

## INTRODUZIONE

Il lavoro svolto con il presente testo è finalizzato ad un approfondimento di una disciplina giuridica speciale per la risoluzione dei conflitti nell'ambito degli appalti pubblici, alternativa rispetto alla procedura giurisdizionale di tipo statale: le riserve e l'istituto dell'accordo bonario.

I sistemi per la risoluzione delle liti alternativi al processo, dove il termine "alternativo" è usato in dottrina in modo improprio atteso che tutti gli ordinamenti giuridici delle società di tipo occidentale garantiscono l'applicazione del canone fondamentale dell'accesso alla tutela giurisdizionale, hanno avuto nel tempo uno sviluppo variegato, nei sistemi giuridici nord americani e in quelli di matrice europea, tendenti a trovare una soluzione al conflitto, sia nell'ambito del processo ovvero al di fuori e prima dell'introduzione della causa e con soluzioni a volte più vicini ad una composizione amichevole di tipo conciliativo e in altri casi ad una pronuncia giurisdizionale.

Nell'esperienza italiana, i procedimenti di definizione della lite fuori dal processo e ad opera di un terzo neutrale appartengono da lungo tempo alla nostra tradizione: oggi possiamo pensare alla conciliazione stragiudiziale del giudice di pace e in precedenza del conciliatore di cui si sottolinea l'origine non tanto dal codice di rito napoleonico del 1806, quanto "da antiche consuetudini e da meno antiche leggi del regno di Napoli", e ripreso dal codice del 1940<sup>1</sup>.

Nella particolare materia degli appalti pubblici, ed in particolare nella fase di esecuzione delle prestazioni contrattuali successivamente alla consegna dei lavori, troviamo, storicamente nell'Italia post unitaria già nella legislazione di unificazione amministrativa, l'istituto delle riserve; tale istituto è qualificabile come un istituto giuridico strumentale alla successiva procedura per la trattazione, in un primo momento a livello amministrativo, delle richieste dell'appaltatore.

Soltanto con la legislazione degli anni '90 del secolo scorso, sulla spinta delle analoghe esperienze internazionali e di quelle comunitarie, si sviluppa, anche nel

---

<sup>1</sup> C. BESSO, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2010, p. 21.

settore degli appalti pubblici, l'esigenza di mettere a punto un sistema per la risoluzione dei conflitti che si ponesse nella funzione di sistema per la deflazione della giustizia statale, in modo da ottimizzarne l'efficienza ed offrire un miglior servizio al cittadino, in quanto condizione di procedibilità ad esso. Il legislatore disegna l'istituto dell'accordo bonario come istituto ad attivazione obbligatoria, ricorrendone i presupposti, nell'ambito degli appalti pubblici, con la peculiare caratteristica di rivestire le sembianze, anche se con diverse sfumature, di sistema di tipo conciliativo.

Con l'ultimo codice degli appalti del 2016, l'istituto delle «riserve» continua a rimanere confermato nel suo disegno giuridico ed intatto nelle pronunce giurisprudenziali da più di un secolo, ma viene rimaneggiato, invece, l'istituto dell'«accordo».

A livello europeo, il panorama dei sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti (ADR) appare molto variegato: sistemi a base volontaria coesistono spesso con forme di ricorso obbligatorio alla mediazione e la decisione, cui può condurre la procedura ADR, può avere tanto carattere facoltativo quanto vincolante per le parti. A differenza del processo, ove protagonista è l'avvocato, con le tecniche ADR protagonista è la parte, che «vive una esperienza di possibile trasformazione»; l'ADR è visto come un meccanismo che risolve dinamiche sociali e interpersonali, così raggiungendo, nell'ambito organizzativo della comunità, soluzioni migliori rispetto a quelle possibili all'interno del sistema giudiziario<sup>2</sup>.

Con il presente lavoro mi propongo di approfondire l'esame della speciale disciplina stragiudiziale di risoluzione di quelle controversie appartenenti alla categoria delle liti sorte nell'ambito degli appalti pubblici, da cui emerge una comparazione diacronica degli istituti, dalla legge di unificazione italiana ai giorni nostri.

Nel primo capitolo mi soffermo sull'istituto giuridico delle riserve e della risoluzione delle liti, tratteggiandone gli istituti giuridici e il relativo sviluppo giurisprudenziale, in parallelo con la nascita del Regno d'Italia e della ricostruzione

---

<sup>2</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 8.

socio-infrastrutturale, da un punto di vista storico fino agli anni '90; da questa disamina si evidenzia che l'istituto delle "riserve" lo ritroviamo a partire dalle leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 1865 e dettagliato dai regolamenti attuativi dell'800, mentre l'istituto della "risoluzione dei conflitti" si delinea, inizialmente, come uno specifico tassello del più ampio procedimento amministrativo dell'appalto, ossia come proposta autoritativa unilaterale della pubblica amministrazione.

Relativamente all'istituto della "riserva", fino ai giorni della nostra stagione legislativa denominata di *soft law*, questo è rimasto praticamente immutato, a parte i fisiologici e necessari adattamenti interpretativi della Suprema Corte: l'ordinamento giuridico ha concepito, per la particolare materia degli appalti pubblici, un istituto che, per la formulazione di qualsiasi domanda da parte dell'appaltatore attinente alla esecuzione del contratto, si pone a "procedura vincolata", sotto la pesante condizione della decadenza dal diritto nel far valere le pretese in giudizio, qualora queste formalità venissero disattese.

Ancora oggi, nonostante l'avvento delle leggi Merloni e dei codici degli appalti pubblici del 2006 e del recente d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, l'istituto delle riserve non è stato scalfito.

Relativamente alla modalità amministrativa di risoluzione della lite, adottata per oltre un secolo, questa assume caratteri di tipo autoritativo, nel senso che l'amministrazione formula la proposta unilaterale di risoluzione delle controversie, da accettare o rifiutare da parte dell'appaltatore, con esclusione della parte privata da quella che, in tempi più recenti, sarebbe stata definita, dalla legge sul procedimento amministrativo del 1990, la "partecipazione" del privato nella formazione della volontà della p.a.

Nel secondo capitolo mi soffermo, nello specifico, sugli aspetti giuridici dell'istituto della «riserva», sulla sua qualità di procedura strumentale alla successiva risoluzione della lite, sui soggetti sottoposti al rispetto di tale disciplina, sui presupposti per la loro proposizione, sulla procedura da seguire per la loro iscrizione e i criteri per l'individuazione del primo atto dell'appalto idoneo a riceverle successivi all'insorgenza del fatto pregiudizievole.

Molto importante, anche, l'individuazione del *tempus* di insorgenza dell'onere di iscrizione della riserva, problema strettamente correlato ai fatti continuativi e all'anomalo andamento dei lavori; trascorso inutilmente il tempo individuato dalla legge per l'apposizione delle riserve, l'appaltatore decade dal diritto di proporre ulteriori domande con le evidenti conseguenze negative sul piano economico del privato, a tutela, evidentemente, dei prevalenti interessi pubblicistici.

Sono state esaminate le categorie dei fatti sottratti al campo applicativo delle riserve, con evidenti risvolti sul piano della proponibilità dell'azione presso il giudice ordinario nei tempi di prescrizione ordinari, ma di maggiore estensione, piuttosto che nei più ristretti tempi decadenziali.

L'ultimo capitolo esamina l'istituto dell'«accordo bonario», un istituto che, soprattutto in una delle sue molteplici versioni, cioè quella che vede l'intervento di un terzo neutrale con funzioni conciliative, può rientrare a pieno titolo nell'insieme di quei rimedi giuridici denominati, nella dizione anglosassone, *Alternative Dispute Resolution* (ADR): una *species*, quindi, ricadente nell'insieme variegato di strumenti utilizzati per risolvere le controversie tra privati senza far ricorso agli organi giurisdizionali.

In ambito di ADR, entrano in gioco, piuttosto che principi di diritto e procedure processuali, quelle che vengono definite “tecniche di negoziazione” basate sul c.d. *principled bargaining* e divulgate da alcuni autori statunitensi<sup>3</sup>, in base ai quali la negoziazione si può svolgere tra le due sole parti interessate ovvero con l'assistenza di un terzo, che non decide il conflitto ma si limita ad “assisterele” nella ricerca della soluzione che meglio risponde ai loro interessi. I principali vantaggi del ricorso all'ADR sono rappresentati dalla semplicità, dalla rapidità e dall'economicità della procedura; attraverso i Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, infatti, le parti evitano i costi e gli oneri amministrativi legati ai ricorsi giurisdizionali riuscendo a ottenere una soluzione in un breve lasso di tempo.

È altresì interessante la figura legislativa del nuovo organo, introdotto dal recente codice degli appalti, denominato Collegio consultivo tecnico, con compiti di

---

<sup>3</sup> FISHER-URY, *L'arte del negoziato* (1981), Milano, 1995.

“prevenzione” delle controversie relative all’esecuzione del contratto, con costituzione a natura negoziale, mediante il quale si dovrebbe pervenire alla risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto stesso.

Una novità, quest’ultima, che avvicinerrebbe le procedure alternative di risoluzione dei conflitti contrattuali, del nostro ordinamento, ai sistemi già adottati nell’ambito di contratti internazionali ed in particolare ai *dispute board*.

Nell’esperienza americana, lo sviluppo dei sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti ha visto l’affermarsi di soluzioni variegate, nei quali, a differenza dell’arbitrato, anch’esso alternativo rispetto alla giustizia statale, il terzo è privo del potere di rendere una decisione vincolante per le parti: si trovano così, tra le molte soluzioni, oltre all’istituto della mediazione, la *mediation-arbitration*, il *rent a judge*, il *minitrial*, l’*obdusman*, il *moderated settle conference*.

La mediazione costituisce, insieme al processo e all’arbitrato, una delle tre forme di risoluzione delle controversie, mentre le altre figure costituiscono degli ibridi; si tratta infatti di procedimenti che, pur condividendo con la mediazione il carattere strutturale della mancanza di potere decisorio vincolante in capo al terzo, presentano alcuni aspetti propri dello svolgimento del processo davanti al giudice ovvero all’arbitro.

La distinzione, fondata sulla sussistenza o meno in capo al terzo del potere di decidere la lite, rappresenta una delle distinzioni articolabili all’interno della categoria dei metodi di risoluzione dei conflitti; un’altra distinzione è quella proposta da URY-BRETT-GOLDBERG (*Getting Disputes Resolved: Designing System to Cut the Cost of Conflict*, San Francisco, 1988) che distinguono tra i procedimenti il cui obiettivo è quello di conciliare interessi (la negoziazione) ovvero di determinare chi ha ragione (il processo) ovvero ancora di stabilire chi ha più potere (la guerra o anche uno sciopero) e osservano che “in generale, riconciliare interessi è meno costoso che determinare chi ha ragione, che a sua volta è meno costoso che stabilire chi ha più potere”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 33.

## CAPITOLO I

---

### **Profilo storico dell'istituto delle riserve e della risoluzione delle controversie negli appalti pubblici: dalla legge fondamentale del 1865 al 1993**

---

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La legislazione sui lavori pubblici. – 3. La risoluzione delle controversie. – 3.1. La procedura di proposizione delle riserve – 3.2. L'istruttoria e la decisione sulle riserve – 4. Giudizio ordinario sulle pretese dell'appaltatore – 5. La clausola compromissoria sull'arbitrato – 5.1 Vantaggi dei sistemi alternativi di risoluzione del controversie negli appalti pubblici – arbitrato - 5.2. Collegio arbitrale - 5.3. Rappresentante dell'impresa nei collegi arbitrali; anticipazione della Commissione per l'accordo bonario - 5.4. Modifiche alla disciplina del giudizio arbitrale con il capitolato generale del 1962 - 6. Natura giuridica delle riserve – 6.1. Istituto delle riserve come atto autonomo rispetto all'atto di approvazione del collaudo

#### ***1. Premessa***

Con *riserva* si indica, genericamente, l'azione e il fatto di riservarsi la facoltà di revocare, in certe circostanze, un proprio atto di acconsentimento, come ad esempio l'«accettazione di una proposta con la riserva che la transazione sia approvata dal consiglio d'amministrazione», ma più specificatamente, nella contabilità dei lavori per appalti di opere pubbliche, sono dette «riserve» le eccezioni che l'appaltatore solleva all'atto della firma del registro di contabilità, e in genere su tutti i documenti contabili, riguardo ai compensi previsti per le opere contabilizzate.

Il termine «riservarsi», denota un concetto di «*conservare, tenere per sé*», come ad esempio «riservarsi un diritto, una facoltà, riservarsi il diritto di decidere in

un secondo momento, la facoltà di recedere da un impegno o di riesaminare il caso, e, per ellissi, riservarsi di decidere, di recedere, di riesaminare, o riservarsi la decisione, la recessione, il riesame»<sup>5</sup>.

Si tratta di una espressione della volontà, manifestata dall'appaltatore, tipica nell'appalto dei lavori pubblici, disegnata dalla legislazione post-unitaria del 1865 e regolamentata con successivo regolamento del 1895.

In materia di lavori pubblici per «riserva» si intende quell'atto che dà la possibilità all'appaltatore di firmare il registro di contabilità facendo salvo il diritto di contestazione e di proposizione delle proprie domande<sup>6</sup>.

Dell'istituto delle riserve, secondo l'accezione giuridica, si è specificatamente occupato TERRANOVA<sup>7</sup>, il quale nota che «riserva», «riservare» indicano due aspetti della volontà; volontà di reclamo e di differire l'esame del reclamo stesso.

I rilievi di TERRANOVA aderiscono solamente in parte alle riserve di gravame del processo civile, ma non hanno un effettivo riferimento alle stesse, in quanto la riserva può essere immediatamente esplicita ed è sempre strumento, essa stessa, del gravame contro i documenti contabili<sup>8</sup>. Senza dire che la «volontà di differire» l'esame della riserva può non esistere e comunque è sempre irrilevante, perché la riserva è l'unico modo che il regolamento prevede per le lagnanze dell'appaltatore; il differimento della decisione al momento della emissione del certificato di collaudo consegue al regolamento e non alla volontà dell'appaltatore medesimo.

L'esigenza di valutare e definire tempestivamente le controversie con l'appaltatore sono esigenze strettamente legate alla corretta esecuzione delle opere pubbliche, nel superiore interesse della società in senso lato.

---

<sup>5</sup> Enciclopedia Treccani

<sup>6</sup> L. VIGGIANO, *Le riserve nell'esecuzione dei lavori pubblici, giurisprudenza ricorrente; ampia raccolta di massime giurisprudenziali divise per argomenti*, Milano, Pirola editore, 1989, p. 5.

<sup>7</sup> A. TERRANOVA, *Natura giuridica della "riserva" nei contratti di appalto di opere pubbliche*, in *Acque, Bon., Costr.*, Fasc. I-II, 1953, p. 526.

<sup>8</sup> E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1960 p. 18.

Ancora alla fine del seicento si potevano leggere le seguenti parole in merito alla opportunità, per la pubblica amministrazione, di riconoscere il giusto prezzo alle opere pubbliche per il bene, anche, della sicurezza pubblica: «Eccellenza ministro della guerra, abbiamo opere che si trascinano da anni non mai terminate e che forse terminate non saranno mai. Questo succede, eccellenza, per la confusione causata dai frequenti ribassi che si apportano nelle opere vostre, poiché va certo che tutte le rotture dei contratti, così come i mancamenti di parola ed il ripetersi degli appalti, ad altro non servono che ad attirarci quali impresari tutti i miserabili che non sanno dove sbatter del capo ed i bricconi e gli ignoranti, facendo al tempo medesimo fuggire da voi quanto hanno i mezzi e la capacità per condurre un'impresa. E dirò inoltre che tali ribassi ritardano e rincarano considerevolmente i lavori, i quali ognora più scadenti diverranno. [...] Ecco dunque quanto basta, Eccellenza, perché vediate l'errore di questo Vostro sistema; abbandonatelo quindi in nome di Dio; ristabilite la fiducia, pagate il giusto prezzo dei lavori, non rifiutate un onesto compenso ad un imprenditore che compirà il suo dovere. Sarà sempre questo l'affare migliore che Voi potrete fare. Architetto Marchese di Vauban»<sup>9</sup>.

Stretta correlazione si è dimostrata, quindi, nel tempo, tra il concetto di giusto prezzo, da riconoscere agli appaltatori per la realizzazione delle opere pubbliche, e l'istituto della riserva, come strumento fornito dal legislatore all'esecutore privato dei lavori affinché questi possa tentare di ottenere il riconoscimento del giusto prezzo medesimo, qualora ne ricorrano i presupposti, attraverso un corrispettivo ulteriore rispetto alla pattuizione economica contrattuale; una funzione delle riserve, quindi, idonea tendenzialmente a ristabilire l'equilibrio economico contrattuale tra la parte pubblica, fornita di potere autoritativo, e la parte privata secondo una modalità e una procedura tale da non penalizzare oltremisura l'avanzamento dei lavori.

---

<sup>9</sup> P. CARBONE, *Riserve, transazione e accordo bonario, negli appalti di servizi e forniture*, Maggioli editore, 2015, p. 16, 17.



## 2. *La legislazione sui lavori pubblici*

La nascita del diritto amministrativo italiano, per quanto attiene all'Italia, è da far risalire già al 1859, anno in cui viene completata la legislazione amministrativa piemontese, e dopo l'unità – nel 1865- viene uniformata la legislazione relativa ai territori annessi ad opera delle c.d. leggi di unificazione<sup>10</sup>.

La legislazione sulle opere pubbliche, che tratta anche il tema di risoluzione delle controversie tra l'apparato statale e gli imprenditori, all'indomani dell'unità d'Italia, è rappresentata dalla legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, - Legge sui lavori pubblici-, il cui titolo VI dedicato alla «gestione amministrativa ed economica dei lavori pubblici» delinea l'ambito di applicazione delle norme in esse indicate; con riferimento alla risoluzione delle controversie, in particolare, vengono tratteggiate le condizioni per l'applicabilità delle norme a quelle opere che abbiano rivestito la qualifica di opere «pubbliche»<sup>11</sup>.

Per lavoro pubblico deve intendersi, per la legislazione dell'ottocento, quello avente la caratteristica di essere eseguito da un ente pubblico, qualunque sia la natura e la destinazione; ogni opera è «pubblica» per il solo fatto di essere eseguita da un ente pubblico, il quale naturalmente non può che avere un fine pubblico<sup>12</sup>.

La differenza essenziale dell'appalto in diritto pubblico consiste nella diversa posizione dell'ente pubblico, il quale è vincolato da norme procedurali più complesse di quelle vigenti in diritto privato, e deve agire in conformità di queste, in modo che la gestione delle opere assuma un aspetto di negozio di diritto pubblico, con caratteristiche di atti imperativi, assolutamente inconcepibili nei rapporti tra privati<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 10

<sup>11</sup> Art. 319 Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F “Le opere pubbliche che stanno a carico dello Stato si eseguono coi fondi e dentro i limiti determinati dall'annuale bilancio passivo dello Stato o da leggi speciali.”

<sup>12</sup> A. VITALE, *Appalti*, Padova, Cedam, 1938, p. 21.

<sup>13</sup> A. VITALE, *op. cit.*, p. 10

Di opinione contraria VITTA, il quale sostiene che viceversa «sono atti di diritto privato quelli con cui lo Stato provvede alle forniture di viveri, di vestiario, di oggetti di casermaggio per l'esercito o quelli con cui le pubbliche amministrazioni procedono all'appalto per l'esecuzione dei lavori pubblici»<sup>14</sup>. Per VITALE «la identificazione di tutti questi atti con negozi di diritto privato è eccessiva e [...] elementi pubblicistici vengono a modificarne la consistenza».

E' del tutto nota, nell'epoca liberale del pieno sviluppo industriale, l'importanza delle infrastrutture, comunque denominate, da destinare alla fruizione e al benessere della nascente società moderna; lo Stato e gli enti minori realizzano una quantità di opere dirette al soddisfacimento immediato o mediato di importanti servizi pubblici e per realizzare l'opera deliberata la p.a. deve rivolgersi a imprenditori privati<sup>15</sup>.

La legislazione post-unitaria sui lavori pubblici, delinea, quindi, l'oggetto della sua disciplina con la specifica qualità di dover essere lavori eseguiti con i fondi stanziati nel bilancio annuale dello Stato ovvero da particolari leggi speciali.

Storicamente, il primo ventennio di vita del nuovo Stato è caratterizzato da profonde trasformazioni avvenute nella suddivisione delle funzioni pubbliche, meno vistose di quelle che sarebbero intervenute negli anni del decollo industriale: alle materie originariamente riservate allo Stato ( difesa esterna, ordine interno, sicurezza pubblica) si affiancarono altre attività come l'esercizio dei servizi pubblici di trasporto e comunicazione, sia in forma diretta che indiretta, e una prima azione amministrativa nei settori dell'assistenza e della beneficenza.

Non tutte le nuove funzioni furono esercitate con la stessa intensità e continuità ma, negli anni, si registrò un incremento delle attività dell'amministrazione indirizzate verso i privati con contenuto direttivo e in generale con un aumento dei compiti dello Stato e della sua ingerenza nella sfera della libertà dei privati.

---

<sup>14</sup> C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, parte generale, Torino, Utet, 1938, p. 258

<sup>15</sup> A. VITALE, *op. cit.*, p. 5

Tipiche furono in questo senso le nuove funzioni collegate alla progettazione e costruzione delle grandi opere pubbliche. La legge n. 2248, all. F del 1865 sui lavori pubblici definì per la prima volta l'opera pubblica elencando le attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici. Ne derivò un ampio spettro di competenze dello Stato, destinate ad ampliarsi progressivamente attraverso la stratificazione di una serie successiva di norme. Le fasi tipiche della realizzazione dell'opera prevedevano infatti la progettazione, affidata di norma agli uffici del genio civile, l'adozione del progetto, cioè l'atto formale con il quale l'Amministrazione dava il suo assenso al progetto, la dichiarazione di pubblico interesse e la realizzazione dell'opera; quest'ultima poteva essere realizzata in modo diretto dall'Amministrazione o attraverso una gara d'appalto. Nel primo caso procedeva l'ufficio tecnico dell'Amministrazione medesima, nel secondo caso si bandiva la relativa gara<sup>16</sup>.

Il Ministero manteneva, quindi, un ruolo cruciale in tutte le fasi del procedimento; il contributo dell'Amministrazione dei lavori pubblici alla costruzione della prima rete di infrastrutture dopo l'unificazione fu determinante. Nel 1878 il ministro Alfredo Baccarini, ispirandosi al modello francese, imprese un'accelerazione notevole al progetto di un grande corpo tecnico dello stato, il più possibile autonomo, da porsi in rapporto diretto con tutte le amministrazioni del Regno.

Il disegno di legge per il riordino del genio civile, che sarebbe diventato la legge 5 luglio 1882, n. 874, unificò, sul piano dell'organizzazione amministrativa tutti gli interventi, comprese le costruzioni e l'esercizio ferroviario. Altri importanti interventi legislativi concorsero a dare al genio civile una posizione di preminenza: in quello stesso periodo fu varata la legge per le ferrovie del 1879, quella del 1881 per i lavori pubblici stradali e idraulici, quella del 1868 per le strade comunali obbligatorie e nel 1884 la legge sulle derivazioni delle acque pubbliche con un ampliamento delle competenze tecniche del Ministero<sup>17</sup>.

Da questo indirizzo legislativo derivarono alcune conseguenze: si ampliò l'area di contatto tra l'iniziativa della pubblica amministrazione e il mondo degli

---

<sup>16</sup> G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 103 ss.

<sup>17</sup> G. MELIS, *op. cit.*, p. 105.