

Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici

Sara Valaguzza

SOMMARIO: 1. Il cambio di paradigma per l'azione di committenza: dagli schemi ai modelli dialogici. – 2. *Alliancing e collaborative behaviours*: prime approssimazioni. – 3. La struttura concettuale base degli accordi collaborativi: definizione ed elementi essenziali. – 4. La base legale per la promozione degli accordi collaborativi nel settore pubblico.

1. *Il cambio di paradigma per l'azione di committenza: dagli schemi oppositivi ai modelli dialogici*

In occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico, il Rettore dell'Università degli Studi di Milano, Professor Elio Franzini, ha dedicato un importante passaggio del suo discorso al tema della collaborazione. Ha detto: «L'Università, anche se a volte lo si dimentica, non è un partito politico, e neppure una palestra dove è bello confrontarsi solo con chi è amico o affine. L'università è tale – *universitas* – solo perché deve dialogare con la differenza, la varietà, il dissidio, con tutte le componenti che la costituiscono e che insieme permettono di farla avanzare, ciascuna essenziale per la vita comune, qualunque sia la sua funzione. [...] si deve lavorare non per un'artefatta sintesi, per una soluzione conciliatrice, bensì per mettere in atto sempre di nuovo un dialogo consapevole del valore epistemologico delle differenze, capace di far parlare coscienze diverse. Uscire dagli schemi contrappositivi per aderire a modelli dialogici servirà forse a restituire un poco di speranza a un mondo – quello dell'università – che non ha nel nostro Paese, e non certo per mancanza di volontà propria, quel ruolo di riferimento che la scienza e il sapere dovrebbero possedere»¹.

La rinuncia alla sintesi in favore di un più paziente atteggiamento dialogico che consideri ed approfondisca le differenze, oltre a qualificare il rigore del

¹ La citazione è tratta dal discorso pronunciato da Elio Franzini, Rettore dell'Università degli Studi di Milano, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico, 7 febbraio 2019.

metodo scientifico, è un sistema di conoscenza utilizzato utilmente non solo nella dimensione politica², dell'economia³, delle scienze sociali⁴, ma anche in quella giuridica, nella quale si è messa in luce la rilevanza della rete come figura organizzativa della collaborazione⁵, riferendosi al modello reticolare-matriciale come dinamica positiva in chiave pubblicistica⁶. Nei contratti, la collaborazione tra parti portatrici di interessi differenti, talvolta anche di visioni e prospettive opposte, è uno strumento che rende le relazioni propositive ed efficaci, nel senso di rispondenti all'obiettivo che esse si prefigurano di raggiungere⁷. Si afferma così che «Companies, nonprofits, and governmental agencies that embrace disciplined collaboration perform better than those with an exclusively decentralized

² Nella dimensione politica ed istituzionale esistono diverse ed interessanti forme di collaborazione. Si va dal governo multilivello con pluralità di centri decisionali che devono necessariamente cooperare, all'istituto del coordinamento amministrativo per approdare alla co-amministrazione. In senso riassuntivo dei vari modi in cui le amministrazioni si rapportano tra di loro e con una ricca interpretazione critica si rinvia, per tutti, alle monografie di F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012; F. Gigliani, *Governare per differenza*, Pisa, 2012; B. Marchetti, L. De Lucia, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

³ Nel contesto economico attuale, caratterizzato tra l'altro dalla iper-specializzazione, la collaborazione è entrata a far parte del mondo dei contratti tra privati. Sono stati di recente pubblicati anche degli *standard* internazionali denominati «Collaborative business relationship management systems – Requirements and framework» ISO 44001/2017 per certificare che una determinata organizzazione sviluppa e gestisce i rapporti commerciali in un quadro di tipo collaborativo. La presenza di *standard* significa che la collaborazione è traducibile in modalità operative che si possono verificare e certificare. Per intendere con maggiori dettagli il mutamento dell'introduzione degli schemi collaborativi nella realtà d'impresa, si suggerisce la lettura del documento dell'*Institute for Collaborative Working, Understanding the Psychology of Collaboration: What Makes an Effective Collaboration?*, Marzo 2017, consultabile qui: http://www.instituteforcollaborativeworking.com/resources/documents/research_report_2017.pdf.

⁴ Nel campo delle scienze economiche e sociali la collaborazione è indagata come uno strumento di coesione, di tipo solidaristico, che porta vantaggi sia ai singoli individui sia alle comunità, cfr. in via esemplificativa del dibattito in argomento M.T. Hansen, *Collaboration*, Harvard University Press, 2009; D. Ancona, B. Henrik, *X-teams: How to Build Teams That Lead, Innovate, and Succeed*, Boston, Harvard Business School Press, 2007; J. Pfeffer, *What Were They Thinking? Unconventional Wisdom About Management*, Boston, Harvard Business School Press, 2007; J. Ericksen, D. Lee, *Right from the Start: Exploring the Effects of Early Team Events on Subsequent Project Team Development and Performance*, in *Administrative Science Quarterly* 49, no. 3 (2004): 438–471; A. Brandenburger, N. Barry, *Co-opetition: A Revolutionary Mindset That Combines Competition and Cooperation*, New York-Doubleday, 1996; M. B. Brewer, *Ingroup Bias in the Minimal Intergroup Situation: A Cognitive Motivational Analysis*, in *Psychological Bulletin* 86 (1979): 307-324. Molto interessante perché, sia pure nell'ottica dell'economia collaborativa intesa come *sharing economy*, guarda alla collaborazione come elemento di cambiamento non solo dell'economia, ma anche dell'accesso al mercato e delle abitudini dei consumatori, oltre che della gestione dei dati, del dritto della concorrenza, del diritto del lavoro e delle forme di risoluzione dei conflitti, il recente volume di V. Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford-Portland, 2018.

Anche la Commissione Europea ha centrato l'attenzione sulla collaborazione, come elemento essenziale per l'economica del futuro: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato per le Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2 giugno 2016, consultabile qui: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>

⁵ Per tutti, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003.

⁶ D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998.

⁷ Sulla collaborazione nella teoria dei contratti, sia consentito rinviare a S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Napoli, 2019.

approach, because disciplined collaboration combines the results of all the independent units and results based on collaboration»⁸.

Quanto anticipato è vero anche per la contrattualistica pubblica oltre che per il processo decisionale della pubblica amministrazione, come viene evidenziato negli studi di scienza dell'organizzazione⁹.

Sfruttando le dinamiche approfondite nelle scienze comportamentali sul valore della condivisione delle informazioni e sui comportamenti virtuosi che ne derivano, nel campo dei contratti tra privati si sta cominciando a sperimentare l'utilizzo di peculiari strutture giuridiche, che prendono il nome di 'accordi collaborativi', volte ad affiancare i contratti tradizionali, in una logica nuova, basata sulla flessibilità, piuttosto che sulla coerenza dei vincoli disciplinanti le obbligazioni dei contraenti, e sul riconoscimento della multipolarità delle relazioni giuridiche coinvolte nel raggiungimento di un medesimo obiettivo¹⁰.

Tali accordi, strutturati come discipline di rete, riuniscono, in un livello più generale, diversi contratti, tra di loro originariamente separati ed autonomi, e si concentrano sulla regolamentazione dei processi di interscambio tra i componenti di una alleanza dai confini estesi. Il gruppo che viene così ad essere costituito si assume, collettivamente, un impegno a promuovere le finalità che sono state enunciate e condivise; per conseguenza, la disciplina giuridica si estende trasversalmente a rapporti inizialmente configurati in maniera indipendente.

Istituzionalizzando la collaborazione, mappando (prima) e disciplinando (poi) i nessi relazionali tra diversi contratti, si promuove una logica simile a quella degli impegni di c.d. *best effort*¹¹, conosciuti soprattutto nel contesto anglosassone e nelle buone prassi internazionali, per aumentare e qualificare la diligenza richie-

⁸ M. Hansen, *Collaboration*, op. cit., 20.

⁹ A tale proposito, interessanti riflessioni si ritrovano nel lavoro di H. A. Simon, *Administrative Behavior, A Study of Decision-making Processes in Administrative Organisations*, New York, ult. ed., 1997, che, ragionando sulle modalità di azione dell'amministrazione, distingue *cooperation*, per indicare la disciplina delle attività in cui diversi soggetti condividono uno scopo comune, da *coordination*, che si riferisce al processo di informazione e di interazione di azioni affidate a soggetti diversi.

¹⁰ Le prime sperimentazioni e la struttura giuridica alla base degli accordi collaborativi è illustrata diffusamente, anche con riferimento ad esperienze di altri Paesi, nel recente volume di D. Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, Londra, 2019, per la parte italiana sia consentito di rinviare al capitolo, ivi incluso, S. Valaguzza, *How does collaborative procurement operate in Italy*.

¹¹ Che rientrano nella più generale categoria delle *endeavours clauses*, che si distinguono in *best efforts*, *all reasonable efforts* e *reasonable efforts*. Il *leading case* sul tema è una sentenza del 1980, *IBM United Kingdom Limited v Rockware Glass Limited*, vertente sull'obbligo di un contraente di porre in essere i propri *best efforts* per ottenere un permesso di costruire. In IBM, la *Court of Appeal* ha stabilito che l'obbligo per un debitore di usare i propri *best endeavours* implica che egli si impegni «a prendere tutte le misure e iniziative che prenderebbe una persona prudente e determinata, che agisce nel proprio interesse e intende adempiere all'obbligazione cui è sottoposta», cfr. in argomento, E. Betto, *Mind the Gap: 3. Le clausole di counterparts e best efforts nel diritto inglese*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 123 ss.

sta alle parti che, sia pure assumendo un'obbligazione di mezzi, sono tenute a porre in essere ogni sforzo per raggiungere l'obiettivo contrattualmente prefissato.

Per definire la particolare categoria giuridica appena descritta utilizzeremo, ai fini della nostra ricerca, il termine «accordi collaborativi» e riporteremo il fenomeno nel macro-insieme, più capiente, delle tecniche di *alliancing*, dette anche *collaborative contracting* o *collaborative behaviors*¹².

Fino ad ora, il nostro ordinamento giuridico ha prestato poca attenzione a questo genere di accordi¹³, che invece all'estero¹⁴ è stata indagata da importanti studi di carattere spesso interdisciplinare¹⁵.

¹² I fenomeni di *alliancing*, detti anche *collaborative contracting* o *collaborative behaviours*, sono stati definiti in diversi modi nel tempo, sempre senza ricondurre il concetto ad una specifica figura contrattuale tipica o tipizzata, ma cercando di mantenerne una dimensione ampia che cogliesse soprattutto lo scopo di queste nuove figure di accordi, più che associarlo ad un particolare archetipo di contratto. In argomento si può consultare, per cominciare, D. McGeorge, A. Palmer, *Construction management new directions*, 2nd ed. Oxford, 2002.

¹³ Mentre, per esempio, il Governo Britannico ha già ampiamente sperimentato le tecniche di *collaborative behaviours*, come vedremo nel paragrafo che segue.

¹⁴ In argomento, con una prospettiva internazionale, cfr. D. Mosey (edited by), *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, Wiley-Blackwell, 2019.

¹⁵ La tematica degli accordi collaborativi è studiata e approfondita specialmente nel mondo delle costruzioni pubbliche; per esempio, in Australia il governo del Nuovo Galles del Sud ha pubblicato nel giugno 2018 un interessante documento intitolato *NSW Government Action Plan – A 10 point Commitment to the Construction Sector*, con l'obiettivo di assistere l'industria delle costruzioni nell'implementazione di una nuova strategia di collaborazione, sia per la fase di progettazione e costruzione, sia per la fase di gestione; il documento è consultabile qui: <http://www.infrastructure.nsw.gov.au/media/1649/10-point-commitment-to-the-construction-industry-final-002.pdf>. Anche negli Stati Uniti la tematica degli accordi collaborativi è oggetto di studi specifici: cfr., per esempio, D.D. Gransberg, E. Scheepbouwer, C. Lopez del Puerto, *Making the Business Case for Alliance Contracting on US Megaprojects*, Paper n. 26, in *Proceedings of the Construction Research Congress*, ASCE, San Juan, Puerto Rico, Maggio 2016, in cui gli Autori analizzando i contratti collaborativi utilizzati dal Ministero dei Trasporti dello Stato di Washington per la costruzione di grandi progetti infrastrutturali e comparando i risultati statunitensi con quelli ottenuti in altri Paesi come Nuova Zelanda e Paesi Bassi, sono giunti alla conclusione che essi rappresentino il metodo migliore per realizzare con successo progetti ad alto rischio. Anche in Germania compare qualche studio *ad hoc*: cfr., in particolare, K. Spang, S. Riemann, *Partnering in infrastructure projects in Germany*, in *Social and Behavioural Sciences*, volume 119, n. 19, 219-228, 2014. Sempre a titolo esemplificativo della sensibilità che all'estero è emersa in senso favorevole alla diffusione di schemi collaborativi nei contratti pubblici e privati, si può consultare il documento *Collaborative contracting: make it happen del luglio 2018* (rapporto redatto da McKinsey), nel quale si legge che: «Increased use of collaborative contracting models was a prominent theme at the 2017 summit in Singapore, and there was robust discussion in London about how those models can help align all stakeholders and establish outcome-focused measures of progress that consider the impacts on end users. It will be important that collaborative contracts include appropriate risk sharing, set clear expectations, establish a problem solving-mentality, and offer financial incentives for each stakeholder. Such contracts will also be critical in reconfiguring the supply chain in a world with increasing industrialized and prefabricated components». L'utilizzo di modelli collaborativi, che legano in una relazione sinergica committente pubblico, appaltatore o concessionario e subcontraenti privati, è guardato con estremo interesse con l'intenzione di ricavarne strutture adeguate per la ripartizione dei rischi tra tutti i soggetti coinvolti in una certa iniziativa, per individuare con dettaglio gli obiettivi sostanziali di interesse pubblico e per affrontare in maniera efficiente gli imprevisti, in un quadro giuridico che permetta a tutte le parti di guadagnare (non nell'introdurre problemi, ma) se il risultato atteso viene raggiunto e se vengono risolte in maniera condivisa criticità sopraggiunte, con una netta valorizzazione dell'impegno profuso dalle imprese durante la fase di esecuzione dei contratti. Cfr.: <https://www.globalinfrastructureinitiative.com/article/collaborative-contracting-making-it-happen>.

Di recente, però, anche in Italia ci sono stati i primi impieghi di schemi contrattuali relazionali e alcune sperimentazioni sono state condotte proprio nel campo della contrattualistica pubblica¹⁶.

In questo scritto, ci chiederemo se ed in che modo «uscire dagli schemi contrappositivi per aderire a modelli dialogici», come si scriveva in esordio, possa apportare benefici al mercato dei contratti pubblici, che è percorso dalla pervicace resistenza, spesso ideologica, dei suoi principali attori a collaborare in maniera trasparente e proattiva.

Considerando l'ambito dei contratti pubblici, il dato oggettivo di partenza è che la fase di esecuzione è costellata da problematiche giuridiche e operative, finendo per lasciare tutti insoddisfatti: l'amministrazione, che si trova a pagare di più rispetto a quanto preventivato; l'operatore economico che non ottiene le utilità sperate; gli utenti dell'opera, del servizio o della fornitura, che non sempre sono messi in condizione di godere di prestazioni di elevata qualità e che spesso non lo sono comunque nei termini stabiliti.

Non vi è chi non colga come le crisi aziendali degli ultimi tempi e l'ormai fisiologico livello di conflittualità del settore di nostro interesse¹⁷ rendano quanto mai urgente l'intrapresa di un percorso di riconciliazione, che conduca ad un linguaggio e ad una visione comuni, in cui le diverse componenti del mercato, dal committente ai membri della filiera delle imprese, possano confrontarsi ed unirsi per creare valore pubblico aggiunto¹⁸.

¹⁶ I casi pilota nel settore pubblico sono il frutto dell'attività di studio del Centro sul diritto e management delle costruzioni (CCLM), costituito tra Università degli Studi di Milano, Politecnico e Università degli Studi di Brescia per la ricerca e la sperimentazione nel settore delle costruzioni, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il primo modello-tipo di accordo di collaborazione e ne ha proposto l'applicazione ai committenti pubblici. Le prime applicazioni sono descritte nel *working paper* di G. Di Giuda, S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, in *Collana ANAC*, 2019, http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/Collana%20scientifica%20Autorita/16maggio_DI%20GIUDA_%20VALAGUZZA_Accordi_collaborativi.pdf, che, dopo aver fornito dei dati di contesto rilevanti per comprendere la proposta di valorizzare gli schemi giuridici collaborativi in luogo di quelli tipicamente antagonisti che caratterizzano il rapporto tra committenti pubblici e operatori economici privati, illustra la logica degli accordi collaborativi ed esemplifica i concetti prospettando alcune applicazioni pratiche, al fine di promuoverne l'utilizzo in favore della committenza pubblica, come metodo per efficientare tempi e costi di realizzazione delle opere pubbliche e migliorare i risultati rispetto alle attese.

¹⁷ Nella audizione presso la Commissione Lavori Pubblici del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2018, l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili ha indicato tra le criticità più rilevanti dei contratti con le amministrazioni, il contenzioso sia in fase di gara sia in fase esecutiva. La riduzione del contenzioso nella fase esecutiva, anche valorizzando gli strumenti di tutela alternativi al giudizio, è stata enunciata come un obiettivo fondamentale, sul quale le imprese hanno richiesto al legislatore di intervenire. Cfr. https://www.lavoripubblici.it/documenti/2018/lvpb4/Memoria_ANCE.pdf.

¹⁸ Sul concetto di creazione di valore pubblico aggiunto cfr., se si vuole, S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 134 ss.

Non a caso alcuni Paesi, in particolare il Regno Unito¹⁹, hanno promosso le tecniche di *alliancing* proprio nel campo dei contratti pubblici. Lì, il *collaborative contracting* è parte di una strategia, ascrivibile all'ambito della *Construction Strategy*²⁰, studiata per migliorare la capacità dell'azione di committenza. Nel documento *UK Government Effectiveness of Frameworks Report*²¹, i vantaggi registrati grazie alle tecniche di collaborazione sono stati ricondotti ad una modifica identitaria del rapporto tra il committente e la filiera degli operatori economici, passato dall'antagonismo al dialogo.

I benefici testati sono i seguenti²²: *delivering sustainable efficiency savings; reduction in consultancy and construction costs; delivery of projects closer to target cost and time; reduction of disputes, claims and litigation; high client satisfaction rates; high proportion of value of work undertaken by small and medium-sized enterprises (SMEs); high proportion of local labour and sub-contractors; high take-up of government initiatives e.g. Fair Payment, Apprenticeships, localism etc.; high proportion of construction, demolition and excavation waste diverted from landfill; good health and safety performance against national average; acting as a key enabler to integration of the supply team*²³.

¹⁹ In generale, sull'esperienza britannica, è possibile ottenere dati continuamente aggiornati sulle esperienze pratiche in tema di *alliancing* e su nuovi modelli contrattuali al seguente indirizzo: <http://www.alliance-forms.co.uk/about-fac-1/>. Sui contenuti e lo schema del FAC-1, invece, si consiglia la lettura del *Briefing Paper* consultabile qui: <https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/construction/FAC-1-Briefing-Paper.pdf>.

²⁰ Cfr. *Government Construction Strategy 2011-2014*, il Governo Britannico ha dichiarato questo intento: «This strategy means that the public sector will become a better client – more informed and better coordinated when its requirements are specified, designed and procured. The strategy also challenges industry business models and practices. It will replace adversarial cultures with collaborative ones; and will demand cost reduction and innovation within the supply chain to maintain market position – rather than innovation that is focused on the bidding process – with a view to establishing a bargaining position for the future». Al termine dei quattro anni interessati dalla prima linea di azione, in seguito alla verifica delle priorità indicate in precedenza, sono stati raccolti ed analizzati i risultati raggiunti ed è stata adottata, di conseguenza, in linea con la politica prescelta, la *Government Construction Strategy 2016-2020*.

²¹ Ancora *Final report to Government by Procurement/Lean Client Task Group*, consultabile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61157/Procurement-and-Lean-Client-Group-Final-Report-v2.pdf.

²² Cfr. *Final report to Government by Procurement/Lean Client Task Group*, consultabile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61157/Procurement-and-Lean-Client-Group-Final-Report-v2.pdf.

²³ Visti i benefici rilevati, le tecniche di *alliancing* sono state impiegate in maniera massiccia e rappresentano ora un importante elemento qualificante della contrattualistica, pubblica e privata, di quel Paese. L'investimento che il Governo inglese ha ritenuto di fare sulla collaborazione ha portato anche a standardizzare un modello, che è stato denominato *Framework Alliance Contract*, FAC-1, realizzato grazie ad un progetto che ha coinvolto le istituzioni, il mondo delle professioni e il *King's College* di Londra. Il *Framework Alliance Contract*, elaborato nel contesto britannico dal King's College di Londra, con David Mosey e pubblicato da *ACA Council*, è redatto come uno *standard* di accordo e ormai appartenente alle *best practices* del buon committente pubblico. Un utilizzo particolarmente interessante del *Framework Alliance Contract* ha riguardato, per esempio, il settore dell'edilizia scolastica. In particolare la LHC, che svolge servizio di committenza a livello nazionale, ha adottato il FAC-1 per appalti che includono scuole ed edifici pubblici e per realizzare strutture edilizie di interesse pubblico, come case di accoglienza, case di riposo, alloggi per studenti. Tra i componenti della collaborazione, i cui

Il caso inglese dimostra che, a fronte di una linea condivisa, supportata e promossa a livello governativo, in cui si verificano risultati positivi in termini di risparmio di tempi e costi, oltre che di migliore rispondenza agli interessi pubblici, l'utilizzo delle tecniche di *alliancing* da parte delle amministrazioni locali è una conseguenza naturale.

In una prospettiva più generale, l'agire per diffondere la cultura della collaborazione a partire dal settore pubblico appare notevolmente conveniente non solo in quanto di ciò beneficerebbe la spesa pubblica, ma anche perché sarebbe immediatamente coerente utilizzare strumenti regolatori per «educare» il mercato a buone prassi, posto che l'ambito dei contratti pubblici è già oggetto di una regolazione volta alla promozione dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, controllo dei tempi e dei costi di esecuzione, tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica, tutela delle piccole e medie imprese. Il che non solo giustificerebbe, ma anzi renderebbe perfino opportuno, un intervento regolatorio, eventualmente nei termini della *soft regulation*, che spinga le amministrazioni ad adottare schemi dialogici e collaborativi.

Peraltro, nel nostro Paese, l'obbligatorietà progressiva degli strumenti di modellazione digitale, imposta dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 560/2017, renderà inevitabile, proprio nel mercato dei contratti pubblici, accompagnare l'impiego dei metodi di progettazione e di controllo digitali con contratti sempre più flessibili e multi-parti, in cui si regoli l'interazione dei soggetti che operano, con diversi compiti, nel medesimo ambiente condiviso di dati messi in comune²⁴.

A partire da queste constatazioni, intendiamo vagliare la possibilità che, introducendo anche nel settore pubblico l'utilizzo degli accordi collaborativi, si innestino elementi di flessibilità che migliorino la relazione tra le parti, riportan-

contratti sono stati disciplinati anche al livello di rete ricorrendo alle tecniche di *alliancing*, sono stati inseriti i consulenti, il project management, i soggetti incaricati di prestare i servizi di architettura e ingegneria. La LHC ha utilizzato il FAC-1 per creare un framework della collaborazione multicliente e su larga scala.

²⁴ In particolare, il *Building Information Modelling* sarà obbligatorio, dal 2019, per lavori complessi relativi ad opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro; nel 2025 l'obbligatorietà del BIM sarà generalizzata a tutte le opere di edilizia pubblica. Si è dunque inteso promuovere l'evoluzione del settore edilizio tramite l'applicazione di processi tecnologici avanzati, a partire dalla domanda pubblica: di fronte allo «scenario polverizzato di attori e responsabilità» presente nel mercato dei servizi di architettura e ingegneria, «solo una pur lenta ma graduale evoluzione di una forte committenza pubblica e della sua funzione sembra poter determinare il cambiamento necessario», S.R. Ermolli, P. De Toro, *Innovazione di processo per la digitalizzazione degli appalti pubblici: sinergie tra BIM e analisi multicriterio*, in *Techne*, n. 6, 2013, 90. Più in generale sul BIM, C. Eastman, P. Teicholz, R. Sachs, K. Liston, *Il BIM. Guida completa al Building Information Modeling per committenti, architetti, ingegneri, gestori immobiliari e imprese*, Edizione italiana a cura di G.M. Di Giuda, V. Villa, Milano, 2016. Con riferimento all'ordinamento italiano, la più completa disamina del BIM quale metodo innovativo di progettazione, soprattutto con riferimento alle sue applicazioni pratiche nel settore delle costruzioni, è quella svolta da A. Ciribini, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Palermo, 2016; Id., *L'information modeling e il settore delle costruzioni: IIM e BIM*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

do nel rapporto contrattuale la fiducia reciproca e la leale collaborazione, e consentono così di raggiungere il perseguimento dell'interesse pubblico, nell'interesse della comunità amministrata.

2. *Alliancing e collaborative behaviours: prime approssimazioni*

Il ragionamento che sta per essere sviluppato sul significato e sulle potenzialità dell'impiego dei modelli dialogici in tecniche contrattuali applicabili anche nel campo dei contratti pubblici in Italia, ci induce ad avviare il percorso raccordando anzitutto le nostre riflessioni all'elemento logico basilare del contratto, che è l'*accordo* tra due o più parti.

L'amministrazione per accordi²⁵, ossia l'utilizzo del diritto privato e, nello specifico, del contratto, pur non potendo condurre lontano dai principi dell'azione amministrativa, che connotano il soggetto pubblico in quanto tale, è pur sempre basata sul consenso²⁶ ossia sulla reciproca e concertata volontà diretta ad uno scopo comune che, nel caso dei contratti pubblici, riguarda necessariamente

²⁵ Sulla problematica del rapporto tra amministrazione e diritto privato, oltre ai fondamentali studi classici di Cammeo, Amorth, Forti, De Valles, D'Alberti, Carnelutti, Miele, Bodda, Giannini, e Pericu, i contributi scientifici sono numerosissimi; ci si limiterà, pertanto, ad una indicazione bibliografica selettiva, senza alcuna pretesa di esaustività: F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 427 ss. e Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997. Specificamente sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, imprescindibili per comprendere lo sviluppo attuale: F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937; M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; E. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; C. Marzuoli, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986; F.P. Pugliese, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione*, ad vocem, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

²⁶ Lo studio del consenso nei negozi giuridici di diritto privato è spesso legato ai profili inerenti all'autonomia privata e alla protezione della «libertà del volere» che li caratterizza. Il consenso si forma sull'accordo, che ha priorità logico giuridica rispetto al contratto in senso stretto (inteso come documento contrattuale) e che, infatti, è elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1321 cc. Più in generale, si afferma, per esempio, che «Se per formazione o conclusione del contratto si intende la formazione della fattispecie contrattuale, risulta la piena equivalenza di significato tra formazione del contratto e accordo: il contratto è concluso quando si perfeziona l'accordo tra le parti.», M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2015, 206. O, ancora, «Il negozio giuridico ha la funzione di consentire ai singoli di regolare in modo autonomo i propri interessi, dando ad essi un assetto *voluto*. [...] Ciò che crea il vincolo è invece la posizione di un regolamento di interessi (...) nei confronti di altre persone attraverso la dichiarazione o l'attuazione negoziale», P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, 155 ss. Del resto, la «signoria della volontà» sta proprio a significare il ruolo centrale del consenso, formato attorno ad un determinato assetto di interessi, che unisce *tutte* le parti del contratto, cfr. F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2017, Cap. XII; F. Delfini, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017.

La rilevanza del consenso si riverbera anche sulla teoria della interpretazione del contratto che, infatti, cerca, attraverso l'interpretazione soggettiva, di individuare la «comune intenzione delle parti», anche ove diverga dal comune sentire.

esigenze di interesse pubblico. È il consenso che, come affermano gli studiosi del diritto civile, si oggettivizza nel contratto²⁷.

Questo fatto ci consente anzitutto di precisare che la struttura logico-giuridica della relazione contrattuale sarebbe immediatamente alterata allorché, da un lato, l'amministrazione pretendesse di utilizzare le logiche proprie dell'azione imperativa nella fase di sviluppo della relazione contrattuale e, dall'altro, il privato dimenticasse il dovere di buona fede nell'interpretazione del sinallagma. L'interpretazione corretta del contratto include anche il riconoscimento dei limiti di azione dei soggetti pubblici che, secondo i più, non godono dell'autonomia privata, vista la funzionalizzazione dell'attività anche di diritto privato dell'amministrazione all'interesse pubblico (e, dunque, non alla libertà del volere)²⁸. Non bisogna dimenticare che al contratto pubblico si ricorre perché l'amministrazione esprime un bisogno, affidato alla fase di selezione del contraente, a cui i soggetti interessati alla procedura di gara dichiarano di voler rispondere.

Nel momento dell'aggiudicazione del contratto, quindi, si crea un sodalizio – *id est* l'accordo tra le parti – dotato dei crismi della giuridicità e retto dalle norme civilistiche oltre che dai principi dell'azione amministrativa di diritto privato.

Si intende dire con ciò che, anche nel mercato pubblico, il contratto forma, sempre e comunque, una alleanza collaborativa, essendo, pure qualora le parti siano un ente pubblico e uno o più soggetti privati, un accordo (potremmo dire anche un «patto») volto a raggiungere finalità condivise²⁹.

Questa precisazione, che appare ovvia e ridondante dal punto di vista teorico, non lo è affatto se si pensa a quanto accade nella animata e multiforme realtà della

²⁷ Nel senso che, una volta che il contratto viene stipulato, «la volontà contrattuale cessa di essere un fatto psicologico e interno. Il soggetto è tenuto perché ha indotto altri a fidarsi della sua parola.», R. Sacco, F. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 2012, 171.

²⁸ Contrario al riconoscimento di un'autonomia privata in capo alle amministrazioni pubbliche, in virtù della tesi della funzionalizzazione dell'azione amministrativa, F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa - Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 20-22 settembre 2001, Milano, 2002, 44: «l'azione consensuale non può essere rapportata ad una situazione soggettiva che risponda alle caratteristiche essenziali dell'autonomia contrattuale, dato che l'amministrazione non può «liberamente determinare il contenuto del contratto» o dell'atto consensuale in genere; e va invece riferita ad un potere precettivo di diversa consistenza (funzionalizzato, vincolato, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza): il potere amministrativo». Nello stesso senso anche R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70 ss. Rifiuta di qualificare il rapporto tra diritto privato e ente pubblico nei termini dell'autonomia privata anche S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 117 ss. ricordando D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. II, 772. I. Critico anche M. Galli, *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 68 ss. Contrario anche V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune. Principi e problemi*, in *Scritti G. Guarino*, I, Padova, 1998, 553 ss. spec. 574 ss., che esclude la configurabilità di una autonomia privata dell'amministrazione per la necessaria vigenza dei principi di imparzialità e di tutela dei terzi.

²⁹ Del resto, come è stato di recente rilevato: «La contractualisation, la négociation et le consensualisme sont alors développés pour répondre aux maux de l'action publique et à la crise de la modernité juridique.», M. Amilhat, *Contractualisation, négociation, consensualisme: nouvelles approches du droit public*, in *RFDA*, 2018, 1 ss..

pratica del diritto dei contratti pubblici, nella quale albergano contrasti di volontà fin dalle prime fasi esecutive del rapporto, come se quell'accordo che dà forza giuridica al contratto e contenuto alla relazione tra due o più parti, non ci fosse mai stato.

La patologia che affligge spesso i contratti pubblici, fin dalle fasi iniziali, è che, nonostante ci sia un accordo in termini giuridici, esso viene subito disconfermato nei fatti, con iscrizione di riserve, lettere di contestazioni e messe in mora, ancora prima che si dia avvio alle prestazioni di competenza dell'appaltatore, e così via.

Ora, se, come si è detto riferendoci all'esperienza inglese, l'*alliancing* ha l'ambizione di mutare l'identità della relazione tra committente pubblico ed operatori economici privati, trasformandola da conflittuale a dialogica, dovremmo avere cura di concentrare l'attenzione dei contraenti sull'accordo, cioè sull'obiettivo sostanziale che sta alla base del bisogno di interesse pubblico che ha indotto l'amministrazione a contrarre e della risposta che ad esso l'aggiudicatario della gara ha inteso proporre.

Per ottenere questo risultato, le tecniche di *alliancing* vanno oltre la struttura minima attorno a cui si costruisce il rapporto contrattuale³⁰: dato per assodato che non è utile ragionare di *collaborative behaviours* se non dopo aver ritrovato il nucleo concettuale di base della relazione contrattuale, che consiste nell'*accordo* tra due o più parti diretto ad uno scopo condiviso, occuparsi di accordi di collaborazione significa però intendersi su quale sia il contributo ulteriore e specifico che questo genere di intese apporta alla relazione giuridica che unisce due o più parti interessate al medesimo obiettivo.

Preliminarmente possiamo precisare che, nell'ottica che riteniamo di poter prospettare, l'accordo collaborativo è un atto dotato di rilevanza giuridica e valore vincolante; attraverso di esso, gli schemi dialogici superano l'informalità della generica disponibilità ad interagire e assurgono a quello della forma propriamente contrattuale³¹.

³⁰ Nella dottrina internazionale si trova traccia di una categoria concettuale molto ampia, che viene definita come *contratto relazionale*: «unlike traditional legal doctrine, relational contract comfortably accommodates arrangements in which the parties to a commercial exchange aspire to rise above individual opportunism to manage an endeavor collectively and to share the risks and rewards of the venture. The intentionally relational contract stands in contrast to the more conventional notion of a commercial agreement, which intends, as much as possible, to allocate risks associated with a discrete transaction between the parties through contractual terms that attempt to anticipate and govern all reasonably foreseeable contingencies», cfr: Circo C.J., *A Case Study in Collaborative Technology and the Intentionally Relational Contract: Building Information Modeling and Construction Industry Contracts*, University of Arkansas Research Paper No. 14-29, 2015, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463467.

³¹ Quando il dialogo flessibile che la collaborazione promuove diventa oggetto di un accordo di collaborazione, il vincolo che tale accordo genera ha il medesimo peso di quello proveniente da un contratto di appalto o di concessione. I primi esperimenti applicativi dimostrano che il tema della consapevolezza della vincolatività degli impegni assunti in un contesto collaborativo è un argomento che merita ulteriore riflessione, in termini prettamente giuridici. Un punto debole della collaborazione è che essa è spesso intesa come un accessorio informale, come se la sottoscrizione di un accordo collaborativo fosse meno vincolante, per l'appaltatore, per il direttore dei lavori, per i subcontraenti, di quella del contratto di appalto. Il che, evidentemente, in termini legali non è corretto. Per questo è fondamentale, a nostro avviso, chiarire i presupposti concettuali e giuridici alla

A questo punto, però, la nostra ricerca deve necessariamente confrontarsi con il problema definitorio. In particolare, indagheremo prima, sia pure per sommi capi, l'ambito logico nel quale gli accordi collaborativi si sono sviluppati, che è quello dell'*alliancing*, e tenteremo poi di fornire una definizione giuridica capace di chiarire il concetto.

Il fenomeno dell'*alliancing* è stato spiegato con diversi termini, spesse volte in maniera a-tecnica³² che lascia insoddisfatto il giurista³³. Il che tuttavia è comprensibile perché l'intenzione non appare quella di identificare i confini di uno specifico tipo di contratto. Infatti, ci si è limitati, perlopiù, a descrivere una strategia relazionale multipolare, funzionale a determinati scopi.

Nella letteratura tecnica straniera e nei documenti di vari gruppi di lavoro sul tema della collaborazione si trovano utilizzate le espressioni, impiegate pressoché con il medesimo significato, di *collaborative contracting*, *alliancing* e *collaborative behaviours*.

Si è detto che l'*alliancing* raggruppa quegli accordi che mettono in relazione due o più soggetti, di varie dimensioni, nazionali o internazionali, per condividere obiettivi ed interessi economici comuni³⁴; che con il *collaborative contracting* si disciplina l'attività di impresa affinché apporti valore aggiunto in favore del progresso delle società e a beneficio degli utenti finali³⁵; che con l'*alliancing* si costruisce la cooperazione tra più soggetti per creare una sinergia strategica che contribuisca a migliorare i risultati attesi da un determinato progetto condiviso³⁶.

La definizione che appare più utile nella prospettiva giuridica, sia pure ancora piuttosto generica, è stata fornita da Love and Gunasekaran, secondo cui rientrano nel campo dell'*alliancing* quegli accordi che costituiscono una relazione

base degli accordi collaborativi, a cui culturalmente gli operatori del nostro mercato, ma anche i committenti e i professionisti, specialmente se sono figure tecniche, non sono ancora avvezzi.

³² Le definizioni si ritrovano in diversi manuali e studi monografici. Si rinvia, per esempio, al già citato manuale di D. McGeorge, A. Palmer, *Construction management new directions*, op. cit.

³³ Va anche tenuto presente che le definizioni sono incluse perlopiù in scritti di contenuto tecnico; il che rende fisiologico un approccio non sempre preciso con riferimento alle categorie concettuali della scienza giuridica.

³⁴ «A relationship between two entities, large or small, domestic or foreign, with shared goals and economic interests», United States Trade Center, in <http://ustradecenter.com/alliance.html#introduction>, 1998.

³⁵ «Organisations with capabilities and needs come together to do business and add value to the other partner, at the same time working to provide a product which enhances society and the capability of the ultimate client», G. Nicholson, *Choosing the right partner for your joint venture*, Fletcher construction, in *Proceedings of joint venture & strategic alliance conference*, Sydney, Australia, 1996.

³⁶ «A cooperative arrangement between two or more organizations that forms part of their overall strategy, and contributions to achieving their major goals and objectives for a particular project», A. Kwok, K. Hampson, *Building strategic alliances in construction*, in *Queensland University of Technology, AIPM Special Publication*, 1996. Similmente, l'accordo collaborativo è definito come quel contratto in cui «the client and associated firms will join forces for a specific project, but will remain legally independent organisations. Ownership and management of the cooperating firms will not be fully integrated although the risk of the project is shared by all participants», A. Gerybadze, *Strategic alliances and process redesign*, New York, 1995.

organizzativa a rete e disciplinano comportamenti collaborativi in vista del raggiungimento di specifici scopi comuni³⁷.

A partire dalla constatazione della difficoltà di individuare una categoria specifica e dettagliata a cui associare la nozione di giuridica di collaborazione, alcuni interessanti studi³⁸ hanno proposto di ragionare di *alliancing* utilizzando la teoria delle «somiglianze di famiglia» di Wittgenstein³⁹, per arrivare, attraverso quella strada, a proporre una nozione piuttosto ampia e flessibile, capace di rappresentare adeguatamente, a detta dei ricercatori che hanno seguito questo percorso, il fenomeno e le diverse articolazioni in cui in concreto esso si declina, senza smarrirne la complessità.

Si ricorda che, secondo il filosofo tedesco, a fronte di un concetto complesso e articolato, l'approccio di chi voglia definirlo è quello delle affinità: così come all'interno di una famiglia, vi sono delle somiglianze somatiche e caratteriali tra genitori e figli o tra parenti, che legano tra loro non tutti i componenti ma solo alcuni, ugualmente i concetti complessi aggregano esemplari caratterizzati dall'appartenere alla famiglia del concetto che si consideri, nel nostro caso quella degli accordi collaborativi, ma poi vi sono *species* che appartengono al *genus* con il quale condividono solo alcuni aspetti e non altri.

Procedendo con il metodo Wittgensteiniano, si è sostenuto che *collaborative contracting*, *alliancing* e *collaborative behaviours* sono caratterizzati da alcuni elementi definiti *hard*, che appartengono alla dimensione giuridico normativa del rapporto contrattuale, e da alcuni elementi appellati come *soft*, propri delle modalità in cui la relazione contrattuale si sviluppa, individuati tenendo presente le scienze comportamentali. Nei primi rientrano: la forma scritta del contratto e una regolamentazione precisa di responsabilità e guadagni delle parti; nei secondi: la fiducia, la lunga durata del rapporto, i comuni obiettivi, i vantaggi per ogni componente della collaborazione, la flessibilità, l'equilibrio nella ripartizione di impegni e guadagni, i sistemi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione

³⁷ Gli Autori riprendono una definizione piuttosto comune di *alliancing*, di carattere finalistico: l'*alliancing* si pone lo scopo di «establish inter-organisational relations and to engage in collaborative behaviour for a specific purpose», P.E.D. Love, A. Gunasekaran, *Learning alliances: a customer-supplier focus for continuous improvement in manufacturing*, in *Indus Comm Training* 1999;31(3):88-96. Similmente, per *alliancing* si è intesa una alleanza strategica, nella quale «an inter-organisational arrangement which usually exists between two companies that extends beyond a specific project and the parties would expect ongoing, mutually beneficial business», R. Peters, D Walker, K.Hampson, *Case study of the Acton Peninsula Development. Research and case study of the construction of the National Museum of Australia and the Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies. School of Construction Management and Property, Queensland University of Technology*, Australia, 2001.

³⁸ In particolare ci si riferisce allo scritto di J.F.Y. Yeung, A.P.C. Chan, D.W.M. Chan, *The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept*, in *International Journal of Project Management* 25, 2007, 219-231.

³⁹ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, ult. ed., 2014.

dei conflitti tra le parti dell'accordo, la cooperazione e le forme agili di comunicazione tra le parti, gli incontri periodici tra i componenti della collaborazione⁴⁰.

Ecco che cosa si intendeva dire anticipando che, quando si parla di *alliancing* non ci si riferisce ad una specifica figura contrattuale tipica; piuttosto si richiama un processo relazionale che può essere disciplinato in accordi tipizzati o meno, i cui tratti essenziali – *hard* e *soft* – sono quelli appena richiamati.

Ovviamente, se ci riferissimo specificamente al nostro ordinamento giuridico, dovremmo dire che si tratta di accordi atipici, dato che non sono regolati nel codice civile o in leggi speciali né l'accordo di collaborazione né figure ad esso assimilabili.

Di conseguenza, nel nostro sistema, gli accordi collaborativi, qualificabili come accordi atipici, troverebbero il loro fondamento nell'art. 1322 c.c., che ammette che le parti possano liberamente determinare il contenuto di contratti che non rientrano nei tipi, purché mirino a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Sotto quest'ultimo profilo, pare non si possano sollevare dubbi sul fatto che il contenuto degli accordi collaborativi supererebbe il vaglio di ammissibilità sulla meritevolezza, necessario per riconoscere la giuridicità degli accordi atipici, considerato che la disciplina della collaborazione, come si è visto, è volta ad apportare benefici sia in termini economici sia in termini qualitativi che finiscono per migliorare il risultato sostanziale che una certa attività si prefigura.

Inserito il discorso nell'ambito logico dell'*alliancing*, il modo di vedere le cose del giurista ci porta ad approfondire ulteriormente la questione, alla ricerca di una definizione del fenomeno e degli elementi essenziali che lo caratterizzano. Nel paragrafo che segue, dunque, andremo alla ricerca di una struttura concettuale di base degli accordi collaborativi, tenendo come riferimento il sistema italiano e, in particolare, le nozioni essenziali in tema di obbligazioni e contratti.

3. *La struttura concettuale base degli accordi collaborativi: definizione ed elementi essenziali*

Alla luce di quanto precede, in via di prima approssimazione, l'accordo collaborativo può essere inteso come un particolare modo di interpretare la relazione giuridica intercorrente tra più soggetti, non necessariamente parti dello stesso contratto, ma coinvolti nella realizzazione del medesimo obiettivo finale (per esempio, la costruzione di una scuola, la fornitura di panchine in un parco pubblico, o la gestione di un servizio pubblico). Esso si fonda sulla mappatura della rete dei rapporti interconnessi, che vengono disciplinati nei loro intrecci in maniera flessibile, allo scopo di affrontare situazioni critiche o comunque frammiste, guidan-

⁴⁰ J.F.Y. Yeung, A.P.C. Chan, D.W.M. Chan, *The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept*, cit., 219 ss.

do le interazioni affinché si ottengano miglioramenti nelle *performances* di ciascuno per effetto della disciplina dell'alleanza, di cui l'accordo collaborativo si occupa.

L'identificare nella collaborazione una regola di azione per ottenerne benefici di gruppo, accomuna gli accordi di collaborazione ai contratti di rete. Nei contratti di rete, introdotti con il D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009, due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche per accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato e identificano una forma di aggregazione che può applicarsi ad un numero indistinto di attività da svolgersi in comune, istituendo una sinergia prevalentemente soggettiva⁴¹. Con i contratti di rete le imprese mantengono la propria autonomia organizzativa, ma creando nessi di interdipendenza e di coordinamento per migliorare le proprie *performances* sui mercati. Negli accordi collaborativi, invece, si costruisce un gruppo di lavoro speciale orientato verso uno scopo specifico, qualificato, in termini oggettivi, dal programma comune. Nel nostro caso, il fattore trainante non sta nella catena di imprese che si scelgono reciprocamente per migliorare la propria qualità sul mercato, ma nel comune vincolo alla realizzazione del programma della collaborazione.

La costruzione di un accordo di collaborazione richiede di mettere in gioco una visione più ampia di quella concentrata sul singolo contratto con il quale si affidano determinate prestazioni, che intraveda i possibili rischi e le potenziali opportunità che stanno (non più solo all'interno del singolo contratto che si vuole affidare, ma anche) *al di fuori e nel contorno* di un certo contratto di appalto o di concessione.

Una volta disegnata e disciplinata la rete, ciascun componente della collaborazione visualizzerà il suo contratto e le proprie attività all'interno di uno scenario maggiormente esteso di azioni e di attori.

Secondo le scienze comportamentali, la consapevolezza di essere parte di un gruppo e di condividere responsabilità e prospettive, scoraggerà iniziative non collaborative, che, nella dinamica dei ruoli innescata tramite la collaborazione, spingerebbero all'isolamento chi le assume⁴². Lo studio delle scienze psicologiche,

⁴¹ Sul contratto di rete i contributi dottrinali sono ormai abbastanza numerosi e coprono diverse aree applicative. Interessanti i contributi monografici di C. Garilli, *Contratto di rete e diritto Antitrust*, Torino, 2017; L. Bullo, *Contratti di rete e le nuove frontiere del contratto: modelli giuridici e strutture economiche a confronto*, Padova, 2017; S. Locorotolo, *Il contratto di rete. Struttura e funzione*, Padova, 2015; G. Guzzardi, *Cooperazione imprenditoriale e contratto di rete*, Padova, 2015. Il dibattito avviato con la pubblicazione dell'art. 3 del D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009 è ripercorso in maniera critica nella raccolta degli atti del convegno tenuto a Pescara nel 2001 e raccolti in Aa.Vv., *Il contratto di rete: un nuovo strumento di sviluppo per le imprese. Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2013.

⁴² In argomento, sugli aspetti relazionali dei *team* di lavoro, cfr. R.S. Peterson, K. Jackson Behfar, *The dynamic relationship between performance feedback, trust, and conflict in groups: A longitudinal study*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 92, n. 1-2, 2003, 102-112; M. Hoegl, K. Praveen Parboteeah, H.G. Gemuenden, *When teamwork really matters: task innovativeness as a moderator of the teamwork – performance relationship in software development projects*, in *Journal of Engineering and Technology Management*, vol.

ci direbbe che, grazie alla sottoscrizione di un accordo di collaborazione, un atteggiamento proattivo e dialogico è del tutto naturale⁴³, perché cambia, in sostanza, la percezione della «cosa⁴⁴ giusta» da fare.

Con l'accordo collaborativo, dunque, si introducono dei fattori di flessibilità volti ad integrare contratti previamente stipulati, che vengono ad essere coordinati in ragione di eventi futuri ed incerti – che sfuggono dunque ad una puntuale regolamentazione preventiva – e si promuove la ricerca di opportunità che nascano nella sinergia che la collaborazione attiva. La flessibilità – è bene ricordarlo – non riguarda, però, la cogenza del vincolo giuridico che dall'accordo collaborativo deriva, ma le modalità con cui è richiesto ai componenti della collaborazione di adeguarsi alle necessità che sopraggiungono nella fase di esecuzione delle attività a loro affidate, per migliorare, grazie all'apporto proattivo di ciascuno, il risultato finale atteso dal committente.

Ancora più sinteticamente, precisando la nostra definizione, potremmo dire che si tratta di un accordo volto a disciplinare quelle interazioni che, per la presenza di *elementi di fatto* o *di diritto*, si creano tra diversi rapporti giuridici, regolati da fonti autonome, ma reciprocamente interferenti.

Elementi di fatto che creano interferenza possono essere tutti quegli accadimenti imprevisi⁴⁵, che, per esempio, alterino le previsioni del cronoprogramma delle attività di competenza di soggetti diversi; in tale caso, il *framework* della collaborazione si occuperà di convogliare le forze e le energie di tutti i componenti dell'alleanza per affrontare l'impreveduto, facendo sì che si ponga in essere ogni sforzo del gruppo per evitare di generare maggiori costi o maggiori tempi. Invece, *elementi di diritto* che creano interferenza tra un rapporto giuridico ed un altro

20, n. 4, 2003, 281-302, L.R Yang, C.F. Huang, K.S. Wu, *The association among project manager's leadership style, teamwork and project success*, in *International Journal of Project Management*, vol. 29, n. 3, 2011, 258-267.

⁴³ Studi empirici hanno dimostrato quanto sia importante costruire una relazione fiduciaria per affrontare situazioni critiche. Per avere un'idea delle ricerche in argomento si può consultare lo scritto di B. Rothstein, *Social Traps and the Problem of Trust: Theories of Institutional Design*, Cambridge, 2005. Sul punto si può tenere presente l'esemplificazione riproposta da Elinor Ostrom, in E. Ostrom, in *Nobel Lectures, Economic Sciences 2006-2010*, Singapore, 2014, che a sua volta richiama il lavoro di A.R. Poteete, M.A. Janssen, E. Ostrom, *Working together. Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, 2010.

⁴⁴ Cfr. A. de Oliveira, R. Croson, C. Eckel, *Are Preferences Stable across Domains? An Experimental Investigation of Social Preferences in the Field*, CBEES Working Paper 2008 - 3, Dallas, University of Texas, 53, 2009, spec. 19 ss.

⁴⁵ L'accadimento impreveduto è una externalità negativa particolarmente importante nella fase in cui le imprese valutano le condizioni delle proprie offerte. È stato peraltro evidenziato che il timore di incorrere in qualche forma di responsabilità o quello di essere vittima del *default* di un certo progetto hanno effetti sui costi delle prestazioni. Ci sarebbero cioè dei «costi nascosti» (*hidden costs*) nelle offerte dei professionisti e delle imprese – giustificati dalla necessità di costituire una sorta di serbatoio per impreveduti di vario genere – che verrebbero evitati dalla ragionevole aspettativa che, ove si operi correttamente, non ci saranno contestazioni o contenziosi da affrontare, con risparmio degli annessi *extra* oneri per l'operatore economico. Sul punto, cfr. G. Racca, G. Di Giuda, *From work contracts to collaborative contracts: the Challenge of Legal Bim*, in Aa.Vv., *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, a cura di G.M. Racca, C.R. Yukins, in corso di pubblicazione.

sono, per esempio, quelli che si generano quando un contratto qualifica come fatto del terzo, dunque non imputabile alla parte che ne subisce gli effetti, un evento che dipenda dall'azione di un altro soggetto, a sua volta titolare di un diverso rapporto giuridico interferente. La disciplina della rete oggetto dell'accordo collaborativo si occuperà di regolare questa interferenza, costituendo un ambiente favorevole alla creazione di sinergie positive, in vista del condiviso interesse a creare valore realizzando il programma (di interesse pubblico) a cui tutti i componenti della collaborazione concorrono, sebbene a titolo diverso.

Da quanto anticipato emerge già che lo schema logico dell'accordo collaborativo non è propriamente quello del contratto per come inteso dal nostro Codice Civile, perché non ha necessariamente un contenuto patrimoniale. Infatti, secondo quanto si è detto, visto che l'accordo collaborativo è un accordo multilaterale che ha per oggetto la costruzione di un contesto relazionale regolato e trasparente, all'interno del quale confluiscono, con rispettivi ruoli, competenze e obblighi, tutti i soggetti la cui attività sia utile per traguardare con successo un determinato programma di interesse pubblico, esso può essere solo una intesa di procedura, senza che vi siano dedotte delle prestazioni suscettibili di valutazione economica⁴⁶.

Ne segue, ad ulteriore specificazione di quanto precede, che gli accordi collaborativi possono essere definiti come quegli accordi, non necessariamente aventi contenuto patrimoniale, volti a disciplinare le relazioni di rete, ossia quelle interazioni che, per la presenza di elementi di fatto o di diritto, si creano tra diversi rapporti giuridici, regolati da fonti autonome, ma reciprocamente interferenti.

L'oggetto dell'accordo collaborativo è, allora, la trama delle relazioni che intercorrono tra due o più contratti e tra le loro parti, per dotare tutto il sistema, ricostruito appunto in base ai legami della rete, di regole di azione che normino l'area intera di influenza tra più contratti e tra più parti contraenti.

Coerentemente con il suo oggetto, l'accordo collaborativo è costruito come un regolamento di secondo livello, che presuppone l'esistenza di altri contratti e di ambiti vari di sovrapposizione i quali, se non sono regolati nella prospettiva di un'azione sinergica verso uno scopo comune, producono interferenze negative, capaci di ostacolare l'attività dei contratti inseriti nel medesimo recinto. In altri termini, l'accordo collaborativo consente di dotarsi di una disciplina che, attraverso la collaborazione, permette un continuo adattamento al moto dei fattori esterni ai singoli contratti, non pre-definibili a priori, basata sull'assunzione dell'impegno dei componenti della collaborazione ad agire proattivamente, prima di rivendicare indennizzi o risarcimenti vari.

La causa dell'accordo collaborativo è la regolamentazione in chiave collaborativa degli elementi esterni ad uno o più rapporti giuridici che le parti intendono

⁴⁶ Sulla patrimonialità del contratto, si veda per tutti V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2011, 4 ss.

coordinare con l'obiettivo di far convergere le azioni di ciascuno verso uno scopo comune e preventivamente condiviso, contrapponendo alla logica antagonista, fondata sulla responsabilità individuale, la logica dell'azione comunitaria, appoggiata sulla corresponsabilità nel raggiungimento di finalità condivise.

Si tratta evidentemente, come si è anticipato, di una causa lecita secondo l'ordinamento giuridico e pure meritevole di tutela, con interessanti applicazioni proprio nel campo dei contratti pubblici. Infatti, in quel settore, regolare gli impatti degli elementi esogeni rispetto ad un determinato contratto, sottoscritto in seguito ad una procedura di evidenza pubblica, che potrebbero alterarne l'equilibrio economico o anche modificare l'oggetto dell'affidamento, permette, in linea generale, di evitare che il contraente privato invochi fatti a lui non imputabili per richiedere extra costi o maggiori tempi, in proprio favore e a discapito della tempistica delle attività previste dall'amministrazione e dell'impegno di spesa da quest'ultima assunto. Come si è anticipato, centrare l'interesse di ciascun soggetto, pubblico o privato (non solo sul proprio ruolo e sulle proprie responsabilità, ma) sulla dimensione condivisa e necessariamente comune dell'obiettivo sostanziale, di interesse pubblico, a cui l'intera alleanza punta, modificerebbe radicalmente, almeno in teoria e a fronte di un ingaggio sincero e trasparente di tutti, l'atteggiamento resistente e conflittuale che sta danneggiando, più di tutto, il settore, a beneficio di interessi generali protetti dall'ordinamento.

Quanto alla forma degli accordi collaborativi sottoscritti con l'amministrazione è necessario che si dia applicazione alle norme contenute nel D.Lgs. n. 50/2016, che richiedono che il contratto sia stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico o comunque con modalità elettronica. Se è vero, infatti, che la previsione riguarda con certezza i contratti stipulati ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici – quindi per i contratti (tipici) di appalto e concessione – e dunque non se ne può invocare una diretta applicazione per il caso degli accordi collaborativi, parrebbe coerente mantenere la medesima forma almeno quando tali accordi accedano ad un contratto di appalto o di concessione sottoscritto secondo la disciplina codicistica. Varrebbe, infatti, per gli accordi collaborativi, la medesima ragione logica che supporta le speciali regole di forma dei contratti pubblici di appalto e di concessione.

Evidenziati i benefici della collaborazione, si ritiene necessario terminare il paragrafo prevenendo una possibile obiezione: si darà che l'esperienza inglese non può essere *sic et simpliciter* trapiantata in Italia, che il Codice dei Contratti Pubblici non prevede l'istituto di cui ci stiamo occupando e che fintanto che la normativa di settore non richiama la possibilità per i committenti pubblici di far ricorso a tale schema contrattuale, questa facoltà è preclusa. A noi pare che tali obiezioni non coglierebbero nel segno, in quanto, anzitutto, il quadro delle regole sovranazionali in tema di appalti e concessioni, a cui si è data applicazione

nel Regno Unito, così come in Italia, attraverso una disciplina nazionale di recepimento, è il medesimo. Il fatto che il Codice dei Contratti Pubblici non faccia espressa menzione degli accordi collaborativi non significa che ad essi non possa farsi ricorso nel nostro ordinamento giuridico. Nemmeno le *regulations* inglesi ne richiamano l'utilizzo, eppure la prassi ammette lo strumento e lo apprezza. Del resto, è fisiologico che la normativa europea e quella nazionale non si occupino degli accordi collaborativi, perché esse hanno, principalmente, un diverso oggetto, che consiste nella disciplina della fase di affidamento dei contratti di appalto e di concessione, con poche previsioni dedicate alla fase esecutiva.

In più, anche a voler confrontare le norme del D.Lgs. n. 50/2016 con la *ratio* e le potenzialità degli accordi collaborativi, non appare corretto avallare diverse conclusioni. Infatti, l'accordo collaborativo, se costruito per affiancare un contratto di appalto o di concessione, può avere due configurazioni che sono compatibili, in entrambi i casi, con il Codice dei Contratti Pubblici. Nel primo scenario, ove si utilizzi l'accordo collaborativo per affidare un accordo quadro ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016, il Codice sarebbe rispettato in quanto la legge definisce le regole di affidamento e di durata, che naturalmente dovranno essere rispettate e richiamate anche nell'ambito dell'accordo collaborativo, ma non fornisce un modello tipo di accordo quadro; pertanto, l'accordo collaborativo potrebbe essere uno dei tanti modi (liberi per legge) con i quali le stazioni appaltanti articolano la regolamentazione dell'accordo (quadro) oggetto dell'affidamento. Nel secondo, ove l'accordo collaborativo sia utilizzato per coordinare l'attività e le interferenze tra diversi contratti, esso si porrebbe in una fase «a valle» degli affidamenti avvenuti ai sensi del Codice, disciplinando un aspetto che il Codice non tratta, ossia la collaborazione tra diversi contraenti in vista di una più efficace *performance* dell'intero gruppo delle professionalità coinvolte, a diverso titolo, nel successo o nell'insuccesso di una certa iniziativa.

Pertanto, chi volesse rinvenire un ostacolo all'utilizzo degli accordi collaborativi nella mancata menzione nel Codice dei Contratti Pubblici commetterebbe un errore di prospettiva.

4. *La base legale per la promozione degli accordi collaborativi nel settore pubblico*

Quale è allora la base legale che consente all'amministrazione di promuovere un accordo collaborativo, rendendolo parte della documentazione di gara al pari dello schema del contratto di appalto o di concessione, del capitolato generale e speciale e di eventuali protocolli che l'amministrazione intenda imporre al proprio contraente?

Questa è, a nostro avviso, la capacità d'agire⁴⁷ generale dei soggetti pub-

⁴⁷ In linea generale, per capacità d'agire s'intende la capacità di disporre dei propri diritti e di assumere impegni mediante manifestazioni di volontà. In senso descrittivo: P. Rescigno, *Capacità di agire (voce)*, in *Dig. disc. Priv. (sez. civ.)*, II, Torino, 1988, 216. Le attività dei soggetti pubblici possono essere espletate, pacificamente, o secondo il diritto amministrativo o secondo il diritto privato. La duplicità degli schemi di azione è data per assodata in dottrina. Alcuni studiosi hanno finanche ritenuto che si debba riconoscere una doppia capacità degli enti pubblici: l'una di diritto pubblico e l'altra di diritto privato. «La prima è la potestà sovrana o potestà di imperio che l'ente pubblico può esercitare sulle cose e nei confronti delle persone, il suo potere di emanare atti autoritativi (gli atti amministrativi), vincolanti per il loro destinatario anche contro la loro volontà. La seconda è, invece, l'attitudine riconosciuta all'ente pubblico di essere titolare di diritti e di doveri (capacità giuridica) e di compiere atti giuridici (capacità di agire) allo stesso modo dei privati», F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010, 299. La teorica della doppia personalità, che ha prodotto, come è noto, la già ricordata distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, secondo l'impostazione che fu di O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti di imperio e degli atti di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, I, 703 ss., (alla quale distinzione è seguita poi la ben nota separazione tra potere giurisdizionale del giudice ordinario, sull'*attività*, e potere giurisdizionale del giudice amministrativo, sull'*atto*), è stata progressivamente superata. Già Santi Romano, negli scritti per il Trattato Orlando, con riferimento all'ente pubblico Comune, chiariva che «Il Comune non si distingue più in due enti (uno dedicato ai rapporti privatistici e l'altro all'azione autoritativa, n.d.r), ma è ormai un ente solo, che è regolato, a seconda dei casi, dal diritto pubblico e dal diritto privato. (...) In modo che, da tale punto di vista e per evitare facili equivoci, sembra che, non solo debba non parlarsi del Comune come di due distinte persone, ma che sia bene non contrapporre nemmeno la sua personalità pubblica e quella privata, affermando invece che esso possiede una personalità unica, sia pure svolgentesi in campi diversi», Gli scritti, pubblicati nel Trattato Orlando del 1908, sono ora raccolti nel volume: S. Romano, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2005, 510. La dottrina amministrativista successiva agli studi ranellettiani e di Santi Romano e, in particolare, il Miele, ha proseguito nell'elaborare l'idea del superamento della duplicità della persona giuridica pubblica: «La personalità è unica, e non è né di diritto pubblico né di diritto privato, giacché essere persona significa essere destinatari di norme giuridiche, titolari dei diritti ed obblighi che da queste, immediatamente o mediamente, derivano», E. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, I, 1953, 8. Esiste cioè un ambito, trasversale, del diritto che investe e presuppone l'azione di qualsiasi istituzione, pubblica o privata, e contraddistingue, nell'esatta maniera, tutte le persone giuridiche, pubbliche o private che siano.

Invero, studi dedicati specificamente alla capacità giuridica e di agire delle persone giuridiche pubbliche non sono, in verità, numerosi. Sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, ripercorre le tesi precedenti all'entrata in vigore del codice civile del 1942 lo studio di F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937. Riassuntivamente anche F.P. Pugliese, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione*, ad vocem, in *Enc. giur.*, Roma, 1988. Contributi importanti, e citati pressoché in tutti gli scritti sul tema, quelli di M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; E. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss. Sono ben noti a riguardo gli studi di A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 445 ss., grazie ai quali prese piede la bipartizione tra attività amministrativa di diritto privato e attività di diritto privato dell'amministrazione, giustificata sul presupposto che, nell'attività di diritto privato dell'amministrazione, venisse a mancare una diretta finalità pubblica, rimanendo la stessa «puramente accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni», A. Amorth, ult. cit., 465.

La tesi che attribuisce alle persone giuridiche pubbliche una capacità generale, con le stesse caratteristiche riconosciute alle persone giuridiche private, ha prevalso in dottrina per buona parte del secolo scorso, pur non essendo ora condivisa unanimemente. Le argomentazioni che hanno sorretto la conclusione appena riferita sono molteplici, ma possono essere tutte raggruppate attorno all'idea dell'unicità del concetto di persona giuridica e, difatti, sono state rafforzate con l'adozione del codice civile del 1942 che non distingue, individuando categorie concettuali separate, persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche. Particolarmente suggestive, in argomento, le tesi di G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966 e di G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986. Diversa dalle tesi di Pericu e di Greco, l'impostazione di Marzuoli, secondo cui se «nell'ordinamento vigente la regola fondamentale che organizza ed esprime il nesso fra popolo e amministrazione è data dalla soggezione dell'amministrazione alla legge ed agli organi politici ed essa determina, da un lato, la ragione della

blici⁴⁸ che, si ricorda, è riconosciuta espressamente dall'art. 11 del codice civile, secondo cui «Le Province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche pubbliche godono dei diritti secondo le leggi e li usi osservati come diritto pubblico».

Si tratta della stessa capacità d'agire che permette alle amministrazioni di stipulare, per esempio, un contratto di locazione, o di accettare una donazione, pur in assenza di norme espressamente legittimanti.

Il richiamo alle leggi e agli usi osservati come diritto pubblico ci permette di precisare, anche da questa prospettiva, che attraverso gli accordi collaborativi i committenti pubblici certo non potranno introdurre deroghe alla normativa in tema di contratti pubblici⁴⁹ e nemmeno ai principi dell'azione pubblica per con-

pubblicità e, dall'altro, la posizione del soggetto amministrazione», è allora il diverso atteggiamento del rapporto con la legge che distingue persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, C. Marzuoli, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982, 118.

Parte della dottrina va ritenendo che la persona giuridica pubblica sia solo una delle possibili forme che il perseguimento organizzato di pubblici interessi può oggi assumere: F. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 278 ss.

Sul tema della personalità giuridica dello Stato cfr., C. Marzuoli, ult. cit.; G. Berti, *La parabola dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1983/83, Tomo II, 1001, ss.; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990; S. Cassese, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. imp.*, 1993, 1 ss.; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 801.

Più di recente, in argomento, M. Chiti, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss.; F. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 ss.; R. Ferrara, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 2225 ss..

⁴⁸ Si è in diverse occasioni ricordato che l'intenzione del legislatore, resa più chiara dalla Relazione di accompagnamento, sarebbe stata quella di riconoscere alle persone giuridiche, in generale, una capacità piena di utilizzo delle norme contenute nel codice civile, in modo che quelle private e quelle pubbliche potessero compiere tutti gli atti e i negozi ammessi dall'ordinamento (ad eccezione dei negozi aventi per presupposto l'esistenza di una persona fisica) e fatta salva la presenza di previsioni derogatorie, contenute in leggi e usi di diritto pubblico. Cfr. Aa.Vv., *Commentario al codice civile*, a cura di F. Santosuoso, Torino, 1983, 181. La relazione di accompagnamento infatti, sebbene richiamando principi di diritto pubblico per temperare il regime codicistico, ha affermato testualmente che «le disposizioni (del libro primo, n.d.r.), per quanto dettate per le persone giuridiche private, saranno di grande utilità, anche per la forza espansiva di cui esse sono suscettibili, in via di interpretazione analogica, nei riguardi della disciplina delle persone giuridiche pubbliche, tenuto conto che la distinzione tra le due categorie di enti, se facilmente delineabile in linea teorica, nella pratica appare spesso incerta e non sempre di notevole rilevanza». Punto 41, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, a cura di Consiglio Nazionale Forense, con introduzione di G.B. Ferri, N. Rondinone, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010. Il riferimento agli usi ed ai principi del diritto pubblico è valso a mantenere il collegamento del codice civile con il regime fascista, il quale procedeva ad intridere di elementi di diritto pubblico anche il diritto privato. In dottrina, espressione di questa tendenza, M. D'Amelio, *Diritto privato e diritto pubblico nel primo libro del Codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. IV, 3 ss.

⁴⁹ Infatti, la dottrina più recente ha osservato che: «La *ratio* e la lettera di tale previsione sono evidentemente nel senso di negare che le persone giuridiche pubbliche possono essere assoggettate *tout court* – cioè *solo in quanto persone giuridiche* – al medesimo regime giuridico ed ai medesimi principi dettati dal codice civile per le persone giuridiche private», G. Gruner, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in http://www.giustamm.it/private/new_2011/ART_4152.htm, 17. Anche F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 78, che ha parlato di «non piena applicabilità delle norme del codice civile» come effetto

tratto (per esempio a indicazioni contenute in linee guida vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione), che anzi costituiranno un limite invalicabile per la disciplina della collaborazione.

Il richiamo ora contenuto anche nell'art. 1 comma 1 *bis* della legge sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, secondo cui «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» rafforza le conclusioni a cui siamo giunti ritenendo che l'amministrazione possa dare corso ad accordi collaborativi pur in assenza di una previsione contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, perché afferma la regola della ammissibilità dell'azione amministrativa basata sui canoni civilistici salvo che non vi sia una previsione contraria e direttamente ostativa⁵⁰.

della pubblicità di taluni enti. Anche V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 1 ss., secondo cui l'art. 11 implicherebbe che alle amministrazioni pubbliche non si applichi la disciplina del codice civile, ma appunto la disciplina di diritto pubblico, che raggruppa «le leggi e gli usi» appartenenti a tale diversa branca dell'ordinamento. Con un orientamento in parte differente da quello degli autori citati per primi, F. Galgano, *Commento all'art. 11*, in *Commentario al Codice civile*, A. Scaloja, G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, 121 ss., secondo cui «La disciplina degli enti pubblici è (...) solo una disciplina di specie, dalla quale non sono ricavabili principi comuni all'intera categoria. La disciplina di genere non potrà, pertanto, essere ricercata altrove che nel codice civile», 137. Lo studioso ritiene, in sintesi, che l'art. 11 affermi, da un lato, la sottrazione degli enti pubblici al diritto comune, là dove vi sia una disciplina di specie, e dall'altro, la loro piena soggezione ad esso, là dove una disciplina speciale non vi sia. Si veda anche Id., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., 284 ss.

⁵⁰ Parte della dottrina ha sostenuto che la norma abbia introdotto una generale *potestas contraendi* della pubblica amministrazione, sovvertendo l'impostazione che fu propria, da Cammeo in poi, della tradizione giuspubblicista, secondo la quale, nella incertezza, si doveva applicare il diritto pubblico, riassunta in F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1900, IV, 7 ss.). In questo senso, molto efficacemente, G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *Aa.Vv.*, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 20006, spec. 81 ss., secondo cui il comma in commento «è idoneo a fugare ogni dubbio sulla capacità generale della pubblica amministrazione, che definirei di diritto comune», 82; F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010. Dall'entrata in vigore della norma la dottrina ha tentato di definirne il campo di applicazione e gli effetti, aprendo posizioni tra loro molto contrastanti. Dato lo scarso spazio che può dedicarsi al tema in questa sede si richiamano qui brevemente i termini delle questioni principali: a) che cosa debba intendersi per atto di natura autoritativa e, quindi, per atti di natura non autoritativa; b) in che termini debba essere colta la portata innovativa della norma in questione. Sul primo aspetto, la dottrina è divisa tra: a) chi individua l'autoritatività come la capacità di un atto di produrre effetti sfavorevoli per i destinatari; b) chi sostiene che debbano invece ricomprendersi anche gli atti con effetti favorevoli, ma caratterizzati dall'unilateralità e c) chi, infine, ritiene che debbano intendersi per provvedimenti autoritativi anche quelli non imperativi ma ad essi assimilati perché sottoposti al regime di sindacabilità davanti al giudice amministrativo. Sul secondo aspetto, taluni autori sostengono che la norma in questione abbia affermato che la disciplina dell'attività amministrativa debba soggiacere, di regola, al diritto privato, e solo in via residuale al diritto pubblico. Tesi, quest'ultima, contrastata dai più, che si soffermano sulla specificazione «salvo che la legge disponga altrimenti», per osservare che il diritto pubblico resta il riferimento guida per l'azione dell'amministrazione, precisando altresì che il presupposto per l'utilizzo del diritto privato deve restare la perfetta equivalenza dei risultati che si sarebbero ottenuti ricorrendo all'esercizio del potere autoritativo. Per un commento critico degli orientamenti in merito si rinvia all'opera di R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit.

Anche la previsione dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo potrebbe essere invocata, al di dentro ed al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione di un contratto pubblico, per procedere con la stesura di un accordo collaborativo. Infatti, posto che, disciplinando la collaborazione, l'amministrazione procede, come componente dell'alleanza, ad esercitare le proprie funzioni di interesse pubblico, varrebbe, a ben vedere, la medesima regola che vale per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, con riferimento ai quali è ammessa la sottoscrizione di accordi nei quali venga disciplinata l'azione amministrativa.

Sotto questo profilo, gli accordi di collaborazione, contenendo una regolamentazione, ulteriore a quella dei contratti che vengono coordinati, volta a far convergere gli sforzi di tutti i componenti verso gli obiettivi di interesse pubblico che l'amministrazione avrà individuato preliminarmente alla conclusione dell'accordo di collaborazione, sono persino meno invasivi nell'esercizio del potere pubblico degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento, che incidono sulla configurazione del potere amministrativo discrezionale. Nel nostro caso, infatti, l'accordo non riduce il potere discrezionale, anzi, lo valorizza, rendendo rilevanti, anche per gli operatori economici, i motivi di interesse pubblico che spingono l'amministrazione ad agire. In pratica, attraverso l'accordo di collaborazione, divengono rilevanti, nel diritto privato e anche per l'operatore economico contraente, i motivi soggettivi (proprio nel senso delle motivazioni) che guidano l'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico del caso concreto. Motivi che vengono condivisi da tutti i componenti della collaborazione e assumono la funzione essenziale di dirigere l'azione di ciascuno e guidarla verso il risultato atteso. Si verifica così una torsione dall'oggetto del singolo contratto agli obiettivi strategici del programma, che riesce a coinvolgere ogni protagonista dell'iniziativa di interesse pubblico raccolta nella rete: i motivi estrinseci rispetto all'operazione negoziale convogliata in ciascuno dei contratti acquistano rilevanza giuridica per tutti i contraenti⁵¹.

Quando poi l'accordo di collaborazione dovesse riguardare solo soggetti pubblici, oltre all'art. 11 del codice civile, verrà in rilievo anche l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, L. n. 241/1990. È interessante rileggere il comma 1 dell'art. 15 alla luce delle osservazioni che precedono: «Le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Possiamo notare che la norma appena citata è già una forma embrionale di accordo collaborativo, con ambito soggettivo ridotto alle amministrazioni pubbliche: infatti, gli accordi *ex art. 15*, che non hanno necessariamente contributo patrimoniale, sono diretti

⁵¹ Sulla (scarsa) rilevanza dei motivi nel diritto privato, basti consultare P. Trimarchi, *Diritto privato*, op. cit., 193 ss.

a disciplinare la collaborazione in vista di attività di interesse pubblico e comune da parte di più soggetti pubblici.

Non vi è dubbio, dunque, che gli accordi collaborativi siano ammissibili anche quando la rete che si voglia disciplinare è interamente costituita da enti pubblici.

Verificata dunque la possibilità giuridica di stipulare accordi di collaborazione ed evidenziati i vantaggi che essi possono comportare, il punto critico è, a nostro avviso, non il motivarne l'utilizzo, ma, al contrario, giustificarne il mancato utilizzo.

Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici

Il saggio approfondisce l'applicazione degli schemi dialogici nel mondo della contrattualistica, in generale, e della contrattualistica pubblica, in particolare. La prospettiva è quella dell'analisi giuridica e il metodo è quello della trasversalità.

Il lavoro rilegge la relazione contrattuale tra committente pubblico ed operatori economici prospettando un cambio di ambientazione giuridica: da modelli tipicamente *adversarial* a schemi cooperativi. L'approdo è quello degli accordi collaborativi, intesi come disciplina di rete per organizzare rapporti multilaterali tra parti di diversi contratti, con l'obiettivo di mirare alla creazione di valore pubblico aggiunto attraverso una ampia alleanza che affronti criticità e sappia cogliere opportunità impreviste. La base giuridica di questa nuova *species* è individuata tra il codice civile e la legge sul procedimento amministrativo.

Collaborative agreements in the public sector: from antagonistic schemes to dialogic models

The essay explores the application of dialogic schemes in the world of contracts, in general, and public contracts, in particular. The perspective is that of legal analysis and the method is that of transversality.

The work rereads the contractual relationship between the public client and economic operators, envisaging a change in the legal environment: from typically adversarial models to cooperative schemes. The landing is that of collaborative agreements, intended as a network discipline to organise multilateral relations between parts of different contracts, with a view to the creation of public added value through a broad alliance that deals with critical issues and knows how to seize unexpected opportunities. The legal basis of this new species is identified between the civil code and the law on the administrative procedure.