENTI TRATTATI

** * **

In numeri romani sono indicati i *Capitoli*, in numeri arabi i *Paragrafi* di riferimento, comprensivi delle note.

Accertamento

- contratto di: I.5;
- efficacia: II.1; II.2;
- e incertezza: II.1; V.3;
- funzioni amministrative di: V.3;
- e transazione: II.1; IV.7;

A.d.r.

- concetto: I.4; I.5;
- matrici culturali: I.1; I.2; I.5; II.1;
 - negli Stati Uniti: III.5;
- tipologie: I.4; I.5;
- nel diritto civile: I.4; I.5; II.1;
- e amministrazione: I.4;
- e plea bargaining: V.3;
- ed efficacia dell'azione amministrativa: I.4; VI.3;
- e giustizia amministrativa: I.4;
- e rimedi stragiudiziali: I.4.;
- e transazione: I.5;
- e Ue: III.6;
- e Consiglio d'Europa: III.1;
- appropriatezza: II.6; V.2;
- e riforme: VI.5;

Autonomia

- contrattuale: II.1; IV.4; IV.5; IV.7; VI.2;
- pubblica: IV.4; IV.5; IV.7; VI.2;
- e posizione delle parti in conflitto: II.3; IV.4; IV.5; IV.7; VI.2;
- e posizione della p.a.: II.3; IV.4; IV.5; IV.6; IV.7; VI.2;
- e capacità giuridica generale: IV.4; IV.5; IV.6; VI.2;
- e capacità giuridica della p.a.: IV.4; IV.5; IV.6;
- e autoritatività: I.2.; IV.4; IV.5; IV.6;
- ed efficacia suppletiva della transazione: IV.6;
- e attività amministrativa:
 - in senso soggettivo: I.2;
 - in senso oggettivo: I.2;

Atti amministrativi

- e programmazione: IV.7; VI.3;
- e autolimita della p.a.: IV.7;
- esecutivi: I.5; III.3; IV.7;

- e transazione: I.5; II.3; III.2;
 - e adempimento della: V.4; V.5;
- tipicità: II.5; IV.2; V.2;
- nominatività: II.5; IV.2; V.2;
- presupposti: V.2;
 - e principio di legalità: II.3; IV.7; VI.3;
 - e predeterminazione normativa della fattispecie: IV.7; VI.3;
- e atti unilaterali di diritto privato: V.2;

Attività amministrativa

- concezione: I.2;
- disciplina giuridica: I.2; V.2; VI.1;
- e pluralità degli strumenti di azione: I.2; VI.1; VI.2;
- correlazioni con il regime giuridico: I.2; V.1; V.2; VI.1; VI.1;
- di diritto amministrativo: I.2; II.2; II.3; V.2; V.3; V.4; V.5; VI.1; VI.2;
- di diritto comune: I.2; II.2; II.3;
- di diritto privato: I.2;
 - concezione classica: IV.2; IV.3;
 - art. 1 comma 1 bis, l. n. 241/1990: I.5; II.3; V.1; V.2;

Autotutela amministrativa

- e conflittualità giuridica: I.4; I.5;
- ed esecuzione forzata: I.4; I.5;
- e accordi procedurali: I.4;
 - e autotutela consensuale: I.4; II.2; IV.2;
 - con funzione transattiva: I.4; IV.2;
- ed esecutorietà: I.4;
- e atti amministrativi con funzione transattiva: IV.2;
- e atto confermativo transattivo: IV.2;
 - sulla transazione: V.4;

Conflittualità amministrativa

- e teorie del conflitto: I.1;
 - nella sociologia: I.1;
 - nella teoria dell'ordinamento giuridico: I.1;
 - e legalità amministrativa: I.1;
- nozione: I.2;
 - concezione normativa della: I.2;
- e conflittualità economica: I.2; I.3;
 - e pluralismo amministrativo: I.2; I.3; IV.7;
- e lite: I.3;
 - rilevanza ai fini della nozione di transazione: I.3, II.2, II.3; III.2, III.3; III.4; V.2;

- e tecniche di composizione della: I.2; I.4; II.2; II.3;

Consensualità amministrativa

- e autoritatività: IV.2; II.5;
 - e accordi: I.4; IV.2; IV.3;
 -- in funzione transattiva: I.4, II.2; IV.3; IV.6;
 - e contratto: II.2; II.3; IV.2; IV.3; IV.4; IV.5;
 - e teoria del contratto di diritto pubblico: III.3; III.3; IV.2; IV.3; IV.5;
 -- nell'ordinamento tedesco: III.3;
 - e convenzioni pubblicistiche: IV.3; IV.4; V.2;
 - e transazione: I.4; I.5; II.2; II.3; II.4; II.5;
 - regime giuridico: II.3; II.4; II.5; IV.2; IV.3; IV.4; V.2;
 -- e diritto privato: I.5; IV.2; IV.3; IV.4; V.1; V.2;
 --- e art. 1, comma 1 bis, l. 241/1990: I.5; II.3; V.1; V.2;
 - e interessi pubblici: II. 2; II.3; IV.2; IV.3; IV.4; IV.7; V.1; V.2;
 -- funzionalizzazione del contratto: II.2; II.3; III.3; IV.2; IV.3; IV.4; IV. 5; IV.6; IV.7; V.2; V.3; VI.1; VI.1; VI.3;

Contratti della p.a.

- e transazione: I.5; II.2; II.3; IV.4; IV.5; IV.6;
 -- la transazione amministrativa come contratto: II.2; II.3; IV.5;
 - patrimonialità: II.3; IV.5;
 - causa: II.3;
 - rilevanza dei motivi: II.3; V.2; V.3;
 - regime: II.3;
 - tutela giudiziale relativa all'esecuzione dei: II.5; V.5;
 - trattativa privata: V.2;
 - e controlli contabili: II.5; V.7;
 - discipline speciali: II.2; II.3; II.5;
 -- Codice contratti pubblici: II.2; IV.6;
 -- Codice dell'ambiente: II.2; IV.6;
 -- diritto della navigazione: II.2;
 -- diritto tributario: II.2;

Diritto amministrativo

- concezioni del: I.4; I.5;
 - disciplina speciale: I.4; I.5; II.3;
 -- incidenza del diritto privato: I.4; I.5;
 - rapporti con il diritto privato: I.4; I.5; II.3; IV.4; IV.5; V.1;

- e attività negoziale della p.a.:
I.4; I.5; II.2; II.3; II.5; IV.2,
IV.3; IV.4; IV.5; V.1;

- e contratti della p.a.: I.4; I.5;
II.2; II.3; II.5; IV.2, IV.3; IV.4;
IV.5; V.1;

-- incidenza nei: I.5; II.2; II.3;
IV.2, IV.3; IV.4; IV.5; V.1;

Diritto privato

- e diritto pubblico: I.2; I.4; I.5;
II.3; IV.2; V.1;

-- e diritto amministrativo: I.2;
I.4; I.5; II.3; IV.2; V.1;

-- e concezioni del diritto
amministrativo: I.4; I.5; IV.2;
IV.3; V.1;

-- e concezioni evolutive del
diritto dei privati: V.1;

- e organizzazione pubblica:
I.2; I.5; IV.2;

- e attività amministrativa: I.2;
I.5; IV.4; IV.5; VI.1; VI.2;

- e attività negoziale della p.a.:
I.2; I.4; I.5; II.2; II.3; IV.4;
IV.5; VI.1; VI.2;

-- e funzionalizzazione dei
contratti: II.2; II.3; IV.4; V.2;
V.3; V.4; VI.2; VI.3;

-- e art. 1, comma 1 bis, l. n.
241/1990: I.4; I.5; II.3; IV.4;
IV.5; V.1; V.2; V.3; V.4; VI.2;
VI.3;

-- e rapporti con la disciplina
speciale: I.4; I.5; II.2; II.3;

-- nella disciplina della transa-
zione: I.4; II.2; II.3; IV.4; IV.
5; IV.6;

Discrezionalità amministrativa

- e conflittualità giuridica: I.1;

- e autonomia negoziale: II.3;
II.4; II.5; V.2;

- e consensualità: II.3; II.4; II.5;
V.2; IV.3; V.2;

- e accordi procedurali: I.3;
IV.3;

-- in funzione transattiva:
IV.3;

- e determinazione a transigere:
II.4; II.5; V.2;

- e interessi privati: II.3; II.4;
II.5; V.2;

- nella transazione: II.3; II.4;
II.5; V.2;

-- rilievi critici: V.2

Formalismo negoziale

- nei contratti della p.a.: II.2;
II.3; II.4; II.5; V.2;

-- nella transazione: II.2; II.3;
II.4; II.5; V.2;

-- e operazione transattiva:
IV.4; IV.5; V.2;

-- nelle dichiarazioni della
p.a.: IV.4; IV.5; V.2;

-- e rilevanza dei motivi: II.3;
V.2;

- e motivazione: V.2;
- e trasparenza: IV.4; IV.5; V.2;
- e pubblicità: IV.4; IV.5; V.2;

Giurisdizione

- concezioni generali della: I.4; II.5; III.7; IV.7; VI.5;
- limiti della: I.4; II.2; III.7; IV.7; VI.5;
- riserva di: I.5; III.2; III.5; III.6; IV.2;
- crisi del: VI.3; VI.5;
- e. a.d.r.: I.4; VI.3;

Giustizia amministrativa

- e a.d.r.: I.4;
- e transazione: I.4;
- e diffusione della transazione:
 - in Francia: III.2;
 - in Germania: III.3;
 - in Spagna: III.4;
 - in Inghilterra: III.5;
 - negli Stati Uniti: III.5;
 - nell'Ue: III.6;
- efficienza della: I.4; I.5;
- e iniziative del Consiglio d'Europa: III.6;
 - e ruolo delle a.d.r.: I.4; II.2;
 - e ruolo della transazione: I.4; II.2; II.6; III.7; IV.1;

Incertezza sistemica

- e concetto generale di incertezza: I.3; II.1; II.3; III.3;
- rilevanza: II.3; V.2;
- requisiti: V.3;
 - contrasti giurisprudenziali: V.3;
 - incertezza normativa V.3;
 - complessità della situazione di fatto: V.3;
- e transazione amministrativa: II.3; III.3;
 - differenze rispetto al diritto comune: II.3; III.3;
- nozione: II.3;
- e posizione dei funzionari pubblici: II.3;
 - presupposti: II.3; III.3;
 - e principio di legalità: II.3;
 - e efficacia del contratto: II.1; II.3; IV.7;
 - e amministrazione di risultato: VI.3;
- cause: I.2;
- e calcolabilità giuridica: IV.7;
- e incertezza delle regole: I.1; IV.7;
- e crisi del diritto: I.1; IV.7;
- e crisi del positivismo giuridico: I.1; IV.7;
- e struttura pluralistica dello Stato amministrativo: I.1; IV.7;
- e ordinamenti multilivello: I.1; IV.7;

Legalità

- principio di: I.1; II.3; III.2; III.3; III.4; III.6; IV.7;
- crisi della: I.1; III.3;
- e incertezza sistemica: I.1; II.3; III.3; IV.7;
- e giurisdizione: IV.7;
- legalità indirizzo: IV.7;
- legalità come limite: IV.7;
- legalità come risultato: IV.7;
- legalità e pluralismo amministrativo: I.1; II.2; IV.7;

Lite

- concetto di: I.3; III.2; III.3; III.4;
- nozioni di: I.3;
- e res litigiosa: I.3;
- e res dubia: I.3;
- e processo: I.3;
- utilità del concetto: I.3;
- reciproche pretese: I.3;
- e conflittualità giuridica: I.3;
- e sociologia del conflitto: I.1;
- e teoria ordinamentale: I.1;
- e conflittualità amministrativa: I.2;
- e rapporti amministrativi multi-polari: I.2;
- e riserva di giurisdizione: I.4;
- e a.d.r.: I.4;
- e transazione: I.3; I.4;

- e transazione amministrativa: I.3; I.4;
- e autotutela: I.4;

Operazione transattiva

- nozione: IV.4;
- sua utilità: IV.4;
- e decisione amministrativa: IV.4;
- e dichiarazione di intenti: V.2;
- e discrezionalità amministrativa: IV.4; IV.5; IV.6; V.2;
- e operazione amministrativa: IV.4; IV.5;
- e operazione economica: IV.4;
- e procedimento amministrativo: IV.4;
- e partenariato pubblico privato: IV.4;
- e fonti di riferimento: IV.4;
- t.u. Cons. Stato: IV.4;
- e pareri: IV.4;
- t.u. Avvocatura di Stato: IV.4;
- e pareri: IV.4;
- t.u. enti locali: II.2; IV.4;
- e competenze: IV.4;
- e contabilità: II.5; V.2; V.7;
- e debiti fuori bilancio: V.2; II.5;
- Codice dei contratti pubblici: II.2; IV.4;

-- Codice dell'ambiente: II.2;
IV.4;

Organizzazione amministrativa

- in forma privatistica: I.2;
- incidenza sull'attività: I.2;
IV.4;
- e pluralismo: I.1.; I.2; IV.4;
- e partecipazione del privato:
I.2; IV.4;
- e consensualità amministrativa:
I.2; I.4; IV.4;

Procedimento

- nozione generale di: IV.4;
- rilevanza nel diritto privato:
IV.4; V.2;
- nell'attività contrattuale della
p.a.: IV.4; V.2;
- e decisioni amministrative:
IV.4; V.2;
- e responsabilità funzionale
della p.a.: V.2;
- e operazione amministrativa:
IV.4; V.2;
- procedimento transattivo:
IV.4; V.2;
-- fasi del: II.4;
-- nella prassi: II.4;
-- trattativa privata: V.2;
-- disciplina legale: IV.4; V.2;
-- limiti della: II.6; IV.1; IV.4;
V.2;

Transazione

- nozione: I.5; II.1;
- origini storiche: I.5; II.1;
- e altri contratti: I.5; II.1;
-- e negozio di accertamento:
I.4; II.1;
-- e contratto normativo: I.4;
II.1;
-- e collegamento negoziale:
I.4; II.1;
- e arbitraggio: II.1;
- e programma negoziale: I.4;
II.1;
- natura: II.1;
-- contrattuale: II.1;
-- non contrattuale: II.1;
- causa: II.1; II.3;
-- e transazione mista: II.1;
II.3;
-- in concreto: II.1; II.3;
- motivi: II.1; II.3; V.2;
-- irrilevanza dei: II.1; II.3;
V.2;
- reciproche concessioni: I.5;
II.1; II.3; II.4;
oggetto: II.1; II.2; II.3; V.3;
- disponibilità dei diritti: II.1;
II.3; II.4; V.3;
-- e interessi legittimi: II.3;
II.4; II.5; V.3;
-- e interesse ad agire: II.1;
-- e interessi collettivi: V.3;
-- e interessi diffusi: V.3;
-- e interessi della p.a.: II.2;
II.3; II.4; II.5; V.3;

- e interessi pubblici: II.2; II.3; II.4; IV.4; IV.5; IV.7; V.3;
- validità: II.1; II.3
- efficacia: II.1; II.3;
 - dichiarativa: II.1;
 - costitutiva: II.1;
 - preclusiva: II.1;
 - temporale: II.1;
 - fra le parti: II.1; II.3;
 - verso terzi: II.1; II.3;
- e novazione: II.1; II.3

Transazione amministrativa

- e tipo codicistico: I.5; II.1; II.3; V.2; V.3; VI.2; VI.4;
- e discipline speciali: II.2; II.3; IV.6;
 - frammentazione delle: II.6; IV.1; IV.6;
 - nel Codice dei contratti pubblici: II.2; IV.6;
 - nel Codice dell'ambiente: II.2; IV.6;
 - nel diritto sanitario: II.2;
- necessità di una ricostruzione unitaria: II.6;
- e metodo tipologico: I.5; II.1; II.3; II.6; VI.4;
- ambito applicativo: II.2; II.3; IV.6; V.2; V.3;
- presupposti:
 - incertezza: II.3; IV.6; V.2;
 - lite: I.3; II.3; V.2;

- limiti: II.3; III.2; III.3; III.4; III.5; III.6; V.3;
 - derivanti dal diritto Ue: II.3; II.5; III.6; V.3;
 - a tutela della concorrenza: II.3; III.6;
 - e aiuti di Stato: III.6;
- e consensualità amministrativa: I.4; IV.2; IV.3; IV.4; IV.5; IV.6; V.1; V.2; V.3;
- nella prassi: II.4;
 - espropriativa: II.4;
 - della gestione dei beni pubblici: II.4;
 - urbanistica: II.4;
 - concetto: II.3; V.2; V.3;
- concessioni reciproche: II.3; II.4; V.3;
 - sinallagmi: II.3; II.4; V.3;
- causa: II.3; V.3;
 - e conversione del contratto: V.3;
- transazione mista: II.3; II.4;
- motivi: II.3; II.4; V.3;
- convenienza economica: II.V; II.5;
 - e indebiti arricchimenti a danno della p.a.: II.3;
- validità: II.3; V.4;
- annullabilità: II.3; V.4;
- nullità: II.3; V.4;
 - e norme imperative: II.3; V.3; V.4;
- efficacia: II.3; V.4;

- fra le parti: II.3; V.4;
- nei confronti di terzi: II.3; V.4;
- transazione novativa: II.3; V.4;
- efficacia suppletiva: IV.7; V.4;
- e teoria del contratto normativo: IV.7;
- e teoria ordinamentale: IV.7;
- e crisi della legalità: IV.7;
- e funzione regolatoria del contratto: II.3; IV.7;
- inefficacia sopravvenuta: V.4;
- e risoluzione: II.3; V.4;
- e recesso: II.3; V.4;
- esperienze straniere:
 - in Francia: III.2;
 - in Germania: III.3;
 - in Inghilterra: III.4;
 - negli Stati Uniti: III.4;
 - in America Latina: III.1;
 - in Cina: III.1;
- nell'Ue: III.6;
- e sue peculiarità: III.6;
- e Consiglio d'Europa: III.1;
- e figure affini: II.2;
- accordi sulle riserve: II.2
- arbitraggio: II.2;
- impegni: II.2; IV.6;
- baratto amministrativo: II.2; IV.6;
- transazione fiscale: II.2; IV.6;

- arbitrato rituale: I.4; I.5; II.1; V.3
- arbitrato irrituale: I.4; I.5; II.1; V.3;

Tutela giudiziale

- verso la p.a.: I.4; V.5;
- rinuncia alla: V.3;
- effettività della: I.5; VI.2; VI.3;
- e transazione: I.4; II.5; V.5;
- e transazione amministrativa: II.5; V.5;
- e rimedi contrattuali: II.5; V.4; V.5;
- azione di nullità: II.5; V.4; V.5;
- azione di annullamento: V.4; V.5;
- azione di risoluzione: V.4; V.5;
- liti con pluralità di parti: V.5; V.6;
- e transazione: V.5; V.6;
- e tutela del terzo: II.5; IV.4; V.5;
- in liti soggettivamente complesse: V.6;
- e riparto di giurisdizione: II.5; V.4; V.5;
- giurisdizione ordinaria: II.5; V.4; V.5;
- giurisdizione amministrativa: II.5; V.4; V.5;

- giurisdizione esclusiva:
II.5; V.5;
- e giurisdizione contabile: II.5;
V.7;
- e danno indiretto: V.7;
- e bilanciamento costi-
benefici: V.7;
- sindacato sulle transazioni:
II.5; V.5; V.6; V.7;
- rilevanza del sindacato: II.5;
V.5; V.6; V.7;
- rapporti con i controlli con-
tabili: II.5; V.2; V.7;
- riserva di giurisdizione: III.3;
VI.3;
- assenza di: I.5; III.3; VI.3;
- e transazione: VI.3;
- nel diritto Ue: III.6.

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

** * **

- AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002;
- AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2008;
- AA.VV., *Un progetto di riforma delle a.d.r.*, Napoli, 2017;
- ACHILLE D., *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017
- ACHTENBERG N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, II ed., Monaco, 1986;
- ACQUARONE L., MIGNONE C., *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987;
- ADAMS J.R., *Using A.d.r. Principles to Resolve Environmental Disputes: How Mediated Settlements Have Helped Struggling CERCLA Survive*, in *Pep-perdine Disp. Res. Law Jou.*, 2008;
- AICARDI N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997;
- AINIS M., FIORILLO M., *I beni culturali*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, II, Milano, 2003;
- ALBANESE A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2012;
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003;
- ALBERT H., *Per un razionalismo critico*, trad. it. Bologna, 1973;
- ALEE T.A., HUTH P.K., *Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover*, in *American Political Science Review*, 2006;
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, II ed. Milano, 1956
- ALESSI R., *Osservazioni intorno ai limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1954;
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953;
- ALHAMA F., *Transaction et renonciation à l'exercice du recours pur excès de pouvoir*, in *R.F.D.A.*, 2017;

- ALLARA M., *L'eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959;
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996;
- ALLENA MA., *La transazione nell'ordinamento tributario*, Padova, 2017;
- ALLENA MI., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017;
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *ID.*, *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957;
- ALPA G., *Prassi*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIV, Torino, 1996;
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012;
- ALPA G., *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017;
- AMAN A.C., *Informal Agencies Actions and U.S. Administrative Law – Informal Procedure in a Global Era*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994;
- AMBRIOLA V., MARTINI F., *Gestione e fruibilità del patrimonio informativo pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2002;
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999;
- AMORTH A., *Enrico Guicciardi*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1999;
- AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1999;
- AMORTH A., RANELLETTI O., *Atti amministrativi*, in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999;
- ANCA G.M., *Pena, applicazione su richiesta delle parti*, in *Dig. Disc. Pen.* IX, Torino, 1995;
- ANDREWS N.H., *Mistaken Settlements of Disputable Claims*, in *Lloyd's Mar. Comm. Law Quart.*, 1989;
- ANGIULI A., *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986;
- ANTONELLI V., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007;
- ANTONIOLI M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002;

- ANTONIOLI M., *Consensualità e tutela ambientale tra transazioni 'globali' e accordi di programma*, in *Dir. Amm.*, 2012;
- APERIO BELLA F., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017;
- APPEL I., *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, in *VVDStRL*, 2008;
- ARANGIO F., *Transazione (postilla agg.)*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 2005;
- ARISTOTELE, *Politica*, trad. it. Milano, 2002;
- ASCARELLI, T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1924;
- ASCARELLI T., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952;
- ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959;
- ASCARELLI, T. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;
- ARENA G., BOMBARDELLI M., GUERRA M.P., MASUCCI A., *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001;
- ASTONE F., *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007;
- ATHANASIADOU N., *Der Verwaltungsvertrag im Eu-Recht*, Tübingen, 2017;
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;
- AUBERT V., *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, in *Journal of Conf. Res.* 1963;
- AUBY J.M., *La transaction en matière administrative*, in *A.J.D.A.*, 1956;
- BACCIGALUPI M., *Note sull'errore nella transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949,
- BAGOLINI L., *La scelta del metodo nella giurisprudenza (Dialogo tra giurista e filosofo)*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1957;
- BALDI M., *Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Urb. e App.*, 2016;
- BALESTRA L., *A proposito delle categorie del diritto civile*, sempre in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015;
- BARCELLONA M., *L'«idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997;
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;
- BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974;

- BARENNE M., *The Role of the Settlement Procedure and Leniency Programme in the European Commission's Fight Against Cartels*, in TOMLJENOVIĆ V., BODIROGA-VUKOBRAT N., BUTORAC-MALNAR V., KUNDA I., a cura di, *Eu Competition and State Aid Rules*, Berlino, 2017;
- BARETTONI ARLERI A., *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966
- BARTOLINI A., *Il contenzioso in materia di contratti pubblici*, in SASSANI B., VILLATA R., a cura di, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;
- BARTOLINI A., PIOGGIA A., *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in RENNA M., SAITTA F., a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- BASSI F., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969;
- BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992;
- BASSI N., *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006;
- BATTAGLIA, S. a cura di, *Grande dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1964;
- BATTINI F., *Il concetto di contabilità pubblica come presupposto dell'attività consultiva delle Sezioni di controllo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011;
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013,
- BEBCHUK L.A., *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *J. Ec.*, 1984;
- BEDUSCHI C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992;
- BELANDO GARÍN B., *La mediación administrativa: una realidad jurídica*, in LÓPEZ RAMÓN F., a cura di, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, 2015;
- BELANDO GARÍN B., *La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados*, in *Anuario de Justicia Alternativa*, 2014;
- BELLAVISTA M., *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999;
- BELLAVISTA M., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in PERFETTI L.R., a cura di, *Procedura, procedimento, processo*, Milano, 2010;
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999;

- BENEDETTI A., *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2011;
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002;
- BENVENUTI F., *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970;
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987,
- BENVENUTI F., *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996;
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006;
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006;
- BENVENUTI F., *Evoluzione dello Stato moderno*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006;
- BENVENUTI F., *Gli studi di diritto amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006;
- BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in ID., *Scritti*, IV, Milano, 2006;
- BERNARDINI S., *Gli insufficienti passi in avanti di una giustizia civile lumaca*, in Osservatorio sui conti pubblici, 2019;
- BERRUTI G., *Atti con pluralità di destinatari e sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988;
- BERTI G., *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1967;
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968;
- BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975;
- BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1980;
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988;
- BERTI G., *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994;

- BERTINI F., SCHEMBRI G., *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza: un menù di scelte per l'impresa*, in *Conc. Merc.*, 2008;
- BERTONE J., MAGGIOLINO M., *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. Soc.*, 2007,
- BETTERMANN K.A., *Das Verwaltungsverfahren*, in *VVDStRL*, 1959;
- BETTI E., *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932;
- BETTI E., *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Torino, 1960;
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977;
- BINGHAM L.B., NABATCHI T., SENGER J.M., JACKMAN M.S., *Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes*, in *Ohio State Jou. Disp. Res.*, 2009;
- BIFULCO R., *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in RECCHIA G., a cura di, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996;
- BIN R., *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011;
- BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva 'quantistica'*, Milano, 2013;
- BLASINI A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2018;
- BLIND J., *Die Voraussetzungen für den Abschluß verwaltungsgerichtlicher Vergleiche*, Tübingen, 1970;
- BLUMANN C., *La renonciation en droit administratif français*, Parigi, 1974;
- BOBBIO N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985;
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993;
- BOGDANDY VON A., *Founding Principles*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST, a cura di, *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford, 2009;
- BOILLAT P., LEYENBERGER S., *L'administration e l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil d'Europe*, in *RFDAP*, 2008 ;
- BOILLOT C., *La transaction et le juge*, Parigi, 2003;
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996;

- BOMBARDELLI M., *Il testo unico delle disposizioni sulla documentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001;
- BOMBARDELLI M., *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018;
- BONDY V., SUNKIN M., *Settlement in Judicial Review Proceedings*, in *Public Law*, 2009;
- BONETTI T., *Ipertrofia normativa e azione amministrativa nel governo del territorio: alcune considerazioni*, in *Scienze regionali*, 2016;
- BONK H.J., § 55 *VwVfG*, in STELKENS P., BONK H.J., SACHS M., *Verwaltungsverfahrgesetz*, IX ed., Monaco, 2018;
- BONONI A., *Contratto amministrativo*, in *Dig. It.*, III, Torino, 1898;
- BOQUERA OLIVER J.M., *Administracion pública y transacción*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1965;
- BORK R., *Der Vergleich*, Berlino, 1988;
- BOSCHETTI B., *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Conc. e Mercato*, 2013;
- BOVE M., *La mediazione delegata*, in *Riv. Arb.*, 2018;
- BOYER L., *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Parigi, 1947;
- BREMOND TRIANA L.M., *La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, 2013;
- BRECCIA U., *Le nozioni di tipico e atipico: spunti critici e ricostruttivi*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità dei contratti*, Milano, 1983;
- BRECCIA U., *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984;
- BRECCIA U., *Causa*, in ALPA G., BRECCIA U., LISERRE A., *Il contratto in generale*, Torino, 1999;
- BRIDGES L., MESZAROS G., SUNKIN M., *Judicial Review in Perspective*, II ed., Londra, 1995;
- BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996;
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001;
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012;
- BURROWS A., *Restitution of mistaken Enrichments*, in *Boston Un. Law Rev.*, 2012;

- BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010;
- BUSTILLO BOLADO R.O., *Convenios y Contractos Administrativos: Transacción, Aribtraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, II ed. Cizur Menor, 2004;
- BUTA G.M., *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017
- BUTERA A., *Transazione*, in *Dig. It.*, XVIII, Torino, 1925;
- CAIA G., *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989;
- CAIA G., *Diritto amministrativo e strumenti di diritto privato*, in AA.VV. *Giornate di studi in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 1997;
- CAIA G., *Gli arbitrati e la giurisdizione amministrativa*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2002;
- CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012;
- CALAMANDREI P., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928;
- CALLIES D.L., *The Use of Consent Decree in Settling Land Use and Environmental Disputes*, in *Stetson Law Rev.*, 1992;
- CAMA R., *La transazione sui debiti contributivi ed il difficile bilanciamento tra il favor per la soluzione concordata della crisi e la tutela dei diritti previdenziali*, in *Fallimento*, 2015;
- CAMERLENGO Q., *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003;
- CAMELLI M., *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Ann.*, Milano, 2012;
- CAMELLI M., DUGATO M., a cura di, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;
- CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937;
- CAMMEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, IV, 1900;
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1960;
- CAMPBELL E., *Relitigation in Government Cases: A Study of the Use of Estoppel Principles in Public Law Litigation*, in *Monash Un. Law Rev.*, 1994;

- CANEPA P., *Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., V, Torino, 1989;
- CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004;
- CANNADA BARTOLI E., *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958;
- CANNADA BARTOLI E., *In tema di trattativa privata*, in *Foro Amm.*, 1961;
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed. Milano, 1964;
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972;
- CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991;
- CANTUCCI M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941;
- CAPACCIOLI E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956;
- CAPACCIOLI E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo. I. Le fonti*, Padova, 1957;
- CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo: scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978;
- CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in ID., *Diritto e processo: scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978;
- CAPOGRASSI G., *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953;
- CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, II. ed., Milano, 1962;
- CAPOTOSTI R.A., *L'alea nella transazione*, in *Foro It.*, 1957;
- CAPOTOSTI R.A., *La res litigiosa come presupposto del contratto di transazione*, in *Foro It.*, 1958, IV;
- CAPPELLETTI M., a cura di, *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, 1981;
- CAPPELLETTI M., *Alternative Dispute Resolutions Processes within the Framework of the World-Wide Justice Access*, in *Mod. Law Rev.*, 1993;
- CAPUTI IAMBRENGHI V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979;
- CARANTA R., *Atto collettivo, atto plurimo e limiti del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giust. Civ.*, 1989;

- CARANTA R., *I contratti pubblici*, II ed. Torino, 2012;
- CARANTA R., *Espropriazione per pubblica utilità (procedimento)*, in *Enc. Dir., Agg.*, V, Milano, 2001;
- CARANTA R., *Administrative Tribunals e Courts in Inghilterra (e Galles)*, in FALCON G., B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015;
- CARAVITA B., *Interessi diffusi e collettivi (problemi di tutela)*, in *Dir. Soc.*, 1982;
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012;
- CARBONE A., *L'azione di condanna ad un fare: riflessioni sul processo amministrativo fondato su una pluralità di azioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018;
- CARBONE S.M., *Antritrust Commitments and Arbitration in European Law*, in *Riv. Arb.*, 2013;
- CARBONE V., *Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, in *Danno e Resp.*, 2011;
- CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, II ed., Torino, 2012;
- CARDILLO M., *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012;
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi. I. Schema teorico e qualificazioni*, Rimini, 1983;
- CARDI E., *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002;
- CARDILLO M., *La transazione fiscale*, Roma, 2016;
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962;
- CARIOTA FERRARA L., *Riflessioni sul contratto normativo*, in *ID.*, *Scritti minori*, Napoli, 1986;
- CARLEO A., a cura di, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017;
- CARLONI E., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2005;
- CARLONI E., *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. Amm.*, 2016;
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951;

- CARNELUTTI F., *Sulla causa della transazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1914;
- CARNELUTTI F., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928;
- CARNELUTTI F., *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1930;
- CARNELUTTI F., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1940;
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, III ed. Roma, 1951;
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1986;
- CAROLI CASAVOLA H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012;
- CARRESI F., *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953;
- CARRESI F., *Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958;
- CARUSO E., *Le dichiarazioni di intenti*, in REALMONTE F., a cura di, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996;
- CARVER T.N., *The Basis of Social Conflict*, in *Am. J. Soc.*, 1908;
- CASETTA E., *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987;
- CASETTA E., *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 283 ss.
- CASETTA E., *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, Milano, 1996
- CASCONE G., SIVILIA N., *Debiti fuori bilancio: evoluzioni normative, definitorie e giurisprudenziali*, in *Azienditalia*, 2014;
- CASSARINO S., *Approvazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958
- CASSATELLA A., *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e caratteri*, in *Dir. Form.*, 2004
- CASSATELLA A., *L'indennità di revoca ex art. 21 quinquies della l. n. 241/1990 fra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, in *Foro Amm. Tar*, 2006
- CASSATELLA A., *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. Tar*, 2006
- CASSATELLA A., *Ritiro di sovvenzioni e riparto di giurisdizione: le Sezioni Unite indicano la via... senza poi seguirla*, in *Dir & For.*, 2008,
- CASSATELLA A., *L'interesse collettivo: nuove distinzioni, vecchie perplessità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014,

- CASSATELLA A., *Note in materia di transazione ed atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015;
- CASSATELLA A., *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, in MALO M., MARCHETTI B., DE PRETIS D., a cura di, *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015;
- CASSATELLA A., *La rilevanza giuridica della proprietà industriale*, in MARCHETTI B., RENNA M., a cura di, *La giuridificazione*, Firenze, 2016;
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nello jus commune europeo*, in DELLA CANANEA G., CONTICELLI M., a cura di, *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione Europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, 2017;
- CASSATELLA A., *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018;
- CASSATELLA, A. *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018;
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969;
- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971;
- CASSESE S., *Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 1972;
- CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992;
- CASSESE S., *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995;
- CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996;
- CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in PASQUINI G., SANDULLI A., a cura di, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002;
- CASSESE S., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004;
- CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009;

- CASSESE S., *La storia, compagna necessaria del diritto*, in ID. *Diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010;
- CASSESE S., *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010;
- CASSESE S., *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in CASSESE S., SCHIERA P., VON BOGDANDY A., *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013;
- CASSESE S., *Lo Stato come problema storico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013;
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014;
- CASSESE S., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* Bologna, 2016
- CASSESE S., *Beyond Legal Comparison*, in BUSSANI M., HECKENDORN URSCHER L., a cura di, *Comparisons in Legal Development. The impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Ginevra, 2016;
- CASTIELLO F., *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993;
- CAVALLARO M.C., *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 2015;
- CAVALLINI C., *L'arbitrato interno in una prospettiva internazionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019;
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993;
- CAVALLO PERIN R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 2017;
- CENGIZ F., *Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime After Alrosa*, in *Eu. Comp. Jou.*, 2011;
- CERBO P., *Verbale e verbalizzazione (diritto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999;
- CERBO P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017;
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002;
- CERULLI IRELLI V., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in AA.VV. *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998;
- CERULLI IRELLI V., *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in CASSESE S., GUARINO G., a cura di, *Dallo Stato monoclasa alla globalizzazione*, Milano, 2000;

- CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002;
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modalità negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003;
- CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008;
- CERULLI IRELLI V., *Consenso e autorità negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C., a cura di, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010;
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;
- CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018;
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, XIII ed., Parigi, 2008;
- CHAVRIER G., *Réflexions sur la transaction administrative*, in *R.F.D.A.*, 2000;
- CHAYES A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harv. Law Rev.*, 1976;
- CHIODI G., *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in AA.VV. *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2015;
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965;
- CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Torino, 1996;
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005;
- CHIRULLI P., DE LUCIA L., *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018;
- CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990;
- CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000;
- CHITI M.P., *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001;

- CHITI M. P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011,
- CHITTY G., *A practical Treatise of Law of Contract*, II ed., Londra, 1803;
- C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Riv. Not.*, 2009;
- CICERO C., *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2010;
- CICERO C., *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2012;
- CICERO C., *La responsabilità precontrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. Giur.*, 2016;
- CINTIOLI F., *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda 2009*, Napoli, 2010;
- CINTIOLI F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in CINTIOLI F., DONATI F., a cura di, *Recenti innovazioni in materia antitrust*, Torino, 2008;
- CIOFFI A., *Provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016;
- CIOFFI C.B.N., *Classe concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008;
- CIPRIANI F., *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Il giusto processo civ.*, 2010;
- CIPRIANI F., *Storie di processualisti e di oligarchi: la procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991;
- CIRILLO G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1996;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in CERULLI IRELLI V., a cura di, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009;

- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989;
- CLARONI A., *Il trasporto pubblico locale. Funzione sociale e processi di riforma del settore*, Bologna, 2012;
- CLAVERO AREVALO M.F., *Posibilidades de transacción con la Administración local*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1954;
- CLAUDEL E., *Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence: Raison garder!*, in *Concurrences*, 2015;
- CLAY T., *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi «Justice du XXIe siècle»*, in *Sem. Jur.*, 2016;
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993;
- COHEN A.J., *Revisiting “Against Settlement”: some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, in *Fordham Law Rev.*, 2009;
- COLELLA P., *Transazione (dir. can.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- COLIZZI G., *Saggio analitico di giurisprudenza naturale e sociale*, V, Perugia, 1835;
- COLLINS D.A., *Settlement Agreements, Legal Information and the Mistake of Law Rule in Contract*, in *Northern Ireland Legal Quart.*, 2010;
- COLOMBO C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999;
- COMOGLIO L. P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000;
- COMPORTE G.D., *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010;
- COMPORTE G.D., *Il principio di unità funzionale*, in M. RENNA, F. SAIITA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- COMPORTE G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. It.*, 2012;
- COMPORTE G.D., *Responsabilità dell'amministrazione. Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. It.*, 2018;
- CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991;
- CONTESSA C., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016;
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991;

- CONTINI F., MOHR R., *Judicial Evaluation. Tradition, innovations and proposals for measuring the quality of court performance*, Saarbrücken, 2008;
- COOPER F.E., *Administrative Agencies and the Court*, Ann Arbor, 1951;
- COOPER R.M., *The Need for Oversight of Agency Policies for Settling Enforcement Actions*, in *Adm. Law Rev.*, 2007;
- COOTER R.D., ROBERT D., RUBINFELD D.L., *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*, in *J. Ec. Lit.*, 1989;
- CORAGGIO G., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988;
- CORDERO, F. *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006;
- CORLETTI D., *I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi*, in FALCON G., MARCHETTI B., *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015;
- CORSO G., *Autorizzazione di polizia*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987;
- CORSO G., *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993;
- CORSO G., *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2001;
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007;
- CORTESE F., *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato*, in MARCHETTI B., a cura di, *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013;
- COSER L.A., *Le funzioni del conflitto sociale*, trad. it. Milano, 1967;
- COSMAI P., *Il nuovo accordo bonario secondo il Codice degli appalti: iter e accorgimenti operativi*, in *Azienditalia*, 2016;
- COSTA D., *Contentieux administratif*, II ed., Parigi, 2014;
- COSTANTINO F., *La revoca del provvedimento*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016;
- COSTANZA M., *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978;
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981;
- CRAIG P., *Administrative Law*, VII ed., Londra, 2012;
- CRAIG P., *UK, EU and Global Administrative Law*, Cambridge, 2015;
- CRASWELL R., *Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising*, in *Mich. Law Review*, 1989;

- CREPALDI G., *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Dir. Amm.*, 2018;
- CRIFÒ G., *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, Milano, 1978;
- CROCCO D., *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012;
- CROSETTI G., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1984;
- CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi fra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012;
- CUVA A., *Conciliazione giudiziale ed indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, Padova, 2007;
- D'ADDA A., *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018;
- D'ADDA A., *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. Giur.*, 2017;
- DAHRENDORF R., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, trad. it. Roma-Bari, 1963;
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981;
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, I ed., Bologna, 1992;
- D'ALBERTI M., *Attività amministrativa e diritto comune*, in ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D., a cura di, *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, II;
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, II ed. Bologna, 2019;
- D'ALBERTI M., PAJNO A., *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in BESSONE M., a cura di, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996;
- DALEFFE G., SPACCAPELO C., *Le disposizioni processuali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007;
- DALFINO D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014;
- D'AMICO G., *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009;
- D'AMICO G., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014;

- D'AMICO G., *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.*, 2016;
- D'ANGELO A., *L'errore senza rimedio: la trama di un dialogo fra common law e civil law in tema di ignorantia iuris, pagamento indebito e difesa dello status quo*, Milano, 2006;
- D'ANGELO F., *Contratto ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*, in *Foro Amm.-CdS*, 2007;
- D'ANGELO G., *Accordi transattivi e giurisdizione esclusiva amministrativa*, in *Urb. e App.*, 2011;
- D'ANGIOLELLA R., *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione alternativa delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Riv. Arb.*, 2018;
- D'ANGIOLILLO P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 2009;
- DANOVÌ F., *Il tramonto della logica autoritativa del processo*, in DANOVÌ F., FERRARIS F., FRAGOMENI T., MANIACI A., MARCHESE A., *I patti preconflictuali*, Torino, 2019;
- D'AURIA G., *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana, oggi*, in *Pol. Dir.*, 1998,
- D'AURIA G., *Immigrazione (dir. amm.)*, in CASSESE S., diretto da, *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006;
- DANI M., *Il diritto europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013;
- DAUGHETY A.F., REINGANUM J., *Settlement*, in SANCHIRICO C.W., a cura di, *Procedural Law and Economics*, Cheltenham, 2012;
- DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. Padova, 1994;
- DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015,
- DEGENHART C., *Der öffentliche Abfindungsvergleich*, in *NWvZ*, 1982;
- DE GRAAF K.J., MARSEILLE A.T., TOLSMA H.D., *Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective*, in DRAGOS D. C., NEAMTU B., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlino-Heidelberg, 2014;
- DEL BONO F., *Dichiarazione riproduttiva: contributo alla dottrina del documento contrattuale*, Milano, 1948;

- DEL FEDERICO L., *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fall.*, 2008;
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000;
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000;
- DELLA CANANEA G., *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003,
- DELLA CANANEA G., *I fattori nazionali e internazionali di convergenza ed integrazione*, in NAPOLITANO G., a cura di, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007;
- DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- DELLA CANANEA G., *Organiser la pluralité: le fonds commun des droits administratifs en Europe*, in AA.VV., *Les méthodes en droit administratif*, Parigi, 2018;
- DELLA CANANEA G., GALETTA D.U., HOFFMANN H.C.H., SCHNEIDER J.P., ZILLER J., a cura di, *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016;
- DELPECH X., *Les modes alternatifs de règlement des litiges dans le projet de loi pour la justice du XXI^e siècle*, in *A.J.C.A.*, 2016;
- DEL PRATO E., *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- DELSIGNORE M., *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015;
- DELSIGNORE M., *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per una risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. Arb.*, 2017;
- DELSIGNORE, M., *Transazione e arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2019;
- DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005;
- DE LUCIA L., *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013;

- DE LUCIA L., MINERVINI V., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. Merc.*, 2011;
- DE MAIO G., *Gli accordi fra privati ed amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016;
- DE MARZO G., *L'accordo amichevole sull'indennità di esproprio e nuovo t.u. sull'espropriazione*, in *Urb. e App.*, 2002;
- DE MONTESQUIEU C.L., *Lo spirito delle leggi*, trad. it. Milano, 2013;
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974;
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985;
- DE NOVA G., *Gli interessi in conflitto e il contratto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004;
- DE NOVA G., *Il contratto dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011;
- DENTI V., *Relazione introduttiva*, AA. VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976;
- DE PAOLIS M., *Responsabilità per transazione nelle attività della p.a.*, in *Azienditalia*, 2015;
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995;
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea*, Trento, 2000;
- DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *www.giustamm.it.*, 2006;
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO, a cura di, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007;
- DE SANTIS P.A., *La transazione in materia ambientale alla luce della l. n. 13 del 2009 tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. merito*, 2012;
- DE SIENA M., *Dal velleitarismo preventivo al pragmatismo retributivo: brevi considerazioni in tema di politica punitiva tributaria a margine delle nuove modalità di definizione agevolata delle sanzioni amministrative*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010;
- DE STEFANO G., *Contributo allo studio del componimento processuale*, Milano, 1959;
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, trad. it. Torino, 1968;

- DE VALLES A., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro It.*, 1934;
- DEODATO C., *La transazione*, in DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., SANDULLI M.A., a cura di, *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Milano, 2010;
- DI CIOMMO F., *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012;
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992;
- DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988
- DI MAJO A., *La protezione contrattuale del terzo*, in VACCA L., a cura di, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica*, Torino, 2001;
- DI MAJO A., *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011;
- DIEZ PICAZO L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, rist. III ed., Barcellona, 2008;
- DI MARIA S., *Note minime sul "buon uso" del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 2018;
- DIPACE R., *I privati e il procedimento amministrativo*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- DISTEL M., *La notion d'opération administrative complexe*, in *Revue Administrative*, 1981;
- DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Sul nuovo ADR Consob*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016;
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996;
- DOMENICHELLI V., *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. Amm.*, 1999;
- DOMENICHELLI V., *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;
- DOMENICHELLI V., SINISI M., *La revoca del provvedimento*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- DONATI D., *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, III ed., Padova, 1932;
- DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966;

- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966;
- DONATI D., *I caratteri della legge in senso materiale*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966;
- D'ONOFRIO, *La transazione e il contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953;
- D'ONOFRIO P., *Della transazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, a cura di, *Commentario del Codice Civile. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1974;
- DONZELLI R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008;
- DORIA G., *I negozi sull'effetto giuridico*, Padova, 2000;
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2006;
- D'ORSOGNA M., *Gli accordi transattivi*, in CIVITARESE MATTEUCCI S., DEL FEDERICO L., a cura di, *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010;
- DRAGO R., *Les établissements publics et la transaction*, in AA.VV., *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Parigi, 2002;
- DREHER M., KULKA M., *Wettbewerbs und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*, VIII ed., Heidelberg, 2014;
- DROSS W., *Ordre public et transaction*, in Dalloz. *Thèmes et Commentaires*, Lione, 2005;
- DROSS W., MALLET-BRICOUT B., a cura di, *La transaction*, Parigi, 2014;
- DROSS W., MALLET-BRICOUT B., *La transaction. Proposition en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil "Des transactions"*, Parigi, 2014;
- DRUCKMAN D., ZECHMEISTER K., *Conflict of Interests and Value Dissensus: Propositions in the Sociology of Conflict*, in *Human Relations*, 1974;
- DUCAROUGE F., *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*, in *R.F.D.A.*, 1996;
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;
- DUGATO M., *L'oggetto dell'accordo amministrativo*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, DEL FEDERICO L. a cura di, *Azione amministrativa ed azione impositiva*

va tra autorità e consenso. *Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010;

- DUNNE N., *Commitment Decisions in Eu Competition Law*, in *Jou. Comp. Law & Ec.*, 2014;

- DURET P., *Gli 'impegni' nel procedimento antitrust*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013;

- EBEL F., *Berichtung, transactio und Vergleich. Untersuchungen zu Schuldversprechen und Vergleichsvertrag des Zivilrechts*, Tübingen, 1978;

- EBERLE C.E., *Arrangements im Verwaltungsverfahren*, in *Die Verwaltung*, 1984;

- ECKERT G., *La transaction est-elle un contrat administratif?*, in *Contr. Mar. publ.*, 2007;

- EDWARDS H.T., *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Rev.*, 1986;

- ERFMEYER K., *Die Beseitigung einer Ungewissheit über den Sachverhalt durch Abschluss eines Verwaltungsvertrag*, in *DVwBl*, 1998;

- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. Napoli, 1983;

- EVEILLARD G., *La transaction administrative*, in *R.F.D.A.*, 2018;

- FABIANI E., *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012;

- FABRI M., JEAN J.P., LANGBROEK P., PAULIAT H., a cura di, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Paris, 2005;

- FACHECHI A., *La ragionevolezza nella disciplina applicabile agli atti di autonomia*, in – PERLINGIERI G., FACHECHI A., a cura di, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017;

- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984;

- FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi. Profili generali*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988;

- FALCON G., *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991;

- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, XII ed., Padova, 2011;

- FALCON G., *Norme di relazione e norme di azione (tradizioni e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015;

- FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015;
- FALCON G., *Questioni sulla validità e l'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015;
- FALCON G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015;
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo. I. L'attività*, IV ed., Padova, 2016;
- FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, sempre in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960;
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965;
- FALZEA A., *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975;
- FALZEA A., *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998;
- FALZEA A., *Sistema culturale e sistema giuridico* (1998), in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999;
- FALZEA A., *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007;
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Milano, 2008;
- FANTINI S., *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009;
- FANTINI S., *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;
- FAZZALARI E., *Processo (teoria generale del)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966;
- FAZZALARI E., *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986;
- FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli "accordi" tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999;
- FEINBERG K.R., *Reexamining the arguments in O.M. Fiss, "Against Settlement"*, sempre in *Fordham Law Rev.*, 2009;
- FERCIA R., *Contratto normativo*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg., Torino, 2013;

- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996;
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di cognizione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2003;
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013;
- FERRARA R., *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985;
- FERRARA R., *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Torino, 1993;
- FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993;
- FERRARA R., *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia*, in *Dir. Amm.*, 1997;
- FERRARA R., *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitiva" della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2014;
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000;
- FERRARI C., *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994;
- FERRARI V., *Pubblico e privato (sociologia dir.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986;
- FERRARI ZUMBINI A., *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016;
- FERRARIS F., *Mediazione civile e commerciale*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Milano, 2016;
- FERRI G.B., *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. Dir. Com.*, 1997, 24 ss.;
- FERRI L., *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958;
- FIRMIN-MARBEAU J.B., *Traité des transactions*, II ed. Parigi, 1832;
- FISS O.M., *Out of Eden*, in *Yale Law Journal*, 1985;
- FISS, O.M., *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 1984;

- FOÀ S., *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2017;
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973;
- FONDERICO F., *Alla ricerca della "pietra filosofale": bonifica, danno ambientale e transazioni globali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009;
- FORMENTIN L., *Rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997;
- FORMENTIN L., *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIX, Torino, 1999;
- FORNARI C., *Le transazioni degli enti locali*, in *Appalti & Contratti*, 9/2015;
- FORSTHOFF E., *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano, 1973;
- FORSTHOFF E., *Lo Stato della società industriale*, trad. it. Milano, 2011;
- FORTI U., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in ORLANDO V.E., diretto da, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II. Parte seconda, Milano, 1915;
- FORTI U., *Il concetto dello Stato secondo le teorie del Gumplowicz*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937;
- FORTI U., *Atto e procedimento amministrativo*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937;
- FOULKE R. R., *Mistake in the Formation and Performance of a Contract*, in *Columbia Law Rev.*, 1911;
- FRACANZANI M., *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000;
- FRACANZANI M., *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008;
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998;
- FRAGA PITTALUGA L., *El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos*, in AA.VV., *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998;
- FRAGALE E.N., *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014;
- FRAGOLA U., *Metodo matematico e scienza giuridica*, in *Giur. It.*, 1941;
- FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017;

- FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994;
- FRANCHINI C., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in FRANCHINI C., F. TEDESCHINI, a cura di, *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009;
- FRANCHINI F., *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962;
- FRANZESE L., *Il contratto oltre il diritto privato e pubblico*, Padova, 1998;
- FRANZONI M., *La transazione*, Padova, 2001;
- FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in GABRIELLI E., a cura di, *I contratti in generale*, II, II ed., Torino, 2006;
- FREDIANI E., *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. Amm.*, 2017;
- FREEMAN J., *The Contracting State*, in *Florida State Un. Law Rev.*, 2000;
- FRENCH D., SAUL M., WHITE N.D., a cura di, *International Law and Dispute Settlement*, Oxford, 2010;
- FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001;
- FROSINI V., *Ordinamento giuridico (fil. dir.)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980;
- FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002;
- FOSCHI M.C., *Riflessioni in materia di invalidità derivata dei contratti pubblici*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009;
- FULLER L.L., *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Hav. Law. Rev.*, 1978;
- FURLAN G., BATAIA J., *L'annullamento del concorso in via di autotutela e la sorte del contratto di lavoro*, in *Lav. nella Giur.* 2016;
- FURNO C., *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1950;
- GABELLINI E., *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. Arb.*, 2018;
- GABRIELLI E. *Arbitraggio*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg., Torino, 2003;
- GABRIELLI E., *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011;

- GABRIELLI E., *“Operazione economica” e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013;
- GABRIELLI G., PADOVINI F., *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- GAFFURI F., *L’acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell’affidamento*, Milano, 2006;
- GALETTA D.U., *L’autonomia procedurale degli stati membri dell’Unione Europea: «Paradise Lost?»*. *Studio sulla c. d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Milano, 2009;
- GALGANO F., *Negoziio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977;
- GALGANO F., *Gli effetti del contratto*, in GALGANO F., VISINTINI G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare. Artt. 1372-1405*, Bologna, 1993;
- GALGANO F., *Il contratto*, Padova, 2007;
- GALLETTO T., *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., IV, Torino, 1989;
- GALLETTO T., *A.d.r.*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg., Torino, 2011;
- GALLIGAN D.J., *La discrezionalità amministrativa* (1986), trad. it. Milano, 1998;
- GALLO C.E., *Giudizio amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991;
- GALLO C.E., *Soggetti e posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999;
- GALLO M., *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936;
- GAMBARO A., *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000;
- GARCIA DE ENTERRIA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, trad. it. Milano, 2010;
- GARBARINO C., *La tutela giustiziale con accordi tra fisco e contribuente: analisi economia del diritto e comparazione*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin.*, 2004;
- GAROFALO L., *La responsabilità dell’amministrazione: per l’autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005;
- GAROFALO L., *Annulamento dell’aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. Proc. Amm.* 2008;
- GHEZZI F., *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell’Autorità Garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*, 2016;

- GENTILI A., *La “nullità di protezione”*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011;
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013;
- GIANNELLI A., *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012;
- GIANI L., *Art. 21 sexies. Recesso dai contratti*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006;
- GIANI L., *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove autonomie*, 2012;
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939;
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939;
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950;
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- GIANNINI M.S., *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960;
- GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964;
- GIANNINI M.S., *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981;
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993;
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002;
- GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002;
- GIANNINI M.S., *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003;
- GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative (1952)*, in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003;
- GIANNINI M.S., *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003;
- GIANNINI M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Scritti*, IV, Milano, 2004;
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in ID., *Scritti*, V, Milano, 2005;
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Una postilla*, in ID., *Scritti*, VI, Milano, 2005;

- GIANNINI M.S., *Esperienza scientifica e diritto amministrativo*, in ID., *Scritti*, VII, Milano, 2005;
- GIANNINI M.S., *Codice civile e diritto pubblico*, in ID., *Scritti*, IX, Milano, 2006;
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970;
- GIGLIONI F., *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 2016;
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013;
- GIMÉNEZ MARTÍNEZ M.A., *Autoritarismo y modernización de la Administración Pública española durante el franquismo*, in *Reala*, 2014;
- GIOMI V., *A.d.r. e sindacato della Corte dei Conti: dovere di amministrare oculatamente o esposizione al rischio di responsabilità amministrativa?*, in *Munus*, 2016;
- GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939;
- GIORGIANNI M., *Causa* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960;
- GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961;
- GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994;
- GITTI G., *L'accordo quadro di appalto pubblico*, in *Contratti*, 1995;
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999;
- GITTI G., *La transazione*, in GABRIELLI E., LUISO F.P., a cura di, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005;
- GITTI G., *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011;
- GITTI G., *Gli impegni delle imprese e le decisioni delle autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo*, in *Dir. Amm.*, 2015;
- GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2013;
- GNES M., *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012;
- GOFF R., JONES G., *The Law of Restitution*, V ed., Londra, 1998;
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società a partecipazione pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004;
- GOISIS F., *Compromettibilità in arbitrato delle controversie delle controversie di cui sia parte l'amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005;

- GOLA M., *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., *La irrupción de las negociaciones en el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitrajes (alerta frente a vías que informan de su posible extensión)*, in *Revista de estudios de la administración local*, 2001;
- GONZALEZ PEREZ J., *La terminación anormal del proceso administrativo*, in *Rev. Adm. Púb.*, 1955;
- GONZALEZ PEREZ J., *La transacción en el Proyecto de Ley de La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1998;
- GORCHS B., *Le contrôle judiciaire des accords des règlements amiable*, in *Rev. Arb.*, 2008;
- GORGONI A., *La riforma dei contratti in Francia. I vizi del consenso nel Codice di Civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. It.*, 2018;
- GORLA G., *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964;
- GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996;
- GOULD J.P., *The Economics of legal Conflicts*, in *The Journal of legal Studies*, 1973;
- GOURDOU J., TERNEYRE P., *Les transactions administratives*, in [R. Jur. Entr. Pub.](#), 2003;
- GRAZIOSI A., *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986;
- GRECO G., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993;
- GRECO G., *Accordi e contratti della p.a., tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002;
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. Amm.*, 2005;
- GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in CERULLI IRELLI V., a cura di, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006;

- GRECO G., *Metamorfosi della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006;
- GRECO G., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007;
- GRECO G., *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in CHITI M.P., MASTRAGOSTINO F., a cura di, *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009;
- GRECO G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014;
- GROPPALLO E., *La natura giuridica della transazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1931;
- GROPPALLO E., *Sui casi di nullità della transazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1932;
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000
- GROSSO G., *La crisi della legalità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1960;
- GROZIO U., *De Jure Belli ac Pacis*, trad. it. in ID., *I fondamenti del diritto. Antologia*, Napoli, 1997;
- GRÜNER G., *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012;
- GRÜNER G., *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, 2011;
- GUARNERI G., *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964;
- GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Torino, 1994;
- GUGLIELMETTI G., *I contratti normativi*, Padova, 1969;
- GUGLIELMETTI G., *Contratto normativo*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988;
- GUICCIARDI E., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936;
- GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967;
- E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967;
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1994;
- GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;
- GULLÓN BALLESTEROS A., *La transacción*, Madrid, 1964;

- GUMPLOWICZ L., *Il concetto sociologico dello Stato*, trad. it. Torino, 1904;
- GURLIT E., *Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen, 2000;
- HABERMAS J., *Morale, diritto, politica*, trad. it. Torino, 2007;
- HABERSACK M., § 779, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bundesgesetzbuch*, IV ed., Monaco, 2004;
- HADFIELD G.K., *Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases*, in *J. Emp. Legal Stud.*, 2004;
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. Napoli, 2007;
- HAUEISEN F., *Unterschieden in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlichen rechtlichen Vertrag, gerichtlichen Vergleich und Urteil. Dogmatische Bedeutung und praktische Auswirkung*, in *N.J.W.*, 1963;
- HAUEISEN F., *Die Bestandkraft verwaltungsrechtlicher Vergleiche*, in *D. VBl.*, 1968;
- HAY B.L., SPIER K.E., *Settlement of Litigation*, in P. NEWMAN, a cura di, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, 1998;
- HAZARD G.C. JR., *The Settlement Black-Box*, in *Boston Un. Law Rev.*, 1995;
- HEADY F., *Comparison in the Study of Public Administration*, in *Comparative Public Administration*, 2015;
- HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. Milano, 2016;
- HELLWIG M., HÜSCHEL RATH K., LAITENBERGER U., *Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment*, in *The Industrial Organization Society*, 2018;
- HENKE A., *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015;
- HERRERA ROBLES A., *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, 2012;
- HOBBS T., *Leviatano*, trad. it., Milano, 2015;
- HRUSCHKA J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e costruzione giuridica*, trad. it. Bologna, 2009;
- HUERGO LORA A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bologna, 2000;

- HÜSCHEL RATH K., LAITENBERGER U., *The Settlement Procedure in EC Cartel Cases: An Empirical Assessment*, paper n. 15-064 del Center for European Economic Research, Manneheim, 2015;
- IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005;
- IANNOTTA L., *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2006;
- IMMORDINO M., POLICE A., a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004;
- IRTI N., *Norma giuridica e processo civile*, in ORECCHIA R., a cura di, *La norma giuridica. Diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1960;
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979;
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987;
- IRTI N., *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011;
- IRTI N., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015;
- ISSACHAROFF S., KLONOFF R.H., *The Public Value of Settlement*, in *Fordham Law Rev.*, 2009;
- JAEGER N., *Processo, lite, controversia penale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950;
- JAMES F. JR., *Consent Judgements as Collateral Estoppel*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, 1959;
- JEMOLO A.C., *La crisi dello Stato moderno*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953;
- JHERING VON R., *La lotta per il diritto e altri saggi*, trad. it. Milano, 1989;
- JEMMAUD A., *Genèse et postérité de la transaction*, in MALLETT BRICOUT B., NOURISSAT C., *La transaction dans toutes ses dimensions*, Parigi, 2006;
- JEZE G., *Les contrats administratifs de l'Etat*, Parigi, 1927;
- KAHN FREUND O., *Il lavoro e la legge*, trad. it. Milano, 1974;
- KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. Torino, 2018;
- KAUFMANN A., *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it., Napoli, 2004;
- KENFACK H., *Répartition des compétences en matière de transaction conclue par une personne publique*, in *Sem. Jur.* 2008;
- KOROBKIN R., *The Role of Law in Settlement*, in MOFFITT M.L., BORDONE R.C., a cura di, *The Handbook of Dispute Resolution*, Hoboken, 2005;

- LACHANCE M., *Le contrat de transaction: Etude de droit comparé et de droit international privé*, Bruxelles, 2006;
- LAGARDE X., *Transaction et ordre public*, in *Rec. Dalloz*, 1997;
- LAINA F., BOGDANOV A., *The Eu Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, in *Jou. Eu. Comp. Law & Practice*, 2017;
- LANDINI S., *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008;
- LANFRANCHI L., a cura di, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Torino, 2003;
- LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. Milano, 1970;
- LARICCIA S., *La disposizione dell'art. 12 della l. n. 241/1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011;
- LA TORRE M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1935;
- LAUDISA L., *La contestazione della transazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990;
- LAVAGNA C., *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960;
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo allo studio dei cc.dd. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1965;
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002;
- LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002;
- LEDDA F., *Note sugli accordi di diritto pubblico e su alcuni temi contigui*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002;
- LEFEBVRE D'OVIDIO A., PESCATORE G., TULLIO L., *Manuale di diritto della navigazione*, XIV ed., Milano, 2016;
- LEIBNIZ G.W., *Il nuovo metodo di apprendere e insegnare la giurisprudenza*, trad. it. Milano, 2012;
- LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999;
- LEONARDI R., *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- LEONE C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012;
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967;
- LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1973;

- LIBERTINI M., *Le decisioni 'patteggiate' nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006;
- LIBERTINI M., *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010;
- LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. Soc.*, 2013;
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004;
- LIGUGNANA G., *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremontana*, Torino, 2010;
- LIGUGNANA G., *Conflitto e consenso nei rapporti tra privati e amministrazione*, in CORLETTI D., a cura di, *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012;
- LIEBMAN E.T., *La risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932;
- LIEBMAN E. T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950;
- LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli;
- LIPARI M., *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 15/2005: che cosa cambia*, in *Corr. Merito*, 2005;
- LIPARI M., *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. It.*, 2019;
- LIPARI N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003;
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;
- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015;
- LIPARI N., *La codificazione nella crisi della globalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015;
- LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, trad. it. Milano, 2016;
- LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002;
- LOMBARDI R., *La tutela delle situazioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008;
- LOPERENA ROTA D., *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcellona, 2000;
- LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, rist. Milano, 1968;

- LORENZONI L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018;
- LÖWER K., *Der verwaltungsgerichtliche Prozessvergleich als materielles Rechtsgeschäft*, in *Verwaltungs Archiv*, 1965;
- LUCARELLI F., *Negoziò, contratto, rapporto sociale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975;
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016;
- LUHMANN N., *Conflitto e diritto*, in *Lab. Pol.*, 1982;
- LUIO, F.P., *Le impugnazioni*, in SASSANI B., VILLATA R., *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;
- LUIO F.P., *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014;
- LURASCHI G., a cura di, *Questioni di metodo: diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996;
- LYON-CAEN A., *Sur la transaction en droit administratif*, in *A.J.D.A.*, 1997;
- MACCHIA M., *La riforma della pubblica amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015;
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il Codice civile*, I, Firenze, 1879;
- MACARIO F., *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, 2015;
- MACK L.R.W., SNYDER R.C., *Conflict resolution. Toward an Overview and Synthesis*, in *Conflict Resolution*, 1957;
- MACKENZIE W.J.M., *Power, Violence, Decision*, London, 1975;
- MAGGIOLINO M., *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Conc. mer.*, 2006;
- MAGNANI L., *La transazione fiscale*, in SCHIANO DI PEPE G., a cura di, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007;
- MAGIERA S., WEISS W., *Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law*, in DRAGOS D.C., NEAMTU B., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlino-Heidelberg, 2014;
- MAIN T.O., *Adr: the New Equity*, in *University of Cincinnati Law Rev.*, 2005;
- MAIORCA S., *Normativo (contratto)*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino 1995;
- MALAURIE P., AYNÈS L., a cura di, *Droit des contrats spéciaux*, X ed., Parigi, 2018;
- MALTONI A., *Il conferimento di pubbliche potestà ai privati*, Torino, 2005;

- MALTONI A., *I rimedi alternativi*, in CLARICH M., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Torino, 2010;
- MALTONI A., *Considerazioni in tema di attività procedimentale a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2011;
- MANCALEONI A.M., *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e dir. priv.*, 2017;
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XIX ed., Milano, 2007;
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001;
- MANFREDI G., *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013;
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995;
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001;
- MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016;
- MARCH G., *Decisioni e organizzazioni* (1988), trad. it. Bologna, 1993;
- MARCHETTI B., *Le a.d.r. nel contenzioso dei contratti pubblici*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2016;
- MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014;
- MARCHETTI B., *Il sistema integrato di tutela*, in DE LUCIA L., MARCHETTI B., a cura di, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2016;
- MARCHETTI B., *A.d.r. e amministrazione pubblica*, in CIRILLO G.P., a cura di, *Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2017;
- MARRA A., *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012;
- MARTIN A., *La Transacion en Materia Administrativa en Francia*, in *Ius et Praxis*, 2001;
- MARTIN J., *La nature d'une convention de transaction conclue par une personne publique*, in *Rev. Gén. Dr.*, 2008;

- MARTINEZ L., *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932 cod. civ.)*, Padova, 2010;
- MARTY F., MEZAGUER M., *Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne?*, in *Rev. Int. Droit Ec.*, 2016;
- MARZONA N., *Attività amministrativa e uso del contratto*, in *Econ. Pubbl.*, 1979;
- MARZONA N., *Rapporto amministrativo ed effetti del giudicato*, in *Foro It.*, 1980;
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- MARZUOLI C., *Pubblico privato e statuto costituzionale dell'Amministrazione (alcune note)*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016;
- MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, II, II ed., Milano, 2003;
- MASSERA A., *I principi generali*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2007;
- MASSERA A., *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione*, in FALCON G., a cura di, *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010;
- MASSERA A., *Lo Stato che si accorda e che contratta*, Pisa, 2011;
- MASSERA A., *Arnaldo de Valles*, in BIROCCHI I., CORTESE E., MATTONE A., MILETTI M.N., a cura di, *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013;
- MASSERA A., *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- MASUCCI A., *Il contratto di diritto pubblico tra amministrazione e privato. L'esperienza tedesca*, in *Jus*, 1987;
- MASUCCI A., *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988;
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000;
- MATTARELLA, B.G., *L'attività*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, I, II ed., Milano, 2003;

- MATTARELLA B.G., *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, diretto da, *Dizionario*, IV, Milano, 2006;
- MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011;
- MATTARELLA B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012;
- MATTEI U., *La proprietà immobiliare*, II ed., Torino, 1995;
- MATTEI U., *Il conflitto di interessi come categoria ordinante*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2014;
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000,
- MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011;
- MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in RENNA M., SAITTA F., a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015;
- MAZZAMUTO M., *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015;
- MAZZAMUTO S., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2016;
- MAZZELLA, F. *Cenni in materia di recesso dai contratti*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016;
- MCMUNIGAL M.C., *The Costs of Settlement: The Impact of Scarcity of Adjudication on Litigating Lawyers*, in *Ucla Law Rev.*, 1990;
- MCTHENIA W., SHAFFER T.L., *For Reconciliation*, in *Yale Law Journal*, 1985;
- MELI M., *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica dei siti inquinati e di riparazione del danno ambientale concernenti i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016;
- MCVEAN C.R., PIDOT J.R., *Environmental Settlements and Administrative Law*, in *Harvard Law Rev.*, 2015;
- MELILLO G., *Transazione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- MELONCELLI A., *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988;

- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997;
- MERCATI L., *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002;
- MERENNE S., *La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir*, in *A.J.D.A.* 2015;
- MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, VI ed., Cambridge, 2017;
- MERUSI F., *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974;
- MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001;
- MERUSI F., *Il diritto privato dell'amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004;
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007;
- MERUSI F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011;
- MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;
- MESSINEO F., *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962;
- MESSINEO F., *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962;
- MESTER J.D., *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Will the New Era of ADR in Federal Administrative Agencies Occur at the Expense of Public Accountability?*, in *Ohio State Jou. Disp. Res.*, 1997;
- MEYER-HESEMANN W., *Die Zulässigkeit gesetzinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozessvergleiche*, in *D. VBl*, 1980;
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931;
- MIELE G., *Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova Rass.*, 1950;
- MIELE G., *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987;
- MIGLIORINI L., *Parti (dir. processuale amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990;

- MINERVINI V., *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Conc. e Mercato*, 2013;
- MIRABELLI C., *Negoziio giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978;
- MIRATE S., *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione giustizia*, 2015;
- MIRRA V., *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. Arb.*, 2016;
- MISSERINI G., *Accordo sostitutivo del provvedimento, transazione e giurisdizione esclusiva del g.a.*, in *Urb. e App.*, 2009;
- MOLITERNI A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016;
- MONTES DE ECHEVERRY S., *Transacción y conciliación in el derecho administrativo*, in *Rev. Derecho Pubbl.*, 1992;
- MORBIDELLI G., *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in CINTIOLI F., DONATI F., a cura di, *Recenti innovazioni in materia antitrust*, Torino, 2008;
- MORBIDELLI G., *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012;
- MORELLI A., *Fedeltà alla Repubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Torino, 2015;
- MORLINO E., *I contratti delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012;
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., Milano, s.d.,
- MORTATI C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed., Padova, 1991;
- MOSCARINI L.V., *La transazione mista*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972;
- MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988;
- MOSCARINI L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;
- MOSCARINI L.V., CORBO N., *Transazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994;
- MOSER C., *Il negozio di accertamento: ammissibilità, efficacia, struttura oggetto e trascrivibilità*, in GIOVAGNOLI R., a cura di, *Approfondimenti di diritto civile*, Torino, 2019;

- MUTI S., *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, 1984;
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005;
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009;
- NARDI S., *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012;
- NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003,
- NAVARRETTA E., *Libertà fondamentali dell'Ue e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in MEZZANOTTE F., a cura di, *Le libertà fondamentali nel diritto europeo e il diritto privato*, Roma, 2016;
- NEPPI MODONA L., *La transazione in diritto romano*, Bologna, 1889;
- NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2018;
- NEUMANN U., *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009;
- NICOLÒ R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, Messina, 1934;
- NIGRO M. *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953;
- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962;
- NIGRO M., *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962;
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966;
- NIGRO M., *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994;
- NIGRO M., *Considerazioni sulla parte pubblica del processo amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996;

- NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati: problemi generali*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- NIGRO M., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Rileggendo Giovanni Miele*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996;
- NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015;
- NOAH L., *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegation of Power*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1997;
- NOLAN-HALEY J.M., *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*, in *Arbitration Law Rev.*, 2013;
- NUTI F., *La valutazione economica delle decisioni pubbliche: dall'analisi costi-benefici alle valutazioni contingenti*, Torino, 2001;
- O'BRIEN K.J., LI L., *Suing the Local State: Administrative Litigation in Rural China*, in *The China Journal*, 2004;
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002;
- OETKER H., MAULTZSCH F., *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Berlino, 2004;
- OGGIANU S., *A.d.r. in materia ambientale: le transazioni globali*, in *Ianus*, 2010;
- ONORATO M., *La natura degli impegni nella disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Obbl. e Contr.*, 2010;
- OPOCHER E., *Esperienza giuridica*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966;
- OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994;

- ORESTANO A., *Intese prenegoziali a struttura normativa e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1995;
- ORESTANO A., *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000;
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987;
- ORLANDO V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, in ID., a cura di, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900;
- ORLANDO V.E., *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari*, Milano, 1940;
- ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1977;
- ORSI BATTAGLINI A., *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988;
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988;
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005;
- OSSENBÜHL F., *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in BADURA P., ERICHSEN H.U., MÜNCH I.V., OSSENBÜHL F., RUDOLF W., RÜFNER W., SALZWEDEL J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlino, 1988;
- PAGNI I., *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, 2017,
- PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015;
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015;
- PALAZZO A., *La transazione*, in RESCIGNO P., diretto da, *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, XIII, Torino, 1985;
- PALAZZO A., *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIX, Torino, 1999;
- PALMA FERNÁNDEZ J.L., *El contrato de transacción y las administraciones públicas. La doctrina del Consejo de Estado*, in *Rev. Adm. Púb.*, 2006;
- PALMIERI A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000;
- PANUCCIO DATTOLA F., *La transazione novativa*, Milano, 1996;
- PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003;

- PAOLANTONIO N., *Art. 1, comma 1 bis*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006;
- PAPARELLA F., *Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all'art. 182-ter l.f.: dalla transazione fiscale soggettiva e consensuale alla retrogradazione oggettiva*, in *Rass. Trib.*, 2018;
- PARENZO E., *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1929;
- PARESCHE E., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964;
- PARINI VINCENTI S., *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai Codici*, Milano, 2011;
- PARINI VINCENTI S., *Tra tutto e niente. Studi sulla transazione civile dal XVII secolo al Codice del 1865*, Milano, 2018;
- PARISIO V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013;
- PASSARELLI A., *Stato civile*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999;
- PASSERIN D'ENTREVES A., *Il negozio giuridico*, Torino, 1934;
- PASTORI G., *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in TRIMARCHI F., a cura di, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990;
- PASTORI G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994;
- PATRONI GRIFFI F., *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2000;
- PEI M., *Citizens v. Mandarins: Administrative Litigation in China*, in *The China Quart.*, 1997;
- PENASA L., *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010;
- PEQUINOT G., *Théorie générale des contrats administratifs*, Parigi, 1957;
- PERCIVAL R.V., *The Bounds of Consent: Consent Decrees, Settlements and Federal Environmental Policy Making*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1987;
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. Torino, 1966;

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN A., *La transacción*, in CUEVILLAS SAYROL J.A., a cura di, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, I, Barcellona, 2001;
- PERFETTI L.R., *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Judicium*, 2009;
- PERFETTI L.R., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014;
- PERICU G., *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009;
- PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980;
- PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in ID., *Studi di sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, 1968;
- PIGA F., *Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo*, in ID., *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985;
- PIGA F., *Prassi amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1988;
- PIRAS A., *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964;
- PIRAS A., *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972;
- PISCITELLI L., MARRA A., *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione*, in *Riv. reg. mer.*, 2015;
- PITTALIS G., *Licitazione privata*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1989;
- PIZZI A., *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime amministrativo applicabile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1985;
- PIZZOLATO F., BUZZACCHI C., *Doveri costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Torino, 2008;
- PIZZORNO A., *Le radici della politica assoluta*, Milano, 1993;
- PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972;
- PLESSIX B., *Transaction et droit administratif*, in MALLET-BRICOUT B., NOURISSAT C., a cura di, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Parigi, 2006;
- PLOTNIK D., *Agency Settlement Reviewability*, in *Fordham Law Rev.*, 2013;
- POLACCO V., *Del contratto di transazione*, Roma, 1921;

- POLI G., *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. Amm.*, 2018;
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I-II, Padova, 2001;
- POLIDORI C., *La transazione in materia di appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2009;
- POLVERINO F., *Procedure "negoziato" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Conc. e Mercato*, 2008, 411 ss
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998;
- POSNER E.A., *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, in *Florida State Univ. Law Rev.*, 2006;
- POSNER R.A., *An economic Approach to legal Procedure and judicial Administration*, in *Journal of legal Studies*, 1973;
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964;
- PREDIERI A., BARTOLI A.M., *Piano regolatore* in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983;
- PRESCOTT J.J., SPYER K.E., *A Comprehensive Theory of Civil Settlement*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 2016;
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904;
- PRIMERANO G.A., *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017;
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008;
- PUCCINI L., *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958;
- PUGLIATTI S., *Della transazione*, in D'AMELIO M., FINZI E., diretto da, *Commentario del codice civile. Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949;
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954;
- PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- PUGLIATTI S., *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964;
- PUGLIATTI S., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978;
- PUGLIATTI S., *Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017;

- PUGLIESE F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971;
- PUGLIESE F., *Arbitrato e p.a. dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti*, 1995;
- PUNZI C., *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000;
- PUNZI C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in LANFRANCHI L., a cura di *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Torino, 2003;
- PUNZI C., *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014;
- PUPOLIZIO I., *Per un modello teorico della grande dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013;
- PUTTI P.M., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002;
- QUERCI F.A., *Diritto della navigazione*, Padova, 1989;
- RABKIN J.A., DEVINS N.E., *Averting Government with Consent Decree: Constitutional Limits of Settlements with the Federal Government*, in *Stanford Law Rev.*, 1987;
- RACCA G.M., PONZIO S., *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2015;
- RACHLINSKI J.J., *Gain, Losses and the Psychology of Litigation*, in *South. Cal. Law Rev.*, 1996;
- RAGANELLI B., *I volti della giustizia: brevi riflessioni in tema di alternative alla tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Amm. in cammino*, 2012;
- RAIMONDI S., *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970;
- RALLO A., *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993;
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010;
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990: ovvero del nesso di strumentalità triangolare fra procedimento, atto e processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010;

- RAMAJOLI M., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in SASSANI B., VILLATA R., a cura di, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;
- RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014;
- RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015;
- RAMAJOLI M., *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018;
- RAMAJOLI M., *Gli accordi fra amministrazione e privati ovvero della ricostruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. Amm.*, 2019;
- RAMAJOLI M., TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013;
- RANELLETTI O., *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1921;
- RANELLETTI O., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, 1937;
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992;
- REBUFFA G., *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981;
- REINGANUM J.F., WILDE L.L., *Settlement, Litigation and the Allocation of Litigation Costs*, in *Rand Journal of Economics*, 1986;
- REISMAN W.M., *The Diversity of Contemporary International Dispute Resolution: Functions and Policies*, in *Jou. Int. Disp. Settl.*, 2013;
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997;
- RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004;
- RENNA M., *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. Amm.*, 2007;
- RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in CIVITARESE MATTEUCCI S., DEL FEDERICO L., a cura di, *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010;
- RENNA M., SPEZZATI A., *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Urb. e App.*, 2012;

- RESNIK J., *Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-Based Processes are at Risk*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 2006;
- RESTAINO L., *La natura transattiva degli accordi per il superamento della crisi di impresa*, in *Notariato*, 2018;
- RICCI J.C., *Contentieux administratif*, IV ed., Parigi, 2013;
- V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009
- RICHTER L., *Les modes alternatives de règlement des litiges et le droit administratif*, in *A.J.D.A.*, 1997;
- RILEY C.A., *Designing Default Rules in Contract Law*, in *Oxford Jour. of Legal Studies*, 2000;
- RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in MODUGNO F., MENGONI L., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, II ed. Torino, 2017;
- RINALDI F., *L'azione ex art. 2932 c.c. nel processo amministrativo*, in *Immobili e Proprietà*, 2014;
- RIVA I., *La transazione invalida*, Padova, 2012;
- RODOTÀ S., a cura di, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971;
- ROMANO A., *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960;
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975;
- ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro It.*, 1978;
- ROMANO A., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987;
- ROMANO A., *Introduzione*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., a cura di, *Diritto amministrativo*, I, II ed. Bologna, 1998;
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999
- ROMANO A., *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi nell'ordinamento giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2011;
- ROMANO A., *«L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 241 ss.

- ROMANO F., *Aspetti del procedimento transattivo sotto il profilo della pretesa temeraria*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1960;
- ROMANO M.C., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in ROMANO A., a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016;
- ROMANO M.C., *Accordi tra privati e pubblica amministrazione nel procedimento*, in ROMANO A., a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016;
- ROMANO SAL., *Ordinamenti giuridici privati*, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1980;
- ROMANO SAL., «Agere»: contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1980
- ROMANO SAL., *La distinzione tra diritto pubblico e privato* (1963), in ID., ID., *Scritti minori*, Milano, 1980
- ROMANO SAL., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1980;
- ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979;
- ROMANO S.A., *Gestione di affari altrui nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991;
- ROMANO S.A., *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993;
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, III ed., Padova, 1937;
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983;
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Scritti minori. I. Diritto costituzionale*, Milano, 1990;
- ROMANO S., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, ID., *Scritti minori. II. Diritto amministrativo*, Milano, 1990;
- ROMANO S., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1990;
- ROMANO TASSONE A., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Economia Messina*, 1981;
- ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993;
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998;

- ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2000;
- ROMANO TASSONE A., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002;
- ROMANO TASSONE A., *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?*, in *Dir. Amm.*, 2011;
- ROMEO A., *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008;
- ROMEO A., *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2018;
- ROMOLI F., *Norme di azione e norme di relazione tra rapporto e processo*, in PERFETTI L.R., a cura di, *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2011;
- ROPPO E., *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989;
- ROPPO V., *Il contratto nel duemila*, III ed., Torino, 2011;
- ROSELLI O., *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010;
- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2001;
- ROSSI J., *Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: the Public Interest in Rulemaking Settlement*, in *Duke Law Rev.*, 2001;
- ROSSI P., *Il riesame degli atti di accertamento. Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, 2007;
- ROSSOLILLO G., *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (a.d.r.) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, *Dir. Un. Eu.*, 2008;
- ROTELLI E., *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della Repubblica*, Venezia, 2011;
- RUÀN SANTOS G., *Comentarios sobre la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la administración*, in *Rev. Derecho Pubbl.*, 1981;
- RUSCIANO M., SIMEOLI D., *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2017;
- RUGGIERO A., *Patteggiamento*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Torino, 2005;
- RUIZ-RICO RUIZ J.M., *El error en la transacción*, in *Ann. Der Civ.*, 1991;
- RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002;
- SACCO R., *Interpretazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2012;
- SACCO R., *Causa*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2014;

- SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019;
- SAN CRISTÓBAL REALES S., *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in *An. Jur. Ec. Esc.*, 2011;
- SALERNO G.M., *Art. 54*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2005;
- SAITTA F., *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995;
- SAITTA F., *Esecutorietà*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006;
- SAITTA F., *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016;
- SALA G., *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992;
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993;
- SALA G., *Operazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995;
- SALTARI L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007,
- SALVAGO S., *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012;
- SALVATORE P., *Il problema della legittimazione: interesse legittimo, interesse collettivo, interesse diffuso, interesse di fatto*, in AA.VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1989;
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, II ed. Milano, 2003;
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009;
- SANDULLI A., *Il ruolo della scienza giuridica nella costruzione del diritto amministrativo europeo*, in MARCHETTI B., DE LUCIA L., a cura di, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015;
- SANDULLI A., *L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013;
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940;
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed. a cura di M.A. SANDULLI, Napoli, 1989;
- SANDULLI A.M., *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *ID. Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990;

- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990;
- SANDULLI A.M., *Deliberazione e negoziare e negozio di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1990;
- SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.Federalismi.it*, n. 7/2011;
- SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018;
- SANTACROCE C.P., *La stabilità degli accordi tra amministrazioni*, Padova, 2014;
- SANTAMARÍA ARINAS R.J., *Revisión de oficio de transacciones en las que es parte la Administración*, in *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2005;
- SANTILLI M., *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985;
- SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956;
- SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, II ed., Milano, 1975;
- SANVITI G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico: strutture e tipi*, Milano, 1978;
- SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971;
- SARDELLA S., *Conciliazione giudiziale (diritto tributario)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., Agg.*, Torino, 2007;
- SAVIGNY VON F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, VII, trad. it. Torino, 1896;
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969;
- SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003;
- SATTA S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1939;
- SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970;
- SAVINO M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012;
- SCACCHI A., *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 2009;

- SCALISI V., *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998;
- SCALISI V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012;
- SCARDINA F., *Sulla cd. transazione ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011;
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, II ed. 2017;
- SCHIERA P., *La comune storia europea del diritto amministrativo e della sua scienza*, in CASSESE S., SCHIERA P., BOGDANDY A., *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013;
- SCHINKEL M.P., *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure for cartels*, *Acle Working Paper* n. 2010-17, Amsterdam, 2010;
- SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983;
- SCHLESINGER P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964;
- SCHLETTE V., *Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Tübingen, 2000;
- SCHMEHL A., *Konsens und Kooperation im Verwaltungsrechtsverhältnis*, in SCHULER-HARMS M., a cura di, *Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht*, Münster, 2012;
- SCHMIDT ASSMANN E., *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *VVDSt*, 1976;
- SCHMIDT ASSMANN E., *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee*, II ed., Berlino, 2004;
- SCHMIDT ASSMANN E., *Cambios de perspectiva en el derecho administrativo: la "nueva ciencia del derecho administrativo"*, in BARNES J., a cura di, *Innovación y reforma del derecho administrativo*, II ed., Siviglia, 2012;
- SCHMITZ H., *Kooperationsverträge zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz*, in BAUER H., BÜCHNER C., BROSIUS-GERSDORF F., a cura di, *Verwaltungskooperation. Public-private partnership und Publica-private partnerships*, Potsdam, 2008;
- SCIULLO G., *Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, a cura di, *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010;

- SCHRÖDER J., *Der Prozessvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten*, Berlino, 1971;
- SCHWARZE J., *Europäisches Verwaltungsrecht*, I-II, Baden-Baden, 1988;
- SCHWARZE J., a cura di, *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden- Baden, 1996;
- COCA F.G., *Interessi protetti*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989;
- COCA F.G., *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in S. RISTUCCIA, a cura di, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991;
- COCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995;
- COCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000;
- COCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg., VI, Milano, 2002;
- COCA F.G., *L'interesse legittimo*, Torino, 2017;
- COCA F.G., *L'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive*, in *Giur. It.*, 2019;
- COGNAMIGLIO A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1983;
- COGNAMIGLIO A., *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. Amm.*, 2010;
- COGNAMIGLIO C., *Motivo del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, 1994
- COGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II ed., Napoli, 2008;
- SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005;
- SEERDEN R., a cura di, *Comparative Administrative Law*, IV ed., Cambridge, 2018;
- SEGNI M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982;
- SEPE O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;

- SHAVELL S., *Suit, Settlement, and Trial: a theoretical Analysis under alternative Methods for the Allocation of legal Costs*, in *Journal of Legal Studies*, 1982;
- SHAVELL S., *Alternative Dispute Resolution: an Economic Analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 1995;
- SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999;
- SILVESTRI E., *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007;
- SILVESTRI CAMAGNA G.B., *Transazione*, in *Nov. Dig. It.*, II, Torino, 1940;
- SIMEOLI D., *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. Disc. Prov., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2014;
- SIMMEL G., *Il conflitto*, in ID., *Il conflitto della cultura moderna e altri saggi*, trad. it. Roma, 1976;
- SIMON H.A., *Il comportamento amministrativo* (1947), II ed., trad. it. Bologna, 1967;
- SIMONATI A., *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa*, in *Dir. Amm.*, 2013;
- SIMONATI A., *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l'esperienza francese*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015;
- SINDIC B., *Le contrat de transaction*, in AA.VV., *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, 2007;
- SOLARI G., *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, rist. Torino, 1971;
- SOLARI G., *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, rist. Torino, 1971;
- SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Ann.*, III, Milano, 2010;
- SORACE D., BAIONA S., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991-2012;
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985;
- SORDI B., *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993;

- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995;
- SORDI B., *Giuseppe Mantellini*, in BIROCCHI I., CORTESE E., MATTONE A., MILETTI M.N., a cura di, *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, 2013;
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2016;
- SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- SPECIALE R., *La dichiarazione d'intenti*, in ALPA G., BESSONE M., a cura di, *I contratti in generale*, I, Torino, 1991;
- SPINOZA B., *Trattato teologico politico* (1670), trad. it. Milano, 2014;
- STEENLAND R., APPEL P.A., *The Ongoing Role of Alternative Dispute Resolution in Federal Government Litigation*, in *University of Toledo Law. Rev.*, 1996;
- STEPHAN A., *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2009;
- STERK S.E., *Structural Obstacles to Settlement of Land Use Disputes*, in *Boston Un. Law Rev.*, 2011;
- STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981;
- STICCHI DAMIANI E., *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988;
- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992;
- STICCHI DAMIANI E., *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011;
- STICCHI DAMIANI S., *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003;
- STOLFI G., *La transazione*, Napoli, 1931;
- SUCHAN F.M., *Materiell-rechtliche Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs im Subordinationsverhältnis*, Tübingen, 1973;

- SUNKIN M., *Withdrawing: a Problem in Judicial Review?*, in LEYLAND P., WOODS T., a cura di, *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Londra, 1997;
- SUPPERSTONE, D. STILITZ, C. SHELDON, *Adr and Public Law*, in *Public Law*, 2006;
- TAQUET F., *Départs négociés et ruptures conventionnelles: La rupture amiable. La rupture conventionnelle. La transaction*, IV ed., Parigi, 2015;
- TANDA P., *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Torino, 2008;
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980;
- TAVORMINA V., *Il processo come esecuzione forzata*, Torino, 2003;
- TEDESCHINI F., *Moduli privatistici di azione nella azione della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto pubblico e privato. Tendenze attuali verso la scomposizione e l'interazione della concettualogia classica*, Milano, 1976;
- TEGETHOFF C., § 55 VwVfG, in KOPP F., RAMSAUER U., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XIX ed., Berlino, 2019;
- TEMPLE LANG J., *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects Of A New Kind Of Competition Decision*, in *Eu. Comp. Law Rev.* 2003;
- TERRAUX M., GARDELLIN M., *Le conditions de recours á la transaction*, in *Contr. Publ.*, 2019;
- TIGANO F., *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002;
- TIGANO F., *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Torino, 2008;
- TIGANO F., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- TOMEO V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano, 1981;
- TOMMASINI R., *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978;
- TOMMASINI R., *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, in TOMMASINI R., a cura di, *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007;
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001;
- TONOLETTI B., *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008;
- TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001;

- TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015;
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2017;
- TORCHIA L., *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017;
- TORCHIA L., CHITI E., PEREZ R., SANDULLI A., a cura di, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008;
- TORRICELLI S., *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in MARCHETTI B., DE LUCIA L., a cura di, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015;
- TORRICELLI S., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in SORACE D., a cura di, *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013,
- TORRIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000;
- TOSI L., *La transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2006;
- TRAVI A., *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989;
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995;
- TRAVI A., *Interessi procedimentali e 'pretese' partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e Zito)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997;
- TRAVI A., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Riforma della l. n. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2005;
- TRAVI A., *Introduzione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008;
- TRAVI A., *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in FALCON G., a cura di, *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010;
- TRAVI A., *Il confronto tra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in FALCON G., MARCHETTI B., a cura di, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2010;

- TRAVI A., *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. Pubbl.*, 2013;
- TREGGIARI F., *Transazione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;
- TREVES G., *Diritto amministrativo e diritto civile*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975;
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'atto autoritativo*, in *Dir. Amm.*, 2011;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014;
- TROCKER N., *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989;
- TROISI C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007;
- TROPEA G., *Transazione e accordo bonario*, in SAITTA F., a cura di, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milano, 2008;
- TUCK R., *Hobbes*, trad. it. Bologna, 2001;
- TULUMELLO G., *Il recesso dai contratti della p.a.*, in SANDULLI M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017;
- URSI R., *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016;
- VACCA L., a cura di, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997;
- VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015;
- VACIRCA G., *Accordi pubblicistici: incremento della tutela del privato?*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002;
- VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008;
- VALAGUZZA S., *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;

- VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012;
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016;
- VALAGUZZA S., *Governare per contratto, Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018;
- VALAGUZZA S., MARTELLA I., *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018;
- VALSECCHI E., *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1944;
- VALSECCHI E., *Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948;
- VALSECCHI E., *La transazione*, II ed. Milano, 1986;
- VANDERBEGH M.P., *The Private Life of Public Law*, in *Columbia Law Rev.*, 2005;
- VARANO V., a cura di, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007;
- VASSALLI F., *Estraneità del diritto civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951;
- VASTA S., *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Milano, 2004;
- VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007;
- VERDE G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003;
- VETTORI G., *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017;
- VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979;
- VILLA A., *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2001;
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993;
- VILLAMENA S., *Baratto amministrativo: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016;
- VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017;

- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017;
- VILLATA R., SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996;
- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008;
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990;
- VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990;
- VIPIANA P.M., *L'attività amministrativa e i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017;
- VIRGA P., *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1960;
- VIRGO G., *Principles of the Law of Restitution*, III ed., Oxford, 2015;
- VITALE M., *L'arbitrato*, in SASSANI B., VILLATA R., a cura di, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;
- VITERBO C., *La res dubia e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937;
- VOLPE F., *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996;
- VOLPE F., *Norme d'azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004;
- VOLPE F., *Il principio di nominatività*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- VOCINO C., *Sulla c.d. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951;
- VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2013;
- VON RINTELEN W., *Der verwaltungsrechtliche Vergleichsvertrag*, Berlin, 2002;
- WALD P.M., *A.d.r. and the Courts: an Update*, in *Duke Law Jou.*, 1997;
- WEINSTEIN J.B., *Comments on Owen M. Fiss, "Against Settlement"*, in *Fordham Law Rev.*, 2009;
- WEISBURST S.I., *Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis*, in *Jou. Leg. Stud.*, 1999;
- WILS W.P.J., *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 2006;

- WILS W.P.J., *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *World Competition*, 2008;
- WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, II, trad. it. Torino, 1930;
- WOLFE J.S., *Across the Ripple of Time: The Future of Alternative (Or, Is It Appropriate) Dispute Resolution*, in *Tulsa Law Rev.*, 2001;
- WOLFF H.A., *Der Vergleichsvertrag wegen Rechtszweifeln*, in *Verwaltungsarchiv*, 2017,
- WOOLF H., JOWELL J., LE SUEUR A., *Principles of Judicial Review*, I ed., Londra, 1999, 5
- YOLKA P., *Les modes alternatifs de règlement des litige administratifs*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, a cura di, *Traité de droit administratif*, II, Parigi, 2011,
- ZACCARIA G., *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. Dir.*, 2006;
- ZANICHELLI V., *La transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *Fall.*, 2007;
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955;
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO V.E., a cura di, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1935;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, VIII ed., Milano, 1958;
- ZARCA A., *Questions sur l'annulation des transactions*, in *A.J.D.A.*, 2013;
- ZEBRI S., *Il contratto di partenariato sociale ed il nuovo 'baratto amministrativo'*, in *Azienditalia*, 2016;
- ZEBRI S., *Il volontariato ed il baratto amministrativo*, in *Azienditalia*, 2018;
- ZEICHEN G.S., *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en las controversias en que el Estado es parte*, in *Rev. Arg. Régimen de la Administración Pública*, 2016;
- ZIMMER M.J., SULLIVAN C.A., *Consent Decrees Settlements by Administrative Agencies in Antitrust and Employment Discrimination: Optimizing Public and Private Interests*, in *Duke Law Jou.*, 1976;
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996
- ZITO A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205/2000: problemi e prospettive*, *Dir. Amm.*, 2001.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)
15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)
17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)
18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)
19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)
20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)
21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)
22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)

23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)

24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico* - ALVISE SCHIAVON (2019)

25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)

26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)

