

Margherita Ramajoli

INTERESSE GENERALE E RIMEDI ALTERNATIVI PUBBLICISTICI

in **Diritto Processuale Amministrativo, fasc.2, 2015**

Sommario: 1. La recente apertura nei confronti dei rimedi alternativi pubblicistici. — 2. Processi di trasformazione in atto: la diversa concezione della giurisdizione. — 3. Segue: la diversa concezione del potere amministrativo. — 4. Segue: l'esperienza maturata in alcuni settori di diritto amministrativo speciale: a) nei mercati regolati; b) negli appalti pubblici. — 5. La necessità di una legge quadro e i possibili modelli di ADR pubblicistiche: il riesame su invito, la tutela precontenziosa affidata a un soggetto terzo e la mediazione endoprocessuale.

1. In tempi recenti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*) sono divenuti una vera e propria famiglia, che comprende al suo interno mezzi come la risoluzione negoziale delle controversie, la mediazione, la conciliazione, l'arbitrato, ciascuno dei quali conosce a sua volta diverse declinazioni. Non è possibile costruire un singolo modello di procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie: le forme di ADR non sono riducibili a un'unica tipologia, perché esse non sono un fenomeno unitario e sempre uguale a se stesso. È comunque presente in ognuna di esse una radice comune, consistente nell'offrire una “giustizia non giurisdizionale” o, se si preferisce, una “giustizia alternativa”, intesa a risolvere conflitti della più varia natura attraverso un approccio consensuale che permetta l'emergere delle rispettive posizioni, riavvicini le parti in conflitto e consenta l'elaborazione di una soluzione condivisa. Si tratta dunque di strumenti volti non solo a risolvere conflitti, ma anche a migliorare la comunicazione tra le parti, favorendone la collaborazione nella ricerca di soluzioni che, oltre a porre fine alla controversia, evitino che quest'ultima possa ripresentarsi in futuro (1).

Dapprima nell'ordinamento statunitense, poi in quello europeo, infine in quello italiano, secondo un tipico meccanismo di circolazione e di trapianto di istituti giuridici, è da ritenersi pacifico l'utilizzo di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie in ambito civile, commerciale, lavoristico, tributario e penale (2).

Non altrettanto può dirsi con riferimento alle controversie in cui viene in rilievo l'esercizio del potere della pubblica amministrazione. Infatti è data per acquisita una sorta di inconciliabilità ontologica tra controversie pubblicistiche e metodi alternativi di soluzione di questo tipo di controversie (3).

Il riconoscimento di ampi spazi di applicazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nelle altre branche del diritto ha comportato che in esse il dibattito è ormai giunto a un livello ulteriore, discutendosi dei caratteri propri di questi strumenti; del ruolo che essi occupano in seno al complessivo sistema di giustizia in rapporto allo strumento tradizionale dell'azione giurisdizionale; dei vantaggi e degli svantaggi insiti in ciascuno di essi e, quindi, delle ragioni di un loro possibile successo o insuccesso pratico; dei problemi che specie in alcuni settori crea l'introduzione di un eccesso di rimedi, tra loro non sufficientemente coordinati; nonché delle tante possibili motivazioni alla base del loro impiego, che non possono certo ridursi alla deflazione del contenzioso e al porre rimedio ai fallimenti del processo, ma vanno intese nell'ottica di offerta di uno strumento di tutela adeguato e proporzionato alla specifica richiesta di giustizia (4).

Attualmente però nel nostro specifico settore si sta assistendo a un cambiamento d'impostazione rispetto alla chiusura classica nei confronti dei rimedi alternativi, al punto che il presidente del Consiglio di Stato, nel suo discorso di inaugurazione del presente anno giudiziario, tracciando le linee delle possibili modifiche al sistema della giustizia amministrativa, ha suggerito che “si potrebbe ... pensare per il futuro all'introduzione, a scopi deflattivi, di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale — le cosiddette a.d.r. (*alternative dispute resolution*) — in analogia con un indirizzo che Governo e Parlamento hanno già intrapreso in campo civile e commerciale sulla scorta delle direttive europee” (5). Questa apertura, molto importante data la sua provenienza, testimonia che qualcosa sta mutando rispetto al passato e impone una riflessione sul punto.

Sono in corso almeno tre processi di trasformazione, che non sempre riescono ad essere colti con nettezza, in quanto si tratta appunto di evoluzioni in atto e non ancora di cambiamenti compiutamente realizzati. Il primo processo di cambiamento investe la giurisdizione complessivamente considerata, il secondo concerne il modo di concepire il potere della pubblica amministrazione e il terzo riguarda la

normativa di alcuni settori speciali del diritto amministrativo. Ognuna di queste evoluzioni in corso svolge un ruolo importante se s'intende ragionare sulla relazione tra interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici.

2. Il cambiamento in atto in ordine al ruolo occupato dalla giurisdizione è percepibile dalle recenti riforme processuali adottate in special modo in ambito civilistico. La logica sottostante a questo processo di trasformazione è profondamente debitrice dell'impostazione europea di giustizia: la giurisdizione è concepita come una risorsa pubblica non illimitata; la sua scarsità porta a garantirne un impiego economico; l'utilizzo "parsimonioso" e "oculato" della giurisdizione è assicurato in diverse maniere, tra cui filtri di vario genere all'accesso alla giustizia, ma anche la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie (6).

In questo contesto la valorizzazione delle forme di ADR nel processo civile, lavoristico, commerciale indica una netta linea di tendenza dell'ordinamento che, sia pure con le necessarie distinzioni, non può non riguardare anche il processo amministrativo (7).

Ragionare di giurisdizione come *extrema ratio* cui ricorrere in modo parsimonioso e solo una volta sperimentata l'inadeguatezza di altri rimedi stragiudiziali significa in altri termini perdita del monopolio della giustizia da parte della giurisdizione.

Questa perdita va inserita in un contesto più ampio, dal momento che ad essa se ne affianca un'altra, la perdita del monopolio del diritto da parte della legge come tradizionalmente intesa. Infatti da tempo è in crisi l'idea della riserva di legge come garanzia privilegiata dei diritti, si è superata la riduzione del diritto a diritto dello Stato e del diritto dello Stato alla legge e il sistema delle fonti del diritto è divenuto sempre più complesso, con dinamiche non sempre riconducibili al principio di gerarchia tra le fonti stesse (8).

Il cambiamento in atto sul versante del diritto sostanziale impone soluzioni di diritto processuale modulate rispetto a siffatto cambiamento e all'interno di questo processo di trasformazione si colloca anche la valorizzazione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Entrambi i fenomeni di crisi — sia del modo tradizionale di intendere il diritto sia del modo tradizionale di intendere la giustizia — affondano le proprie radici negli ordinamenti di *common law*, con il loro carico antipositivista, antiautoritario e anti giurisdizionale. Vero è che vi sono profonde differenze storiche e culturali fra *common law* e *civil law*, stante il perdurante dominio attuale in Italia della cultura della giurisdizione, tuttavia questo dato va posto nella giusta prospettiva e funge più che altro da contrappeso, nel senso che impedisce di guardare con eccessivo entusiasmo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come se fossero la panacea di tutti i mali della giustizia (9).

In ogni caso, per evitare pericolose derive efficientiste, la concezione del processo come risorsa scarsa deve trovare una conciliazione con il principio dell'azionabilità delle pretese, scolpito dall'art. 24 Cost., per cui va sempre garantita al privato la tutela giurisdizionale. In questa ricerca di un punto d'equilibrio la presenza di rimedi alternativi non esclude il ricorso al sindacato giurisdizionale, che assicura utilità autonome e comunque differenti, e quindi l'alternatività di cui si discorre deve essere intesa non quale sostituibilità, bensì come complementarietà tra i diversi mezzi di tutela. Soccorre a tal proposito l'esperienza inglese, in cui il legislatore ragiona “nel senso di un sistema unico e coordinato in cui le diverse utilità dei meccanismi permettono al ricorrente di individuare il rimedio *proporzionato* alla controversia in essere” (10).

Va comunque riconosciuto che le recenti riforme in ambito civilistico, mosse dalla pressione dell'insoddisfazione generale nei confronti del sistema giudiziario, si sono poi in realtà limitate a inventare pseudo-rimedi, destinati a sollevare un maggior numero di problemi rispetto a quelli che saranno in grado di risolvere, facendo difetto la necessaria coordinazione tra la pluralità di strumenti vecchi e nuovi. È finora mancata una riforma complessiva, che è cosa ben diversa dall'alluvione di modifiche frammentarie cui si è assistito negli ultimi anni (11).

Questa criticità costituisce un elemento fondamentale di riflessione nell'ipotesi di apertura di possibili spazi per le ADR nelle controversie pubblicistiche. L'insegnamento da trarre è che la mera giustapposizione di strumenti alternativi senza alla base un preciso disegno sistematico condanna al fallimento qualsiasi politica pubblica di sviluppo degli strumenti stessi.

3. Il secondo processo di cambiamento riguarda specificamente l'ambito pubblicistico ed è relativo al modo di intendere il potere della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino.

Per lungo tempo si è concepito il potere amministrativo come sacrale, l'interesse pubblico come astratto, assoluto e calato dall'alto e l'agire dell'amministrazione come inesauribile.

In un contesto così configurato risulta difficile individuare spazi per l'applicazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, con il carico di consensualità e d'informalità che questi metodi comportano (12).

Ma una volta riconosciuto, grazie agli studi della dottrina più attenta e alla giurisprudenza più sensibile e moderna, che il potere amministrativo non è sinonimo di potere sovrano, ma è sempre regolato dal diritto; che l'interesse pubblico non può essere predeterminato in via astratta, ma è sempre frutto di un concreto e continuo processo di ponderazione dei numerosi interessi in gioco; che il riconoscimento normativo degli accordi sostitutivi di provvedimento ha reso accettabile che beni giuridici nella sola disponibilità della pubblica amministrazione possano divenire oggetto di ipotesi convenzionali; che le considerazioni relative alla necessaria unilaterale della gestione dell'interesse pubblico sono aprioristiche; che l'attività della pubblica amministrazione non è perenne, ma deve essere soggetta anch'essa alla variabile temporale, a tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei singoli, allora non vi sono ostacoli teorici per i rimedi alternativi anche nel diritto amministrativo (13).

In questa specifica logica i rimedi alternativi sono da rappresentare non come atti di autonomia privata e quindi vietati nell'ipotesi di esercizio del potere amministrativo, quanto piuttosto come possibili modalità di applicare "diversamente" le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere.

Ammettere che sia possibile applicare diversamente le norme rispetto a quanto opinato dall'amministrazione significa riconoscere che l'interesse pubblico concreto è in grado di racchiudere al suo interno anche il superamento del contenzioso: è sempre d'interesse pubblico risolvere un conflitto e quindi la risoluzione alternativa

di una controversia è una *altra* possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico (14).

Del resto, la rigida distinzione tra amministrazione e giurisdizione è sviluppo successivo alla nostra Costituzione, specie, ma non solo, in conseguenza del divieto assoluto di istituire giudici straordinari o giudici speciali, ferma restando soltanto la possibilità di istituire presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie (art. 102, co. 2) (15).

Di questa pregressa fluidità di confini è testimonianza il pensiero di Nigro che negli anni Cinquanta del secolo scorso poteva affermare con nettezza che “la risoluzione di una controversia non è caratteristica tipica ed esclusiva della funzione giurisdizionale, essendovi ... controversie risolte mediante esercizio di attività amministrativa”, per cui “è lecito parlare di un'*attività contenziosa amministrativa*, individuando un tipo di *procedimento amministrativo* che si può chiamare *contenzioso* per indicare insieme la sua struttura contenziosa e la sua funzione di strumento per la risoluzione di controversie d'interessi o di opinioni fra la pubblica Amministrazione ed un altro soggetto, in vista di un successivo agire dell'Amministrazione medesima” (16); analogamente e negli stessi anni Giannini aveva distinto, nell'ampia categoria delle decisioni amministrative, un gruppo di decisioni da lui chiamate “contenziose”, che “costituiscono gli atti fondamentali di tipici procedimenti amministrativi, i quali hanno ad oggetto la risoluzione di un conflitto d'interessi tra l'amministrazione e l'amministrato” (17).

È interessante notare come la dottrina avesse individuato con precisione il tipo di interesse pubblico sottostante all'impiego di questi particolari mezzi di tutela, che costituiscono pur sempre esercizio d'attività amministrativa: “se è vero che l'Amministrazione rivolge la sua attività alla realizzazione di fini concreti ... non è men vero che essa tende sempre ad adeguarsi nella sua attività ad un'esigenza di giustizia” (18). Ogni attività amministrativa contenziosa soddisfa un ben determinato interesse generale, identificabile nell’“evitare il moltiplicarsi delle vere e proprie liti giurisdizionali, mediante il filtro di una fase amministrativa in cui possono trovare ampio sfogo le ragioni degli interessati” (19). A tal riguardo soccorre anche il pensiero di Benvenuti che parla, per l'autotutela amministrativa, di “funzione di giustizia” e di “attività secondaria di assicurazione della giustizia ma anche dell'efficienza dell'attività primaria” (20).

In questo contesto l'utilizzo di rimedi alternativi di soluzione delle controversie pubblicistiche, da un lato, giova al privato, che trova un'altra occasione, oltre al procedimento amministrativo, per soddisfare la propria istanza di partecipazione in ordine alle scelte amministrative, dall'altro, va a beneficio della stessa pubblica amministrazione, che si confronta con un altro modo, più consensuale, di tutela dell'interesse pubblico.

Una precisazione — che richiederebbe uno sviluppo non possibile in questa sede — è che la logica partecipativa, intesa a favorire soluzioni condivise, sottesa ai rimedi alternativi è ben diversa da quella dei ricorsi amministrativi così come tradizionalmente e ancora attualmente configurati, la quale invece rispecchia una concezione autoritaria e rigidamente sovraordinata della pubblica amministrazione (21).

Infatti le ADR rispondono alla logica propria della *mending justice*, utilizzando l'efficace espressione di Cappelletti (22), ossia di una giustizia che non decide chi abbia ragione e chi abbia torto, ma “rammenda” le relazioni e ristabilisce il dialogo tra le parti. Questa logica è importantissima nel caso di controversie pubblicistiche: tra amministrazione e amministrati spesso intercorrono complesse relazioni di durata, degne di essere mantenute e rispetto alle quali una singola controversia è sintomo di una tensione non da acuire, bensì da correggere (23).

4. Il terzo processo di cambiamento in corso consente di dare maggiore concretezza al ragionamento finora svolto. Esso riguarda alcuni settori di diritto speciale amministrativo e cioè i settori degli appalti pubblici e dei mercati soggetti a regolazione, perché in entrambi il legislatore ha già da tempo sperimentato forme alternative di risoluzione delle controversie.

a) Primo settore di diritto speciale in cui sono stati introdotti numerosi strumenti alternativi di risoluzione delle controversie è il settore dei mercati liberalizzati sottoposti alla regolazione di autorità indipendenti.

In questo campo è il diritto dell'Unione europea a spingere verso l'adozione di soluzioni alternative di risoluzione delle controversie, vuoi con una modalità blanda, mantenendo liberi i legislatori dei singoli Stati membri di prevedere sistemi di

controllo giudiziari, amministrativi o misti, fatto salvo il principio di adeguatezza dell'*enforcement* (24), vuoi in maniera forte, ossia imponendo agli Stati membri di garantire “un meccanismo indipendente ... ai fini di un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione extragiudiziale delle controversie” (25).

In tutti i settori regolati (energia elettrica, gas naturale, comunicazioni elettroniche, trasporti, mercati finanziari) esistono numerose varianti di soluzione stragiudiziale delle controversie, attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e, su delega di quest'ultima, ai Comitati regionali per le comunicazioni, all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici, all'Autorità per i trasporti, alla Consob o alla Banca d'Italia, tramite l'Arbitro Bancario Finanziario (26).

Nei settori regolati l'impostazione fatta propria dal legislatore è analoga a quella caratterizzante le recenti riforme del processo civile. Essa concepisce la tutela giurisdizionale come rimedio estremo, attivabile solo una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi giudiziari e stragiudiziali di risoluzione della controversie.

L'evidenziata perdita del monopolio del diritto da parte della legge assume tratti molto accentuati nei settori regolati, in cui il legislatore compie una sorta di abdicazione, in quanto si limita ad adottare una normativa « d'indirizzo che poggia su prognosi incerte”, “rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare » (27).

La regolazione non solo intrattiene un rapporto di sofferenza nei riguardi della legge, visto che si configura come disciplina in divenire, anzi addirittura da costruire, e che procede per via di assestamenti successivi. La regolazione mal si concilia anche con il sistema di giustizia così come tradizionalmente concepito. Di qui, quasi in un rapporto di causa ed effetto, la perdita del monopolio della giurisdizione da parte del giudice, stante la scelta legislativa di demandare a soggetti dotati di alte competenze specialistiche, oltre che del potere di dettare norme generali in materia, anche del potere di decidere controversie strettamente tecniche che possono insorgere nello specifico settore di loro dominio (28).

La logica delle ADR ben si sposa con quella della regolazione, condividendone la filosofia di fondo, nonché i tratti qualificanti. La regolazione si caratterizza, oltre che per essere un dominio della tecnocrazia, anche per il porre in essere regole volte a

disciplinare rapporti di lunga durata, per la mancanza di coercizione che reclama sempre una soluzione condivisa dai soggetti regolati e per fondarsi su una struttura dialogica e partecipata fonte di specifica legittimazione, al di là del principio di legalità in senso tradizionale (29).

Ognuno di questi elementi si ritrova anche nelle forme di ADR, in cui un soggetto esperto tende alla ricerca di una possibilità di permanenza e di convivenza futura, in un contesto in cui non contano episodi isolati, ma relazioni pragmatiche e adattative (30). Si è sopra sottolineato infatti che il tratto qualificante di qualsiasi forma di ADR è di porsi come strumento volto non solo a risolvere un conflitto, ma anche a migliorare la comunicazione tra le parti, favorendone la collaborazione nella ricerca di soluzioni che, oltre a porre fine alla controversia, evitino che quest'ultima possa ripresentarsi in futuro.

Non va taciuto che una parte della dottrina ha configurato il rischio dell'utilizzo da parte delle Autorità di regolazione dell'attività di soluzione alternativa delle controversie a fini regolatori, come se essa divenisse una surrettizia e indebita prosecuzione dell'attività amministrativa (31).

In realtà la cd. *Regulation by litigation* non è una specificità della giustizia nei settori regolati, ma riguarda ogni ambito di convivenza civile. Come è stato brillantemente dimostrato, su un piano di teoria generale due sono i possibili modelli di processo, che sono influenzati da due possibili modelli di Stato: quando lo Stato si limita a fornire solo la struttura per l'interazione sociale, ossia una struttura portante nell'ambito della quale i cittadini perseguono gli scopi che si sono scelti, il processo si caratterizza come strumento di risoluzione delle controversie; quando lo Stato mira a dirigere la società, anche il processo si presenta prevalentemente come strumento di attuazione di scelte politiche (32).

Al di là di questo profilo problematico e probabilmente destinato ad esprimere una tensione irrisolvibile, deve essere comunque evidenziato come nei settori regolati non abbiano ragione d'essere tutte le perplessità che si è soliti sollevare sull'applicabilità dei rimedi alternativi nei confronti delle controversie di tipo pubblicistico. Infatti nei conflitti che le Autorità di regolazione sono chiamate a dirimere manca una parte processuale pubblica, venendo in rilievo o controversie tra imprese ed utenti oppure controversie tra i diversi operatori, e, quindi,

controversie di tipo essenzialmente privatistico.

Tuttavia l'esperienza in questo particolare settore di diritto amministrativo speciale è utile anche per chi intenda ragionare sui possibili spazi di operatività delle ADR nelle controversie tipicamente involgenti l'esercizio del potere amministrativo.

Nei mercati regolati non si può parlare di un vero e proprio sistema di giustizia, perché ogni settore pare un mondo a sé, che obbedisce a regole peculiari di tutela e che non consente l'emersione di eventuali costanti. Non solo gli strumenti di risoluzione delle controversie sono molto diversi tra loro a seconda del settore regolato, ma anche all'interno del medesimo settore la tutela esistente muta se si prende in considerazione un sottosectore oppure un altro (ad esempio, il settore dell'energia elettrica rispetto a quello del gas naturale) (33).

Naturalmente frammentarietà, disomogeneità e disorganicità di tutela producono incertezza, laddove invece esigenza imprescindibile di ogni ordinamento giuridico è la previa chiara conoscenza di quali siano gli strumenti offerti per ottenere giustizia (34).

Quindi l'insegnamento da trarre dall'esperienza dei rimedi alternativi affidati alle autorità di regolazione è l'assoluta indispensabilità di un quadro normativo certo di riferimento per consentire alle ADR di divenire uno strumento effettivo di giustizia. Del resto, questo è un elemento emerso anche volgendo lo sguardo alle recenti riforme volte alla c.d. de-giurisdizionalizzazione delle controversie civili e commerciali, che, come sopra osservato, rischiano di non produrre alcun effetto benefico in assenza di un'integrazione dei diversi rimedi alternativi all'interno di un disegno organico e ben coordinato.

b) L'esperienza maturata nella materia dei contratti pubblici è particolarmente significativa, perché tale materia spesso funge da apripista per sperimentazioni processuali. Molte delle attuali novità normative sono state dapprima introdotte in tale ambito per poi essere successivamente estese al resto del contenzioso amministrativo (si pensi alla tutela cautelare *ante causam*, ora generalizzata dall'art. 56 c.p.a., o al rito abbreviato, ora contemplato per numerose categorie di controversie dall'art. 119 c.p.a.).

Nel contenzioso riguardante gli appalti pubblici vari e diversificati sono gli strumenti riconducibili alla logica delle ADR — la transazione, l'accordo bonario, l'arbitrato, l'informativa di proporre ricorso e il parere non vincolante espresso dall'Anac (35) — e, come già visto accadere nell'ambito dei settori regolati, molti di questi strumenti sono stati introdotti sulla scia del diritto dell'Unione europea (36).

Essi sono presenti sia nella fase dell'esecuzione del contratto, dove si trovano a fronteggiare i diritti soggettivi delle imprese, sia anche nella fase prodromica dello svolgimento delle procedure di gara, in cui gli operatori economici vantano interessi legittimi.

La prima categoria di strumenti non presenta soverchio interesse in una riflessione che abbia di mira la compatibilità tra rimedi alternativi e controversie pubblicistiche, in quanto riguarda essenzialmente liti di diritto privato, coinvolgendo diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici. In particolare il nostro ordinamento stabilisce che le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici possono sempre risolversi attraverso il tipico strumento di diritto privato dato dalla transazione (art. 239 del codice dei contratti pubblici); è altresì previsto il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di esprimere un parere non vincolante, su iniziativa congiunta della stazione appaltante e dell'esecutore, per le questioni insorte dopo la stipulazione del contratto, con un curioso innesto di un, sia pur blando, strumento pubblicistico in una fase tipicamente privatistica (37).

Ulteriore misura rispondente alla logica consensuale propria delle ADR è l'accordo bonario risolutivo delle riserve (art. 240 del codice) e le controversie conseguenti al mancato raggiungimento di tale accordo, come del resto tutte le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, possono essere deferite ad arbitri. Pertanto l'arbitrato si pone come strumento generale di soluzione alternativa delle controversie in ordine alla corretta esecuzione dei contratti (artt. 241 ss. del codice, sui quali è intervenuta di recente anche l'art. 1, co. 18 ss., della legge anticorruzione).

Maggiore interesse presentano le forme di ADR che intervengono nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica. In essa il primo strumento riconducibile alla famiglia delle ADR è il parere non vincolante espresso dall'Autorità nazionale

anticorruzione relativamente a questioni sorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. La stazione appaltante, una parte interessata ovvero più parti interessate possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere un'istanza di parere non vincolante all'Autorità, la quale potrà eventualmente formulare anche un'ipotesi di soluzione (art. 6, comma 7, lettera *n*) del codice dei contratti pubblici) (38).

Secondo strumento schiettamente pubblicistico è dato dall'informativa dell'intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale, per cui i soggetti che intendono gravarsi contro provvedimenti in materia di contratti pubblici devono informare la stazione appaltante delle violazioni che si assumono commesse in corso di gara e dell'intenzione di proporre ricorso. La stazione appaltante, entro quindici giorni da detta informativa, deve comunicare le proprie definitive determinazioni in ordine alle censure proposte dall'interessato e stabilire se intervenire o meno in autotutela (art. 243-*bis*, co. 3, del codice).

Ognuno di questi strumenti di ADR presenta profili problematici (si pensi alle incertezze sul giudice avente competenza giurisdizionale in ordine alle controversie insorte nell'ipotesi di accordo bonario) (39), tant'è che il disegno di legge delega per l'attuazione delle nuove direttive in materia di contratti pubblici e concessioni prevede quale espresso criterio la “razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto” (40).

Nell'analisi in corso è soprattutto l'informativa dell'intento di proporre ricorso a meritare qualche riflessione, dal momento che lo strumento in questione funziona secondo un meccanismo che ben si presta ad essere generalizzato ogniqualvolta venga in rilievo la contestazione dell'esercizio di un potere amministrativo, consentendo di delineare una ADR peculiare nell'ambito del diritto pubblico.

Però, come meglio si vedrà al paragrafo successivo, il meccanismo in questione necessita preliminarmente di alcune correzioni, rese evidenti dal mancato successo del rimedio quale mezzo di deflazione dell'immenso contenzioso in materia di appalti. Infatti l'informativa “non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto ..., né il decorso del termine per la proposizione del ricorso

giurisdizionale” (art. 243-*bis*, co. 3, del codice). Questo elemento di disciplina ha condizionato l'appetibilità del rimedio per il privato, insieme ad una giurisprudenza poco propensa a considerare le ragioni del singolo al di là della stretta lettera della legge, ad esempio, imponendogli di ricorrere avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (41).

5. I tre processi di cambiamento in atto consentono di riconoscere possibili spazi per forme di ADR pubblicistiche nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, in aggiunta a quelli specificamente già previsti in via normativa.

Anzitutto per introdurre questi meccanismi sarebbe opportuna una legge quadro, al fine di creare un contesto giuridico e non più volontaristico (42) per lo svolgimento di mediazioni/conciliazioni con la pubblica amministrazione. Una legge generale dovrebbe fissare, a garanzia dei singoli, regole minime di procedura, sufficientemente semplici in modo tale da non far perdere il tratto di flessibilità che in ogni latitudine e in ogni branca del diritto contraddistingue i rimedi alternativi di soluzione delle controversie. In generale le forme di risoluzione delle controversie alternative al processo presentano, rispetto a quest'ultimo, una maggiore flessibilità di forme, in base all'idea che l'assenza di rigidi formalismi costituisce l'attributo indispensabile di procedure che aspirino ad essere rapide e poco gravose, anche dal punto di vista economico (43).

Quanto ai concreti meccanismi di tutela, come osservato sopra, ben si adatta alla logica del diritto amministrativo il modello concretamente incarnato dall'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, di cui all'art. 243-*bis* del codice dei contratti pubblici. Si tratta di uno strumento precontenzioso (nel senso che opera prima dell'apertura di un giudizio) avente lo scopo di offrire alla pubblica amministrazione “l'opportunità di un riesame in via di autotutela” (44).

Infatti la specificità delle ADR pubblicistiche sta tutta nella consapevolezza che è necessario riformare l'attività amministrativa prima e piuttosto della giustizia amministrativa e meccanismi di riesame su invito del privato sono fondamentali per raggiungere questo risultato. L'interesse pubblico sottostante all'impiego di forme di ADR pubblicistiche s'identifica in quel viluppo tra funzione di efficienza dell'attività amministrativa primaria e funzione di assicurazione della giustizia che si è cercato

di evidenziare nelle pagine precedenti.

Si potrebbe dunque pensare al rimedio alternativo come instaurazione di un nuovo procedimento amministrativo davanti alla medesima pubblica amministrazione che si è già determinata in precedenza, inaugurando un nuovo momento di manifestazione di interessi delle parti in seno a un procedimento amministrativo di secondo grado. Una forma di autotutela non spontanea e discrezionale, bensì su richiesta di un soggetto qualificato, che potrebbe divenire in un futuro prossimo un eventuale ricorrente, e doverosa, come si cercherà di spiegare nelle pagine seguenti.

Se, come sopra detto, il potere amministrativo non può dirsi assoluto e l'interesse pubblico è frutto di costanti aggiustamenti, il riesame su invito è strumento ben rispondente alla logica non aggiudicativa, bensì facilitativa, dei rimedi alternativi. Si è già sottolineato infatti che il tratto più qualificante della giustizia alternativa è la facilitazione della comunicazione tra le parti e della loro comprensione reciproca, in un contesto che favorisca l'emergere delle rispettive posizioni e consenta l'elaborazione di una soluzione condivisa (45).

Il rimedio alternativo è strumento rivolto al futuro, ma ancorato nel passato, in quanto spinge l'amministrazione a rivalutare quanto già disposto. È una vera e propria terra di mezzo tra procedimento e processo amministrativo, tra esercizio del potere amministrativo e sindacato sull'avvenuto esercizio del potere amministrativo (46).

Questa logica è, sotto alcuni aspetti, simile a quella dell'istituto previsto in via generale in seno al procedimento amministrativo dall'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990, ossia il preavviso di rigetto dell'istanza presentata davanti all'amministrazione procedente: in entrambi i casi l'amministrazione ri-valuta la propria decisione alla luce delle osservazioni dell'interessato. Tant'è che è stato giustamente osservato, nel corso di un ragionamento che avvicina i due istituti, che anche a seguito della comunicazione del privato dell'intenzione di ricorrere la pubblica amministrazione non si spoglia della sua funzione di amministrazione attiva, "ma viene chiamata da questa iniziativa del privato a mettere a fuoco, nel quadro degli interessi (e dei contro-interessi) di cui deve tenere conto, anche l'interesse ad evitare la controversia, e con ciò a raggiungere, rapidamente e

pacificamente, la definitiva stabilizzazione dell'assetto voluto” (47).

Tuttavia l'informativa, così come attualmente disciplinata, presenta alcune criticità. Infatti in materia di appalti pubblici il legislatore non ha creato le condizioni normative favorevoli a un ravvedimento operoso da parte dell'amministrazione per risolvere un conflitto potenziale. Come sopra osservato, il rimedio non condiziona la proposizione del ricorso giurisdizionale e quindi l'omissione preventiva non preclude, né ritarda l'accesso alla tutela davanti al giudice amministrativo, costituendo semplicemente una condotta valutabile nel corso del successivo giudizio ai fini della pronuncia sulle spese e/o sul risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1227 c.c. (48).

In questa maniera il rimedio risulta difficilmente appetibile per il privato e non stringente per l'amministrazione, quando invece alcuni correttivi consentirebbero di valorizzare questa parentesi intesa a creare i presupposti affinché la pubblica amministrazione faccia la scelta giusta e, in secondo luogo, impari dai suoi errori.

La questione del rispetto del termine breve per la proposizione del ricorso giurisdizionale infatti potrebbe essere superata disciplinando diversamente gli effetti dell'informativa sulla decadenza, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 410, co. 2, c.p.c., per cui la comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso del termine di decadenza (49).

Per incentivare l'uso da parte dell'amministrazione di questo ulteriore spazio temporale prima che il conflitto giunga davanti al giudice amministrativo la soluzione più immediata è di trasformare l'invito all'autotutela amministrativa da strumento facoltativo a strumento obbligatorio. Tuttavia configurare lo stimolo all'autotutela come condizione di procedibilità della domanda giudiziale può non rivelarsi soluzione efficace: l'esperienza in materia civile e lavoristica mostra che ipotesi di giurisdizione condizionata sono avvertite solo come una formalità e quindi come una perdita di tempo nel caso in cui nessuna delle parti nutra un reale interesse ad aprire una fase di ripensamento o mediatore in senso lato (50).

Meglio dunque concepire il rimedio alternativo in sede di autotutela come

meramente sospensivo del termine per proporre ricorso davanti al giudice (51) e intervenire su altri profili della disciplina. Si potrebbe pensare all'introduzione di incenviti/meccanismi sanzionatori intesi a stimolare l'uso del riesame su invito di un eventuale futuro ricorrente. Suggestimenti in tal senso sono ricavabili da quella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria che esclude il risarcimento dei danni "che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", sanzionando così l'omessa attivazione di "rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. *invito all'autotutela*)" (52).

Parallelamente, dal momento che il rimedio è diretto a sollecitare un esame per l'esercizio eventuale dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, tale esame su invito sarebbe da considerare doveroso per la pubblica amministrazione, con la conseguenza di tenere conto dell'omissione o del ritardo dell'amministrazione nella sua attività di ri-valutazione in sede di pronuncia sulle spese o di un eventuale risarcimento dei danni (53).

Ma soprattutto, per superare la naturale ritrosia della pubblica amministrazione a rimettere in discussione il suo operato, sarebbe utile legare il mancato esperimento dell'autotutela su invito a particolari responsabilità amministrative in capo al soggetto che non abbia riconsiderato la sua determinazione nonostante le sollecitazioni degli interessati.

Aiuta in tal senso l'esperienza maturata nell'ambito delle controversie privatistiche nelle quali sia parte una pubblica amministrazione. Ad esempio, il giudice contabile ha sostenuto in relazione a una controversia in materia di responsabilità medica e sanitaria la necessità per la pubblica amministrazione, nella specie un'azienda ospedaliera, di "addivenire ad una rapida conclusione della vicenda sia per evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile (basti pensare all'aggravio per spese legali e di consulenze tecniche), sia per rimediare al notevole danno di immagine subito dall'Azienda a causa del clamore mediatico suscitato dalla particolarità della vicenda"; e ha condannato il medico che non aveva sottoscritto l'accordo transattivo a pagare una cifra a titolo di danno erariale patito dall'azienda ospedaliera (54).

Similmente il giudice ordinario, facendo applicazione dell'istituto della mediazione per ordine del giudice in una controversia di risarcimento dei danni derivanti da un'insida stradale nei riguardi di Roma Capitale, ha preventivamente censurato l'abituale condotta processuale della pubblica amministrazione, non solita partecipare alle mediazioni alle quali è convocata, precisando come tale "scelta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata della amministrazione pubblica" possa esporre l'ente al danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo sulla proposta del giudice e/o dell'invio in mediazione comparativamente valutato rispetto al contenuto della sentenza (55).

Da ultimo, è possibile trarre indicazioni di valenza generale anche dalla menzionata esperienza delle ADR nei mercati regolati, la quale, come già sottolineato, palesa anzitutto la necessità di dettare una legge quadro recante principi generali comuni in materia di ADR pubblicistiche, a tutela del singolo e dell'ordinamento complessivamente considerato.

Il profilo qualificante degli strumenti di risoluzione delle controversie nei mercati regolati riguarda la garanzia di terzietà e di specializzazione degli organi competenti. Così, si potrebbero configurare, accanto all'invito all'autotutela rivolto alla medesima amministrazione che ha già esercitato il suo potere, anche altri strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, questa volta demandati a soggetti indipendenti, al fine di arricchire la gamma delle tutele offerte dal complessivo sistema di giustizia amministrativa.

Nulla vieta che questi soggetti siano commissioni indipendenti operanti presso ciascuna amministrazione statale, regionale o locale, separate dagli organi di amministrazione attiva, oppure organi speciali di amministrazione giustiziale per specifici settori di amministrazione, riprendendo il suggerimento di rivitalizzare il ricorso gerarchico improprio davanti a soggetti dotati di effettiva terzietà (56).

In questa maniera si rimane sempre nell'ottica delle ADR precontenziose, attribuite a soggetti estranei al circuito giudiziario. Ma nulla vieta neppure di attribuire anche a un giudice, a processo già instaurato, il compito di conciliare le parti, prospettando possibili soluzioni reversibili in un accordo oppure idonee a modificare o eliminare parzialmente uno o più provvedimenti amministrativi impugnati. Questo modello di ADR impone logicamente di separare la fase

conciliatoria da quella decisoria, affidando il tentativo di mediazione, nel corso del quale i contendenti possono ridefinire la loro relazione, eventualmente grazie a concessioni reciproche, a un giudice esterno al collegio giudicante e adeguatamente formato e sensibilizzato alla cultura della mediazione.

Quanto agli incentivi all'utilizzo di queste particolari forme pubblicistiche di ADR pubblicistica, che si affiancano al riesame su invito, si potrebbe introdurre un termine perentorio per l'azione dell'amministrazione, decorso infruttuosamente il quale essa non avrebbe più titolo a riesaminare tutte le questioni relative al rapporto controverso, né a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili ancora non esaminati (57).

In conclusione, attualmente si aprono sicuri e utili spazi per varie tipologie di ADR pubblicistiche: il riesame su richiesta, la tutela precontenziosa affidata a un soggetto realmente indipendente e la conciliazione endoprocessuale verrebbero ad arricchire il catalogo degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, all'insegna di una maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia, nonché di una certa *fairness*, intesa come leale collaborazione, tra le parti.

ABSTRACT: Alcuni processi di trasformazione in atto impongono di rivedere la tradizionale posizione di chiusura che configura una sorta di incompatibilità ontologica tra forme di ADR e controversie in cui venga in rilievo l'esercizio del potere amministrativo. In particolare, la concezione della giurisdizione come risorsa pubblica limitata e l'idea che l'interesse pubblico concreto possa racchiudere al suo interno anche il superamento del contenzioso portano a interrogarsi sui possibili spazi di applicabilità di metodi alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche. Inoltre l'esperienza concreta maturata in alcuni settori di diritto amministrativo speciale (mercati regolati, appalti pubblici) fornisce utili indicazioni, grazie a meccanismi, come l'informativa dell'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, che, con adeguati correttivi, si prestano ad essere generalizzati ogniqualvolta sorga una controversia pubblicistica. L'indagine mostra che attualmente esistono sicuri e utili spazi per varie tipologie di ADR pubblicistiche: il riesame su richiesta, la tutela precontenziosa affidata a un soggetto realmente indipendente e la conciliazione endoprocessuale. Esse verrebbero ad arricchire il catalogo degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, all'insegna di una

maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia, nonché di una certa *fairness*, intesa come leale collaborazione, tra le parti.

Note:

(*) Studio destinato agli Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone.

(1) Cfr., riassuntivamente, E. Silvestri, voce Conciliazione e mediazione, in Enc. dir. Annali, Milano, 2007, 277 ss.

(2) Con riguardo alle controversie di diritto civile, ma con considerazioni utilizzabili anche in via generale, L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, Lezioni sul processo civile, II, Bologna, 1995, 15, ritengono che si possa propriamente parlare di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in quattro ipotesi principali, “ossia: a) quando la controversia viene risolta non con una decisione ma con un accordo tra le parti; b) quando la controversia viene risolta, eventualmente con una decisione, da un organo che non è il giudice; c) quando la controversia viene risolta a seguito di un procedimento che non è un processo in senso proprio, perché non ne segue le modalità; d) quando si verificano insieme alcune o tutte le condizioni indicate in a), b) e c)”.

(3) Sul punto ci si permette di rinviare a M. Ramajoli, Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, in Dir. amm., 2014, 1 ss., spec. 15 ss.

(4) Cfr., per tutti, F.P. Luiso, Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie, Milano, 2013; A. Ceretti, Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma, Scritti in memoria di Giandomenico Pisapia, Milano, 717 ss.; per uno sguardo comparatistico, L'altra giustizia, a cura di V. Varano, Milano, 2007.

(5) G. Giovannini, Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2015, in www.giustizia-amministrativa.it, 20; ma cfr. già P. De Lise, Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa, 8 febbraio 2011, *ivi*.

(6) Cfr., di recente, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito un sistema di mediazione obbligatoria per un'ampia serie di controversie civili e commerciali (su cui comunque cfr. la pronuncia di illegittimità costituzionale di Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, per eccesso di delega); il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che ha reintrodotto la mediazione obbligatoria per quasi tutte le materie previste nell'originario decreto legislativo e ha potenziato la mediazione “ordinata” dal giudice in corso di causa; il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di “degiurisdizionalizzazione”, che ha previsto nuovi meccanismi di risoluzione delle controversie e irrobustito quelli già esistenti.

- (7) A. Pajno, Giustizia amministrativa e crisi economica, in www.irpa.eu.
- (8) Da ultimo si veda in tema l'affresco disegnato da P. Grossi, Sulla odierna "incertezza" del diritto, in www.diritto-amministrativo.org.
- (9) In tal senso si vedano le considerazioni di V. Varano, Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica, in Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law, Milano, 2009, 39 ss., spec. 55 ss.
- (10) Così M. Delsignore, I rimedi alternativi alla judicial review, in corso di pubblicazione; cfr. altresì P. Chirulli, Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna, Torino, 1996, spec. 228 ss.; G. Ligugnana, L'altra giustizia amministrativa, Torino, 2010.
- (11) Per questa tendenza del nostro attuale riformatore cfr. S. Cassese, L. Torchia, Diritto amministrativo. Una conversazione, Bologna, 2014, 118 ss.; con riguardo specifico alle riforme del processo civile cfr. C. Consolo, Un d.l. processuale in bianco e nero sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione", in Corr. giur., 2014, 1173 ss.
- (12) Sul carattere consensuale, informale e partecipato delle ADR in generale cfr. V. Bondy, M. Doyle, V. Reid, Mediation and Judicial Review - Mind the Research Gap, in Judicial Review, 2005, 220 ss.
- (13) Per queste conquiste si rinvia al quadro riassuntivo contenuto in R. Villata, M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Torino, 2006, spec. 43 ss., e bibliografia ivi citata.
- (14) Ampiamente sul punto cfr. M. Ramajoli, Strumenti alternativi, cit., 1 ss.
- (15) Per tutti cfr. U. Pototschnig, Pronuncie elettorali del Consiglio comunale e funzione giurisdizionale, in Giur. cost., 1961, 1161 ss., ora anche in Scritti scelti, Padova, 1999, 115 ss., spec. 130 ss.; per un inquadramento di tipo storico del fenomeno cfr. L. Mannori, B. Sordi, Storia del diritto amministrativo, Roma-Bari, 2001, 36 ss.
- (16) M. Nigro, Le decisioni amministrative, Napoli, 1953, rispettivamente 22 e 24, che fa rientrare nella categoria la decisione di controversie in materia di terre incolte, di danni da guerra e dell'epurazione e di giudizi disciplinari.
- (17) M.S. Giannini, Sulle decisioni amministrative contenziose, in Foro amm., 1946, 1949, I, 316 ss., 321; dello stesso Autore cfr. altresì Decisioni e deliberazioni amministrative, ivi, I, 154 ss., spec. 159 ss.
- (18) M. Nigro, Le decisioni amministrative, cit., 31.
- (19) M. Nigro, Le decisioni amministrative, cit., 110. Il medesimo Autore parla poi di "interesse giustiziale", per cui dall'interesse amministrativo in senso stretto "si

scorpora” un diverso e specifico interesse dell'amministrazione, l'interesse “alla giusta soluzione del conflitto” nella sua voce Decisione amministrativa, in Enc. dir., Milano, 1962, 813 ss.

(20) F. Benvenuti, voce Autotutela (diritto amministrativo), in Enc. dir., Milano, 1959, rispettivamente 540 e 542.

(21) Cfr., sul punto, A. Travi, voce Ricorsi amministrativi, in Dig. disc. pubbl., Torino, 1997, 382; A. Massera, Strumenti non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. Falcon, Padova, 2010, 85 ss., spec. 92 ss.

(22) M. Cappelletti, Appunti su conciliatore e conciliazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, 49 ss., 57.

(23) Che la giustizia amministrativa di tipo tradizionale non sia in grado di fornire una risposta soddisfacente nel caso di relazioni di durata tra pubblica amministrazione e privati era già stato sottolineato da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 293 ss.

(24) Su questa impostazione, che permea, ad esempio, la disciplina della tutela del diritto d'autore on line ci si permette di rinviare a M. Ramajoli, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in Aida, 2014, 88 ss.

(25) Così l'art. 3.13 della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

(26) Per un quadro cfr. S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013.

(27) Tra le prime pronunce in tal senso orientate Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

(28) M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

(29) B. Tonoletti, Il mercato come oggetto della regolazione, in *Rivista delle regolazione dei mercati*, 1, 2014, 5 ss.

(30) Di situational justice parla L. Nader, *The Direction of Law and the Development of Extra-Judicial Processes in Nation State Societies*, in P.H. Gulliver, *Cross-Examinations. Essays in Memory of Max Gluckman*, Leiden, Brill, 1978, 78, 86.

(31) A.P. Morriss, B. Yandle, A. Dorchak, *Regulation by Litigation*, Yale University Press, 2008.

- (32) M. R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, 34 ss., 133 ss.
- (33) S. Lucattini, *Modelli di giustizia*, cit., 103 ss.
- (34) M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Aic*, n. 4, 2014, passim.
- (35) Sul fatto che in tutti questi istituti domini l'ottica di risoluzione alternativa delle controversie cfr., da ultimo, TAR Umbria, Sez. I, 27 maggio 2014, n. 274.
- (36) Sul punto cfr. M. Delsignore, *Le ADR nell'attuazione della direttiva 2007/66/CE*, in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, 2012, 131 ss.
- (37) Art. 11 del regolamento citato alla nota precedente.
- (38) Cfr. altresì Anac, *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, 19 settembre 2014.
- (39) Da ultimo cfr. TAR Lombardia, Milano Sez. I, 18 settembre 2014, n. 2358, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il silenzio opposto dall'amministrazione sull'istanza volta a promuovere la definizione di un accordo bonario sulle riserve iscritte nei registri di contabilità.
- (40) Art. 1, co. 1, lett. I, del d.d.l. n. 1678, recante delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.
- (41) Su questo specifico punto cfr. F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 506-508.
- (42) Talvolta nascosto e come tale ambiguo, se si pensa alle tante transazioni extra ordinem.
- (43) Su questo tratto cfr. E. Silvestri, voce *Conciliazione*, cit., 282-283; S. Boyron, *Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms*, in *European Public Law*, 2007, 263 ss., 271.
- (44) Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3203; ma cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. III, 11 luglio 2013, n. 6958.

- (45) Sulla mediazione facilitativa cfr. L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, 7 ss.
- (46) M. Ramajoli, *Strumenti*, cit., 5 ss.
- (47) D. Corletto, *Intervento del discussant su I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giudiziali a confronto*, in corso di pubblicazione.
- (48) D. De Pretis, *Il sistema della protezione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 3 ss., 33.
- (49) Come, sia pure con riferimento specifico alla materia dei contratti pubblici, si potrebbe anche pensare alla possibilità di emanazione di provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire la conclusione del contratto di appalto.
- (50) L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., 21.
- (51) Con la conseguenza che l'inerzia dell'amministrazione di fronte alla richiesta di rimedio alternativo non comporterà alcun obbligo di ricorrere avverso il silenzio, potendo il privato proporre ricorso avverso la determinazione originaria entro il termine decadenziale consueto, che riprenderà a decorrere esaurita questa fase precontenziosa; mentre nel caso in cui l'amministrazione emetta una determinazione in senso favorevole al privato, quest'ultima sarà sempre impugnabile da un terzo eventualmente leso; cfr. M. Ramajoli, *Strumenti*, cit.
- (52) Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.
- (53) In tal senso, facendo leva sul principio di parità delle parti processuali, R. Chieppa, *Sulla legittimità costituzionale di previi ricorsi o rimedi o procedimenti precontenziosi per poter adire un giudice e sugli effetti della inosservanza delle relative previsioni*, in *Giur. cost.*, 2013, 5083 ss., con riferimento all'informativa preventiva in materia di appalti pubblici.
- (54) Corte conti, Sez. giurisd. Sic., 23 luglio 2013, n. 2719.
- (55) Trib. Roma, ord. 19 febbraio 2015, inedita, che richiama anche la circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10 agosto 2012, n. 9.
- (56) G. Morbidelli, *Sugli "strumenti di amministrazione giustizia"*, in *Presidenza del Consiglio, La riforma della pubblica amministrazione, La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, 17 ss.
- (57) Sulla falsariga di quanto stabilito dalla più attenta giurisprudenza amministrativa in tema di giudizio di ottemperanza e riesercizio del potere amministrativo; cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686.

