

Margherita Ramajoli

## **STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE PUBBLICISTICHE**

in **Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2014**

Sommario: 1. Value create and save time, expense, stress. — 2. De iure condito: il caleidoscopio dei rimedi alternativi nelle controversie coinvolgenti una pubblica amministrazione. — 3. Le controversie pubblicistiche tra simbolismo e pragmaticità. — 4. Disciplina normativa e principio d'informalità. — 5. Tra termine di decadenza e indipendenza soggettiva. — 6. De iure condendo: i rimedi alternativi come terra di mezzo tra procedimento e processo. — 7. Segue: i rimedi alternativi come parentesi all'interno del processo.

1. Value create and save time, expense, stress.

La tendenza contemporanea a introdurre e valorizzare mezzi alternativi di risoluzione delle controversie si lega a obiettivi sia di efficienza ordinamentale sia di rafforzamento della tutela del privato.

Più precisamente, le motivazioni alla base dei rimedi alternativi sono state ben esplicitate dalla dottrina nordamericana, che vanta un'esperienza pluridecennale in materia di *Alternative Dispute Resolution*.

Come è tipico nella letteratura statunitense, le ragioni addotte spaziano dal giuridico al metagiuridico o pregiuridico. Sono invocate spiegazioni morali, religiose, filosofiche, culturali, psicologiche, per cui le ADR vengono concepite come momento di *reconciliation* in grado di migliorare la comunicazione tra le parti e di soddisfare le relazioni sociali in maniera migliore rispetto a un processo *adversarial*. Questa prospettiva è stata poi ripresa dall'ordinamento dell'Unione europea, che considera i rimedi alternativi come mezzi di pacificazione sociale e strumenti di modernizzazione del modello sociale europeo. Ma al tempo stesso e in modo solo apparentemente paradossale, le ADR sono viste anche alla stregua di strumenti di autorealizzazione del singolo e di scelta di libertà, in quanto

espressione dell'autonomia dei privati (1) ).

Esistono spiegazioni di analisi economica del diritto, anch'esse fatte proprie dall'ordinamento europeo; quest'ultimo infatti mira a evitare le liti giudiziarie dal momento che esse sono ostacoli alla fluidità del mercato. Così le ADR non solo abbatterebbero i costi derivanti dall'instaurazione dei processi, ma costituirebbero pure uno strumento di produzione di ricchezza e di promozione del benessere collettivo (2) ).

Robuste sono poi le giustificazioni di politica del diritto, orientate non esclusivamente in via efficientistica: non si parla così solo di deflazione del contenzioso e di superamento degli alti costi, dei tempi lunghi e dei bizantinismi del processo, ma anche di miglioramento dell'accesso alla giustizia, d'ampliamento e di differenziazione delle possibilità di tutela e quindi di una maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia (3) ).

Accanto alle tante voci favorevoli non sono mancate posizioni critiche nei confronti dei rimedi alternativi, che essenzialmente hanno paventato una sorta di pericolosa privatizzazione della giurisdizione, che non sarebbe in grado di fornire una sufficiente tutela della parte debole del conflitto. In quest'ottica “*settlement is viewed as synonymous with compromise, or even selling out*”, che asseconda i poteri di forza tra le parti interessate (4) ).

In un quadro storico come l'attuale, in cui l'efficienza è divenuta uno dei principali obiettivi delle riforme legislative, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esercitano un'attrattiva particolare. La giurisdizione tende ad essere concepita sia come una risorsa pubblica sia come un servizio pubblico. Pertanto si suggerisce un “impiego economico” della medesima, servendosene come *extrema ratio* e introducendo filtri per l'accesso (5) ).

Rispondono a questa specifica logica le recenti manovre legislative che hanno riguardato il processo civile, intese a valorizzare procedimenti di tipo mediatorio/conciliatorio. Anzitutto 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, precisando che con il termine mediazione s'intende “l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due

o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa” (testo novellato dell'art. 1, co. 1), mentre al termine di conciliazione è riservato il significato di atto conclusivo, “di composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione” (sempre art. 1, co. 1) (6) ).

Come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega della disposizione del d.lgs. n. 28/2010 che configurava il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 5, co. 1) (7) ). Di qui l'intervento del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che, da un lato, ha reintrodotto la mediazione obbligatoria per quasi tutte le materie già contemplate nel testo originario, alleggerendone, al tempo stesso, l'incidenza sul processo; dall'altro, ha potenziato l'istituto della mediazione delegata, che diviene una sorta di mediazione *iussu iudicis*, utilizzabile a prescindere dalla natura della controversia ( 8) ).

Da ultimo il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, significativamente intitolato misure urgenti di “degiurisdizionalizzazione”, obbedisce alla medesima impostazione e ha previsto nuovi meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, che dovranno poi essere, non senza fatica, coordinati con quelli già esistenti (9) ).

Questo è, schematicamente, il vivace contesto normativo, in costante evoluzione, esistente nel processo civile, dal quale emerge una profonda fiducia negli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, per le ragioni emerse in apertura del paragrafo, prima tra tutte la riduzione del contenzioso giudiziario.

Tuttavia il tema dei rimedi alternativi richiede necessariamente uno svolgimento suo proprio nel diritto amministrativo: in esso si pone, prima ancora che il problema della loro utilità ed efficacia, già, a monte, il problema della loro ammissibilità. È da quest'ultima che occorre dunque partire e, anticipando le riflessioni che seguiranno, si cercherà di dimostrare che il problema dell'ammissibilità dei rimedi alternativi nel diritto amministrativo è una questione non di limiti, bensì di modalità e di criteri.

2. De iure condito: *il caleidoscopio dei rimedi alternativi nelle controversie coinvolgenti una pubblica amministrazione.*

Assume una particolare pregnanza nel diritto amministrativo la comune osservazione secondo cui sotto l'etichetta di forme alternative di risoluzione delle controversie si collocano strumenti eterogenei, caratterizzati in positivo dallo scopo di risoluzione di una lite che suppone l'accordo delle parti e in negativo dall'offrire un tipo di giustizia non giurisdizionale (10).

Il fenomeno, almeno potenzialmente, è in grado di assumere manifestazioni concrete molto diverse tra loro, con la precisazione però che né i tradizionali ricorsi amministrativi (tralasciando comunque il ricorso straordinario, che è istituto del tutto equivalente al ricorso giurisdizionale) (11), né gli arbitrati sono da considerare propriamente rimedi alternativi alla giurisdizione.

Nei ricorsi amministrativi, così come normativamente configurati, è assente quella logica partecipativa e consensuale, che porta a favorire soluzioni condivise, propria invece degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Ma soprattutto nei ricorsi amministrativi ordinari, anche in quelli gerarchici impropri, manca l'ulteriore tratto caratteristico degli strumenti alternativi, ossia la terzietà e la neutralità del soggetto risolutore o facilitatore della risoluzione rispetto agli interessi in gioco. Essi seguono la differente e tradizionale "logica dell'autotutela amministrativa", che rispecchia una concezione autoritaria della pubblica amministrazione (12).

Tra l'altro, è proprio la mancanza d'indipendenza dell'amministrazione decidente ad avere determinato l'attuale crisi dei ricorsi amministrativi. A sua volta, tale crisi ha indotto a sfogare sul momento giurisdizionale la soluzione di qualunque tipo di conflitto, contribuendo alla più generale crisi del sistema di complessive garanzie offerte al cittadino (13).

Non è un caso che in Germania da tempo si proponga la sostituzione dei ricorsi amministrativi, considerati rimedi obsoleti, con rimedi alternativi quali la mediazione (14).

Per quanto riguarda poi l'arbitrato, esso, pur presentando alcune assonanze con gli strumenti in esame, è da avvicinare maggiormente agli strumenti giurisdizionali. Siamo qui di fronte a una sorta di giustizia privata, cioè dettata da un privato

anziché da un giudice (15) ).

Una volta sfrondata il campo da ciò che rimedio alternativo non è, occorre riprendere l'affermazione iniziale secondo cui affrontare il tema dei rimedi alternativi nel diritto amministrativo significa esaminare anzitutto la questione della loro ammissibilità.

*De iure condito* non è possibile dare un'unica risposta al quesito in ordine alla compatibilità tra rimedi alternativi e controversie di cui sia parte una pubblica amministrazione. In base alla legislazione attualmente esistente e per opinione pressoché consolidata in dottrina le controversie pubblicistiche non sono risolvibili con i rimedi alternativi, mentre le ADR sono utilizzabili nell'ipotesi di controversie in cui l'amministrazione agisca, sia pure con gli adattamenti del caso, con gli strumenti di diritto privato.

Tuttavia questa chiusura normativa non deve essere assunta come un postulato. Può essere invece utile analizzare se le ragioni su cui la chiusura si fonda siano superabili o meno, per poi verificare se *de iure condendo* vi possano essere spazi per un impiego dei rimedi alternativi anche con riferimento alle controversie pubblicistiche.

Prima di procedere in questa direzione pare comunque opportuno prendere le mosse dai rimedi alternativi che trovano sicura ospitalità nel sistema di diritto amministrativo, in quanto già introdotti dal legislatore. Il passaggio s'impone al fine di evidenziarne le eventuali criticità e di trarne insegnamenti in una prospettiva che aspiri a essere anche propositiva e costruttiva.

La legislazione offre numerosi esempi di strumenti di soluzione stragiudiziale di controversie laddove l'amministrazione agisca su un piano di (per lo meno tendenziale) parità con i privati; quindi essenzialmente in materia di attività contrattuale. In particolare il codice dei contratti pubblici contempla sia la transazione (art. 239), sia l'accordo bonario (art. 240) nelle liti relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici (16) ).

Con riferimento alla fase più propriamente pubblicistica sono previsti poi sia il parere non vincolante espresso ora dall'Autorità anticorruzione (in precedenza

dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, il quale può eventualmente sfociare nella formulazione di un'ipotesi di soluzione (art. 6, co. 7, lett. n, del Codice, e attuale regolamento, non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale, dell'Autorità nazionale anticorruzione) sia l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis).

Si tratta di rimedi attivabili prima e al di fuori del processo, tant'è che si può parlare di mediazione endoprocedimentale. Questa collocazione temporale porta con sé un tratto problematico: nel caso di accordo bonario o di transazione l'atto emesso all'esito del rimedio amministrativo non ha gli stessi effetti dell'atto che solitamente risolve una controversia; anche se non è immediato se l'atto terminale abbia natura provvedimento o privatistica (17) ), sta di fatto che esso potrà essere oggetto di un successivo sindacato giurisdizionale.

Questo elemento, non superabile in ragione dei principi di legalità e di separazione dei poteri, conduce inevitabilmente a perdere alcuni dei vantaggi insiti nel modello proprio dei rimedi alternativi, ossia quel *save time, expense and stress* che la dottrina nordamericana ha più volte evidenziato.

Anche qualora venga in rilievo un'attività più propriamente pubblicistica emerge la problematicità temporale di questi rimedi preprozessuali rispetto al processo vero e proprio. In tal caso essa è dovuta alla necessità di rispettare il termine di decadenza dell'azione davanti al giudice amministrativo. Il pensiero va all'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, visto che essa non costituisce un requisito di procedibilità del ricorso, né impedisce il decorso del brevissimo termine per la proposizione di esso, né sospende la stipulazione del contratto (18) ).

Mancano quindi le condizioni normative affinché si istituisca quel "corridoio rafforzato" per l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento in autotutela che ponga così fine al potenziale conflitto in sede di precontenzioso. Ciò conduce a un sostanziale fallimento del rimedio, concepito in via legislativa in una maniera che lo rende inidoneo a deflazionare l'ingente contenzioso in materia di appalti (19) ).

Procedendo nella ricerca di altri rimedi alternativi riconosciuti in via normativa l'attenzione si sposta ad applicazioni delle ADR a controversie *sui generis*.

Specie, anche se non solo, in campo economico, la tradizionale distinzione tra controversie pubblicistiche e controversie privatistiche in cui sia parte resistente una pubblica amministrazione non è sufficiente a racchiudere la complessità del reale, ben potendo l'amministrazione essere coinvolta anche ad altro titolo in una controversia, come sta a dimostrare l'ipotesi dell'esercizio di attività in forme semicontenziose da parte delle autorità indipendenti (20).

Così la seconda categoria di rimedi alternativi pacificamente utilizzata nel diritto amministrativo è prevista in caso di controversie giuridiche insorte non tanto tra amministrazione e privati, quanto piuttosto tra privati (tali almeno dal punto di vista formale, anche se non sempre da quello sostanziale) che vengono risolte da un'amministrazione dotata di una signoria su un settore e di specifiche competenze tecniche. Si allude qui alle numerose, variegata e sempre più frequenti ipotesi di risoluzione stragiudiziale delle controversie affidate alle autorità amministrative indipendenti, spesso in obbedienza alla normativa di livello europeo.

L'esempio puro è costituito dall'attività decisoria attribuita al Garante per la protezione dei dati personali dal relativo Codice. Ad esso si affiancano varianti di soluzione stragiudiziale delle controversie tra operatori, oppure tra operatori e utenti, attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e da questa talvolta delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni (art. 1, co. 11, legge n. 249/1997; artt. 23 e 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche; del. 173/07/Cons.; del. 352/08/Cons.) o all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici (del. ARG/elt 123/08; del. 188/2012/E/COM) (21).

La *ratio* alla base di queste ipotesi è che le autorità amministrative in questione, in quanto dotate di competenze particolari, siano in grado di decidere in maniera più efficiente e soddisfacente controversie altamente tecniche.

Quadro analogo si ritrova nell'ordinamento dell'Unione europea, dove le cd. commissioni di ricorso obbediscono per lo più a una logica specialistica che si contrappone a quella meramente legalistica propria del giudice. Del resto, è sempre l'ordinamento dell'Unione europea spesso a richiedere che l'ordinamento

interno configuri un “diritto di rivolgersi a un'autorità di regolamentazione nazionale per risolvere la controversia”, come ad esempio afferma il 32° considerando della Direttiva 2002/21/CE che istituisce il quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (22) ).

Si rientra in pieno nel paradigma dei rimedi alternativi, utili laddove l'approccio giuridico generalista, tipico del processo, fatica a risolvere questioni di alta tecnicità. E non è un caso che da tempo il tratto caratteristico dell'attività delle autorità amministrative indipendenti sia stato individuato proprio nella funzione di mediazione (23) ).

Due sono i principali profili di criticità che questi rimedi alternativi presentano. In primo luogo, si configura una dialettica con il processo caratterizzata da frammentarietà e da asistematicità.

Solo in un caso vi è una perfetta fungibilità e alternatività tra rimedio stragiudiziale e processo, nel senso che, da un lato, il ricorso all'autorità indipendente non è proponibile se è già stata adita l'autorità giudiziaria ordinaria, dall'altro, la presentazione del ricorso all'autorità indipendente rende improponibile un'ulteriore domanda davanti all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto (art. 145 del Codice in materia di protezione dei dati personali) (24) ); talvolta l'esperienza della procedura conciliativa è condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale (art. 1, co. 11, legge n. 249/1997), ma se fallisce il tentativo di conciliazione si apre la strada vuoi al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria vuoi a un apposito ricorso in via amministrativa, la cui decisione è poi impugnabile davanti al giudice amministrativo (artt. 6 e 3, co. 3, del. 173/07/Cons); altre volte, salvo che le parti private abbiano convenzionalmente previsto altri mezzi per la soluzione della controversia, è possibile adire o l'organo giurisdizionale oppure l'autorità amministrativa, la cui decisione sarà sempre ricorribile in via giurisdizionale (nuovo testo dell'art. 23, del d.lgs. 259/2003); altre volte ancora, qualora sia stato adito il giudice ordinario l'istanza all'autorità amministrativa sarà improcedibile, mentre non vale l'inverso, nel senso che l'intervento del giudice non è precluso della previa apertura sulla medesima materia di un procedimento amministrativo, il quale viene archiviato (art. 6, co. 3, art. 7, co. 7, art. 11, co. 4, art. 12, co. 4, della delibera n. 680/13/Cons del 12 dicembre 2013, recante il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto

d'autore sulle reti di comunicazione elettronica); infine, come già sottolineato con riferimento alla prima categoria di rimedi alternativi ammessi dal diritto positivo, le decisioni assunte dalle autorità sono sempre sindacabili da parte del giudice amministrativo, al pari di ogni tradizionale provvedimento amministrativo (art. 2, co. 2, legge n. 481/1995; art. 133, co. 1, lett. I, c.p.a.) ( 25 ) .

Pertanto, anche con riferimento a questa categoria di rimedi si perdono i vantaggi in termini di speditezza, tempestività e semplificazione propri del modello delle ADR, tant'è che è stato suggerito di eliminare il doppio grado di giudizio e di prevedere un unico grado davanti al Consiglio di Stato nei confronti delle decisioni delle autorità di regolazione, stante le loro specifiche competenze tecniche e il loro elevato tasso d'imparzialità, in modo da ridurre i tempi della giustizia (26) ).

Secondo profilo particolarmente delicato di questi rimedi alternativi è il rischio che l'amministrazione non riesca a essere sufficientemente neutrale rispetto agli interessi in gioco e utilizzi l'attività di soluzione delle controversie a fini regolatori, come surrettizia prosecuzione dell'attività amministrativa (*Regulation by Litigation*). Tale pericolo è stato reso più consistente dallo stesso legislatore, che talvolta impone all'amministrazione decidente di perseguire gli obiettivi della regolazione anche nella risoluzione delle controversie (art. 23, co. 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, con riferimento alle controversie tra operatori demandate all'Agcom) (27) ).

In conclusione non emerge con chiarezza in diritto amministrativo un modello *de iure condito* di rimedio alternativo di risoluzione delle controversie, perché i diversi strumenti sono stati finora introdotti dal legislatore in maniera casuale e frammentaria.

Inoltre i rimedi presentano indubbe potenzialità sia in termini di deflazione del contenzioso, sia in termini di maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia, ma tali potenzialità saranno raggiungibili appieno solo intervenendo su due fronti: da un lato, modificando in parte e migliorando la disciplina normativa, specie in materia di decadenza del termine di proposizione del ricorso, al fine di rendere più appetibile lo strumento in esame; dall'altro lato, ponendo argini a uno snaturamento del rimedio in occasione della sua applicazione da parte delle autorità amministrative indipendenti, che spesso hanno privilegiato istanze

ultronee.

### 3. *Le controversie pubblicistiche tra simbolismo e pragmaticità.*

Molto più problematici risultano i rimedi alternativi nel caso di controversie più propriamente di diritto pubblico, tant'è che si è affermato che essi sono “*off-limits* nel nostro ordinamento, quando si discuta di vertenze su provvedimenti” (28) ).

La negazione dell'ammissibilità dei rimedi alternativi di risoluzione delle controversie nel caso di rapporti pubblicistici è tradizionalmente fondata sull'inammissibilità dei rimedi alternativi nel caso di controversie relative a diritti indisponibili.

Il punto di partenza è la disciplina codicistica della transazione, contratto tipico avente come causa la risoluzione di una controversia: l'art. 1966, co. 2, c.c. stabilisce che la transazione è possibile solo in relazione ai diritti disponibili, mentre è nulla nel caso di diritti che siano indisponibili per loro natura o per espressa disposizione di legge. Successivamente i limiti individuati in materia di transazione sono stati estesi ad altri strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: il 10° considerando della direttiva 2008/52/CE, che ha poi trovato attuazione nel già citato d.lgs. n. 28/2010, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, esclude dal suo campo di applicazione “i diritti e gli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile” (29) ); da ultimo l'art. 2, co. 1, del già citato d.l. n. 132/2014, precisa che la convenzione di negoziazione assistita non deve avere ad oggetto diritti indisponibili (30) ).

Tuttavia, nel silenzio normativo manca in dottrina una definizione condivisa di indisponibilità (31) ).

L'unico dato certo è che la stessa legislazione induce a non attribuire un eccessivo peso al carattere disponibile del diritto quale condizione per il ricorso ai rimedi alternativi, avendo proprio il legislatore superato più volte il limite che si era dato.

L'esperienza della conciliazione nelle controversie di lavoro mostra come laddove vi sia una precisa scelta del legislatore la conciliazione sia sempre possibile,

indipendentemente dalla natura disponibile o indisponibile del diritto controverso (32) ). E anche nei rapporti pubblicistici d'imposta è istituzionalizzata la conciliazione giudiziale per la definizione totale o parziale della controversia, con la conseguenza che pure in questa ipotesi risulta attenuato il profilo dell'indisponibilità sostanziale ( (33) ).

È pertanto possibile affermare che la nozione di indisponibilità sia storicamente e giuridicamente relativa. Il rilievo consente di svolgere anche una ulteriore considerazione. I confini tra ciò che è ammissibile giuridicamente cambiano a situazioni giuridiche invariate, nella consapevolezza che un ampliamento degli strumenti di tutela sia apprezzabile come risultato ordinamentale.

A tal proposito si pensi a una tematica di confine rispetto a quella qui analizzata e cioè all'evoluzione subita dall'arbitrato rituale di diritto. Esso fu dapprima escluso nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva sul presupposto che fosse per definizione alternativo alla giurisdizione ordinaria e che quindi non potesse essere ammesso al di fuori di essa, e poi successivamente introdotto in via normativa a far data dalla legge n. 205/2000 per le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. In virtù di un intervento normativo ciò che prima era sostanzialmente estraneo al sistema di giustizia amministrativa è divenuto insito in essa (34) ).

Volgendo lo sguardo altrove si ha una conferma del fatto che sia sempre frutto di una scelta politica restringere o allargare il campo di applicazione degli strumenti di giustizia, a seguito di una prognosi sulla loro utilità ed efficacia. Infatti la difficoltà di ammettere rimedi alternativi nelle controversie spiccatamente pubblicistiche non è propria unicamente del diritto amministrativo italiano. Sia altri Paesi di *civil law* sia Paesi di *common law* incontrano resistenze all'applicabilità delle ADR laddove venga in rilievo l'esercizio di un potere amministrativo (35) ).

Tuttavia il tipico pragmatismo anglosassone ha ritenuto di superare gli ostacoli lì individuati all'impiego dei rimedi alternativi nelle controversie pubblicistiche, e cioè vuoi la disparità di posizioni tra soggetto pubblico e soggetto privato che la mediazione, a differenza del processo, non sarebbe in grado di riequilibrare vuoi l'inadeguatezza della mediazione a risolvere controversie in cui prevarrebbero questioni di diritto, anziché di mero fatto. Ciò è avvenuto facendo leva sugli indubbi

vantaggi che la mediazione offre anche nel caso di controversie pubblicistiche in termini di miglioramento d'accesso alla giustizia (36) ).

Nel nostro ordinamento questo realismo pragmatico, che, come visto, non manca allorché si discuta di controversie giuslavoristiche o di diritto tributario, è invece assente quanto si ragiona sull'applicabilità dei rimedi alternativi alle controversie di puro diritto amministrativo.

Questo perché qui si deve fare i conti con la matrice simbolica presente nella concezione del potere amministrativo come indisponibile. Infatti mentre è stato ampiamente dimostrato il carattere disponibile dell'interesse legittimo (37) ), non altrettanto può dirsi invece in ordine alla disponibilità del potere amministrativo.

Il dogma dell'indisponibilità del potere amministrativo si lega a un'idea astratta dell'interesse pubblico, che porta con sé la convinzione che vi sia un'assolutezza e un'inesauribilità nell'agire amministrativo.

È invece necessario sciogliere “l'indurimento dell'amalgama tra politicità e diritto” che ha portato a “ripiegare su formule e vocaboli o concetti che meglio corrispondessero alla progressiva sacralizzazione del potere statale” (38) ).

Abbandonare questa absolutezza anacronistica significa riconoscere che la cura dell'interesse pubblico non può essere predeterminata, perché sempre deve adattarsi al concreto. L'interesse pubblico si presta a continue ridefinizioni in ragione della sua indeterminatezza, come hanno saputo dimostrare gli studi sulla discrezionalità, sul procedimento amministrativo, sugli accordi pubblicistici, sull'apporto dei privati nella elaborazione delle scelte amministrative, sulla pluralità di centri di regolazione d'interessi sulla base di scarni obiettivi e sulla crisi del principio di legalità inteso in senso tradizionale (39) ).

Ma non è solo la dottrina ad avere evidenziato questa trasformazione, è lo stesso legislatore ad averla accompagnata. Se uno dei tratti costanti della particolare disciplina applicabile al diritto indisponibile è l'invalidità degli accordi tra le parti (40) ), l'introduzione degli accordi pubblicistici ex art. 11 della legge n. 241/1990 trasforma il volto del potere amministrativo. Le modalità consensuali di esercizio della funzione amministrativa hanno inciso sul concetto di interesse pubblico,

essendo stata riconosciuta l'ammissibilità di una regolazione degli interessi concordata con i privati, fatti sempre salvi i diritti dei terzi, che supera il principio di tipicità, potendo il relativo accordo assumere un contenuto più ampio della determinazione in via unilaterale ( (41) ).

Il passaggio ultimo da compiere in questo processo di trasformazione è assumere come punto di vista ordinante anche nel diritto amministrativo non più il potere, bensì il diritto oggettivo che regola e circoscrive l'esercizio di quel potere.

Se, da un lato, il potere amministrativo è sempre regolato dal diritto, anche quando ciò non è immediatamente percepibile, grazie ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità (42) ), se, dall'altro lato, ogni controversia è una crisi dell'applicazione spontanea del diritto sostanziale ( (43) ), il punto di vista ordinante dovrebbe essere non il potere, né la situazione soggettiva, né l'interesse pubblico, bensì il quadro normativo della vicenda concreta.

In questa logica i rimedi alternativi non necessariamente sono da rappresentare come atti di autonomia privata, pertanto preclusi nel caso di esercizio del potere amministrativo, quanto più correttamente devono essere concepiti come modi possibili di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto dalla pubblica amministrazione in prima battuta (44) ).

Ammettere che le norme possano essere applicate “diversamente” rispetto a quanto opinato dall'amministrazione significa riconoscere che l'interesse pubblico concreto è in grado di contenere dentro di sé anche il superamento del contenzioso: la risoluzione alternativa di una controversia è una possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, che esprime una relazione più paritaria e consensuale tra cittadino e amministrazione (45) ).

Questo risultato positivo emerge con maggior nettezza se si considera che non è affatto vero che non vi siano mediazioni in senso lato nelle controversie che involgono l'esercizio del potere amministrativo. Solo che esse avvengono, e frequentemente, in maniera larvata, spontanea, informale e per questo sfuggono alla possibilità di rilevazione (46) ).

Il precipitato di questi accordi informali è in grado poi di manifestarsi sul piano del

diritto processuale attraverso gli istituti della rinuncia al ricorso, della sopravvenuta carenza d'interesse e della cessazione della materia del contendere.

Ma è evidente che, quando le transazioni avvengono in un contesto non regolato dal diritto, la pubblica amministrazione continua a mantenere il suo volto autoritativo.

Di contro, il riconoscimento da parte del legislatore dell'ammissibilità della mediazione per le controversie pubblicistiche soddisfa molteplici esigenze: non solo quelle — ordinamentali e non — evidenziate in esordio sulla falsariga della dottrina nordamericana (speditezza, economicità, informalità), ma anche esigenze rispondenti a una logica di settore, che consentono una più adeguata tutela dell'interesse pubblico e degli interessi privati.

Infatti i rimedi alternativi sono idonei a soddisfare la crescente domanda di partecipazione e di coinvolgimento dei privati nelle scelte amministrative e, al tempo stesso, introducono anche un nuovo modo di tutela dell'interesse pubblico. È in ciò che si racchiude la specificità e il valore aggiunto che i rimedi alternativi possono offrire al diritto amministrativo: dai rimedi alternativi trae giovamento non solo il privato, ma anche l'amministrazione pubblica.

#### 4. *Disciplina normativa e principio d'informalità.*

È importante dunque che il legislatore prenda espressa posizione sul punto e preveda espressamente la possibilità della mediazione nelle controversie pubblicistiche, trasformando un'informalità sotterranea in un qualcosa di riconosciuto normativamente. In altri termini, occorre costruire un contesto giuridico e non più volontaristico in cui si svolgano le mediazioni. Si potrebbe parlare di formalizzazione della possibilità di conciliazione, se l'espressione non si prestasse ad equivoci.

Infatti, mai come in questo ambito occorre fare tesoro dell'impostazione di Nigro, favorevole alla più ampia affermazione del principio della libertà delle forme nel diritto amministrativo. Infatti l'art. 1, co. 1, dello schema originario del disegno di legge sul procedimento amministrativo, stabiliva che "l'attività amministrativa deve svolgersi in modo sollecito, semplice ed economico. Essa si ispira al principio della

libertà delle forme”; ciò sulla falsariga di quanto disposto dal par. 10 della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 1976, ai sensi del quale “il provvedimento amministrativo non è vincolato da forme determinate, a meno che non esistano prescrizioni giuridiche riguardanti la forma del procedimento” (47) ).

Come è noto, il principio non ha poi trovato ospitalità nella versione definitiva della legge n. 241, probabilmente per un infondato timore di attentati al principio di legalità, che però non passano certo attraverso il riconoscimento della libertà delle forme. È altrettanto noto che successivamente, con la novella del 2005, il legislatore ha obbedito a un'impostazione più macchinosa e soprattutto meno garantistica rispetto a quella originariamente prevista: essa consiste nel dettare disposizioni a tutela del privato ma, al tempo stesso, nel sancirne la loro superabilità al verificarsi di non immediate condizioni, come plasticamente previsto dall'art. 21-*octies*, co. 2, della legge n. 241/1990, che permette la dequotazione dei vizi (presunti) formali.

Ma l'esigenza che il principio d'informalità racchiude ha un'importanza che travalica i confini del procedimento amministrativo. Il principio è nevralgico proprio laddove vengano in rilievo strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, intrinsecamente connotati dall'informalità. Infatti i rimedi alternativi risultano attrattivi, tra l'altro, per la semplicità e per l'elasticità della relativa procedura, che porta con sé, come ulteriore beneficio, una certa qual celerità nel decidere.

Del resto, anche la più sensibile dottrina processualcivilistica ha evidenziato come gli strumenti alternativi non soddisfino meramente una esigenza di deflazione del contenzioso, ma offrano un particolare tipo di tutela in un luogo di incontro informale, attraverso l'applicazione di uno schema né rigido, né predeterminato. Il principale vantaggio degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie è la loro duttilità (48) ).

Di qui anche le giuste critiche degli studiosi del processo civile nei confronti della più recente disciplina normativa che è arrivata a disegnare un procedimento mediatorio sempre più irrigidito nella forma e in cui il margine di manovra (*case management*) del mediatore risulta ridotto in maniera corrispondente (49) ).

I francesi parlano di “*souplesse*” come di una caratteristica intrinseca dei rimedi

alternativi, potendo le parti stesse adattare la procedura e i suoi termini alla specificità della controversia. La processualizzazione non si addice alla conciliazione, la forza dello strumento sta nella sua flessibilità, nell'essere grandemente svincolata da forme e procedure, nel consentire un maggior apprezzamento degli elementi fattuali della vicenda controversa (50) ).

Pertanto, il riconoscimento normativo della possibilità di conciliazione dovrebbe passare attraverso interventi di legge leggeri e di cornice, che preservino l'informalità dello strumento. Intervenire specificamente nel campo delle controversie pubblicistiche significa creare un contesto normativo che introduca un ambiente favorevole all'esito positivo del procedimento anche mediante incentivi, e che soprattutto affronti uno dei profili più problematici in materia, quello relativo all'individuazione del soggetto che pone in essere il procedimento mediatorio.

##### *5. Tra termine di decadenza e indipendenza soggettiva.*

Nella ricerca di un possibile modello di rimedio alternativo utilizzabile per le controversie pubblicistiche è bene osservare quanto già adottato a livello di diritto positivo, sia nel diritto amministrativo, sia nel diritto privato. È soprattutto nel diritto privato che sono individuabili molte varianti di rimedi alternativi in relazione al momento temporale in cui si collocano e al soggetto o ai soggetti chiamati a comporre la controversia.

Ma non tutte risultano adeguate, né efficaci a risolvere le controversie pubblicistiche, stante la specificità di queste ultime. E comunque, anche nell'eventualità in cui un consolidato modello privatistico si presti a soddisfare la logica pubblicistica, esso necessita pur sempre di modifiche e adattamenti se si persegue l'obiettivo di sfruttare tutte le potenzialità insite in esso, strumento di deflazione del contenzioso, ma anche portatore di valore aggiunto.

Con specifico riguardo al campo amministrativo, si sono poi sopra evidenziate le criticità dei rimedi alternativi che intervengono prima dell'apertura di un giudizio. Infatti i rimedi, qualora siano facoltativi, si scontrano inevitabilmente con il problema del rispetto del termine breve di decadenza dell'azione giurisdizionale. Le esperienze precontenziose in materia di appalti pubblici mostrano pienamente questa difficoltà, che impedisce di imporre all'amministrazione un reale vincolo per

sollecitare l'esercizio del suo potere di autotutela e che conseguentemente inibisce allo strumento alternativo di deflazionare il contenzioso.

La questione del termine di decadenza sarebbe superabile passando da un modello di mediazione preprocessuale facoltativa a un modello di mediazione preprocessuale obbligatoria, configurando il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale e quindi introducendo un'ipotesi di giurisdizione condizionata (51) ).

Di fronte a ipotesi di giurisdizione condizionata sia la Corte di giustizia sia la Corte costituzionale hanno sviluppato lo stesso tipo ragionamento, avallando la legittimità della conciliazione obbligatoria: ogni diritto, compreso il diritto d'azione di cui all'art. 24 Cost., è assoggettabile a restrizioni per realizzare interessi generali, quali sono la riduzione del contenzioso e il *favor* verso una composizione preventiva della lite, a condizione tuttavia che il limite non sia sproporzionato rispetto all'obbiettivo da perseguire (52) ).

Diversa l'impostazione data alla problematica dalla *Court of Appeal* inglese che nel caso *Halsey* ha precisato che “*oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court*”, adombrando una possibile violazione dell'art. 6 Cedu (53) ).

Sta di fatto, però, che il tentativo obbligatorio di conciliazione rappresenta un'inutile perdita di tempo se non vi è possibilità di accordo e rallenta ulteriormente i tempi della giustizia qualora sia stato omesso perché nessuno aveva interesse a esperirlo (54) ).

Già nell'Ottocento era stato osservato che la conciliazione “conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in vana formalità” (55) ).

L'obbligatorietà della conciliazione rischia di snaturare la conciliazione stessa. Quand'anche si tratti di un'ipotesi di giurisdizione condizionata tale da non rendere troppo difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale, la sua obbligatorietà si risolve in

un onere in più in capo alle parti qualora manchi un'attrattiva ulteriore alla mediazione (56) ).

Vi è poi un ulteriore problema da considerare, relativo al vincolo scaturente dalla risoluzione della controversia in via extraprocessuale. In Gran Bretagna controversie squisitamente pubblicistiche vengono risolte in via preventiva, ma le decisioni adottate dalle commissioni indipendenti nei confronti dell'amministrazione parte della controversia non sono dotate di alcuna vincolatività. Pertanto l'impegno dell'amministrazione ad osservarle si pone su un piano diverso da quello giuridico (57) ).

Analogamente in Germania, dove nel 2012 è stata varata la legge federale sulla mediazione, si prevede che l'accordo con cui si chiude la mediazione non sia giuridicamente vincolante per l'amministrazione. Si ritiene così sempre necessario che l'esito della mediazione venga versato in un provvedimento amministrativo o in un accordo di diritto pubblico (58) ).

Se la mancanza di vincolatività dell'esito della mediazione impedisce di raggiungere un risultato in termini di certezza del diritto, di contro la vincolatività di tale esito si accompagna inevitabilmente a un successivo eventuale sindacato giurisdizionale, che fa perdere benefici in termini di rapidità di risoluzione della controversia.

Ma soprattutto altamente problematica risulta l'individuazione di un soggetto indipendente e terzo cui demandare il compito di mediare, oppure di sovraintendere alla mediazione. Nel diritto privato il terzo è convenzionalmente scelto dalle parti, tant'è che questo tipo di ADR extraprocessuale viene altrimenti definito ADR convenzionale o privata (59) ).

È indubbio però che nel diritto amministrativo la scelta del soggetto chiamato a presiedere l'esperimento di un rimedio alternativo si presenti su un piano diverso, visti i differenti interessi in gioco, e quindi oltremodo delicata.

Si è detto sopra che i tradizionali ricorsi amministrativi difettano di quella totale estraneità dell'autorità decidente rispetto alle controversie, propria invece dei rimedi alternativi. Questo rilievo riguarda anche i ricorsi gerarchici impropri, spesso affidati

a soggetti titolari di poteri di supremazia o comunque di controllo in senso lato nei confronti dell'amministrazione che ha emesso il provvedimento controverso.

L'indipendenza del soggetto competente è compromessa non tanto dal potenziale pericolo che esso decida in modo parziale, bensì dalla sua stessa posizione istituzionalmente interessata alla decisione (60).

Negli anni Novanta del secolo scorso si era tentata un'emancipazione da questo schema per avvicinarsi maggiormente a quello delle ADR, quanto a indipendenza del soggetto decidente. In un contesto normativo di grande fermento riformista era stata elaborata una proposta intesa a istituire varie commissioni indipendenti presso ciascuna amministrazione statale, regionale e locale, del tutto separate dai soggetti espressione di amministrazione attiva, vari organi speciali di amministrazione giustiziale per specifici settori di amministrazione, da adire tramite ricorsi alternativi rispetto a quelli giuziziali e le cui decisioni fossero impugnabili direttamente al Consiglio di Stato (61).

L'intento era quello di abbandonare il modello dei ricorsi «entro l'amministrazione», optando per il differente modello dei ricorsi a organi indipendenti. Ma la proposta in questione è stata accantonata nella sua globalità, anche se di essa è stata poi ripresa e attuata la parte intesa a introdurre i sopra visti rimedi alternativi demandati alle autorità amministrative indipendenti, in cui, però, le controversie non presentano caratteri spiccatamente pubblicistici.

L'adozione del modello dei ricorsi a commissioni amministrative realmente indipendenti anche nel caso di controversie pubblicistiche contribuirebbe al superamento della concezione che identifica come privilegio dell'amministrazione la titolarità di un potere. Considerare la titolarità di un potere come privilegio significa infatti ammettere la sua infungibilità anche quando si discuta semplicemente di legittimità amministrativa.

Non che manchino del tutto nel diritto positivo sporadici esempi di questi rimedi alternativi, anche se essi non sono stati disciplinati in maniera adeguata per soddisfare una domanda di tutela. Si pensi alla forma di tutela alternativa a quella giurisdizionale introdotta in materia di accesso ai documenti amministrativi: il privato può presentare un'istanza amministrativa indirizzata alla Commissione per

l'accesso oppure al difensore civico, diretta a ottenere il riesame della richiesta d'accesso non accolta dall'amministrazione; in tal caso il ricorso giurisdizionale può essere proposto in un secondo tempo, successivamente alla decisione della Commissione o del difensore civico (art. 25, co. 4, della legge n. 241/1990).

Tuttavia, così come normativamente concepito, il rimedio risulta tutt'altro che effettivo, dal momento che sia la Commissione sia il difensore civico non sono titolari di adeguati poteri di definizione della lite, non potendo ordinare concretamente l'esibizione dei documenti (62) ).

Si ricordi poi anche il recente rimedio configurato dall'art. 12 del d.l. 83/2014, in materia di tutela del patrimonio culturale, sviluppo della cultura e rilancio del turismo, che prevede, “al fine di assicurare l'imparzialità e il buon andamento dei procedimenti autorizzatori” in materia di beni culturali e paesaggistici, che gli atti di assenso comunque denominati rilasciati da organi ministeriali periferici possano essere riesaminati da apposite “commissioni di garanzia per la tutela del patrimonio culturale”. Ma questo rimedio è stato concepito non a vantaggio del singolo, in quanto esso è attivabile solo d'ufficio o dietro segnalazione unicamente delle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento (art. 12, co. 1-*bis*, del d.l. n. 83/2014).

Inoltre sia la Commissione per l'accesso sia le commissioni di garanzia per la tutela del patrimonio culturale non soddisfano i caratteri d'indipendenza che sempre e in ogni caso sono insiti nei rimedi alternativi; da una parte, la Commissione è inquadrata, dal punto di vista strutturale, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dall'altro, le commissioni di garanzia sono costituite esclusivamente da personale appartenente ai ruoli del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo.

Rispetto a queste tendenze del legislatore sarebbe necessario un radicale cambio d'impostazione che porti a una rigorosa assicurazione dell'indipendenza dell'organo decidente, sia a fini di garanzia delle parti coinvolte, sia per più generali ragioni di utilità del rimedio.

L'introduzione di soluzioni “non consensuali” in forma giustiziale necessita poi di ulteriori cautele. Esse si dovrebbero estrinsecare nella salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione di prima istanza quanto al vero e proprio merito

amministrativo, nonché nella previsione di un raccordo ragionevole con il rimedio giurisdizionale, magari in termini di una alternatività *soft*, ammettendosi l'impugnativa della decisione amministrativa solo per vizi relativi alla formazione dell'organo o alla procedura di decisione.

6. De iure condendo: *i rimedi alternativi come terra di mezzo tra procedimento e processo*.

In realtà, alla luce della critica sopra condotta al dogma dell'indisponibilità del potere amministrativo, occorre chiedersi se i tempi non siano maturi per la configurazione di un rimedio alternativo di risoluzione delle controversie più incisivo rispetto a quello appena delineato, pur sempre utile, ma risolvendosi comunque in una rivisitazione dell'istituto dei ricorsi amministrativi.

Tra l'altro, come è noto, in sede di ricorso amministrativo l'autorità è priva della possibilità di prendere in considerazione tutte le soluzioni ipotizzabili per la questione e non può svolgere un'attività autonoma di ricerca del miglior assetto degli interessi (63).

Procedendo nel tentativo di configurazione di efficaci rimedi alternativi nel caso di esercizio del potere amministrativo, è bene partire da un carattere generale dei rimedi alternativi, che risulta fondamentale per il diritto amministrativo e nel quale è racchiusa la specifica utilità che essi possono presentare nel caso di controversie pubblicistiche.

La dottrina più accorta ha sottolineato che i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie sono definibili come giustizia "coesistenziale" o *mending justice*. Loro scopo non è "*trancher* ... dividere e definire", quanto piuttosto "*rammendare*" (64).

Non si tratta di decidere chi abbia torto o chi abbia ragione, ma si tratta di attuare la cd. *situational justice*, una giustizia che ha riguardo all'intera situazione complessa nella quale s'inserisce l'episodio isolato che ha dato origine al conflitto. Sulla ricerca di un torto e di una ragione (nel passato), deve prevalere la ricerca di una possibilità di permanenza e di convivenza (nel futuro) (65).

Questo aspetto è nevralgico nel caso di controversie pubblicistiche, visto che tra

amministrazione e amministrati spesso sussistono rapporti durevoli, complessi, meritevoli di essere conservati, rispetto ai quali la lite non è che un sintomo di una tensione da curare, non da esasperare (66) ).

Se, come sopra osservato, l'interesse pubblico non è mai predeterminabile con precisione, prestandosi a sempre nuove definizioni a causa della sua intrinseca indeterminatezza; se il punto di vista ordinante del diritto amministrativo non è il potere, bensì le norme di legge; se i rimedi alternativi sono concepibili come modi di applicazione delle norme di legge secondo una maniera diversa rispetto a quella seguita dall'amministrazione in prima battuta, in occasione dell'esercizio del potere; se il riconoscimento che le norme di legge siano applicabili diversamente comporta anche il riconoscimento che l'interesse pubblico concreto è in grado di contenere dentro di sé il superamento del contenzioso, ne consegue che i rimedi alternativi di tipo pubblicistico si ergono ad "altra" modalità di perseguimento dell'interesse pubblico.

In questa logica è possibile spingersi a valorizzare il tradizionale potere di autotutela, caricandolo però di un significato moderno, in cui la realizzazione dell'interesse pubblico sottende un rapporto tra amministrazione e amministrato maggiormente partecipato, informale, consensuale e paritario (67) ).

Il potere di autotutela presuppone sempre l'apertura di un procedimento amministrativo di secondo grado, che permette un nuovo momento di manifestazione di interessi delle parti e si potrebbe dunque pensare al rimedio alternativo come instaurazione di un nuovo procedimento amministrativo davanti alla medesima pubblica amministrazione che si è già determinata. Partendo dal presupposto che al potere amministrativo non si addice l'assolutezza e che l'interesse pubblico è frutto di costanti aggiustamenti, l'autotutela diventerebbe così strumento ben rispondente alla logica non aggiudicativa, bensì facilitativa, propria dei rimedi alternativi.

In questi ultimi, come più volte evidenziato, non si attribuisce il torto e la ragione, ma si gioca su un piano del tutto diverso, facendo emergere il complesso degli interessi delle parti e prospettando una composizione che non passi attraverso lo schema *win-lose*. In essi non si accerta il diritto del caso concreto guardando al passato, ma si pone la regola di condotta guardando all'avvenire, previa

composizione degli interessi (68) ).

Così dunque il rimedio alternativo diviene meccanismo rivolto al futuro, ma con un piede nel passato — in quanto spinge l'amministrazione a rivalutare quanto già disposto —; diviene una vera e propria terra di mezzo tra procedimento e processo amministrativo, tra esercizio (o mancato esercizio) del potere amministrativo e sindacato sull'avvenuto esercizio del potere amministrativo.

In questa parentesi precontenziosa, prendendo a prestito le parole di un processualcivilista, il cui linguaggio però suona ben familiare agli amministrativisti, “la ragione e il torto si dissolvono, per sciogliersi nella ponderazione dell'interesse” (69) ).

In realtà poi il rimedio in questione presenta maggiori assonanze con la mediazione propria del diritto penale rispetto a quella tipica del diritto civile. Infatti, mentre in ambito privatistico il paradigma è sempre quello contrattuale, e in particolare il contratto di transazione disciplinato dal c.c., in ambito penalistico la mediazione si pone come “procedura”, “volta a fare evolvere dinamicamente una situazione problematica” (70) ).

Parimenti in diritto amministrativo emerge la centralità del momento procedimentale dei rimedi alternativi, idonei a divenire luoghi — ulteriori — di manifestazione di interessi, di prospettazione di situazioni fattuali e di ricerca di soluzioni condivise.

Per poter dare una configurazione più concreta ed effettiva a siffatti rimedi alternativi aventi alla base una valorizzazione del potere di autotutela, è possibile trarre insegnamenti dalle sopra evidenziate criticità dei rimedi alternativi in materia contrattuale e in particolare dello strumento del preavviso di ricorso *ex art. 243-bis* del codice dei contratti pubblici.

Questo istituto non ha potuto funzionare adeguatamente come rimedio precontenzioso perché concepito in maniera blanda dal legislatore: la proposizione del preavviso non è condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, né sospende il decorso del breve termine di decadenza per la presentazione del ricorso giurisdizionale.

Di conseguenza, un rimedio alternativo in sede di autotutela, per essere efficace, dovrebbe essere sospensivo del termine per proporre ricorso davanti al giudice. Il rimedio alternativo dovrebbe poi consentire l'apertura di un nuovo procedimento amministrativo avente una durata sufficientemente lunga da rendere possibile un reale ed effettivo momento di interlocuzione con le parti interessate; ciò allo scopo di permettere al rimedio stesso di svolgere la sua funzione oggettiva di ricerca del migliore assetto degli interessi in gioco. Una volta trascorso questo *spatium deliberandi* il termine per ricorrere riprenderà a decorrere.

Se il rimedio alternativo in autotutela si pone come una terra di mezzo tra procedimento e processo, occorre poi prendere in considerazione le possibili relazioni del rimedio con un successivo procedimento giurisdizionale.

Se l'amministrazione provvederà in sede di autotutela confermando integralmente l'assetto di interessi determinato con l'originario provvedimento, il termine per l'impugnativa di quest'ultimo riprenderà a decorrere, decurtato dei giorni trascorsi prima della proposizione del rimedio alternativo, che, come detto, sarà idoneo a determinare un effetto sospensivo del termine per ricorrere.

Se di fronte alla richiesta di rimedio alternativo l'amministrazione resterà inerte, non sorgerà per il privato alcun obbligo di ricorrere avverso il silenzio, per evitare di trasformare una sua facoltà in un onere, sulla falsariga di quanto stabilito dal Consiglio di Stato relativamente all'informativa di ricorso *ex art. 243-bis* del codice dei contratti pubblici (71) ). Il privato potrà proporre ricorso avverso la determinazione originaria entro il termine decadenziale consueto, che riprenderà a decorrere esaurita questa fase precontenziosa.

Se l'amministrazione si pronuncerà entro il termine in senso favorevole al privato, quest'ultima determinazione sarà sempre impugnabile da un terzo eventualmente leso. Infatti, la funzione deflattiva sottesa al rimedio alternativo deve sempre fare i conti con il carattere multipolare delle relazioni pubblicistiche. Anche se il terzo ha sempre la facoltà d'intervenire per manifestare i suoi interessi nel procedimento di autotutela attivato dal rimedio alternativo, va in ogni caso riconosciuta l'impugnabilità della determinazione conclusiva, pena la violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

## 7. Segue: i rimedi alternativi come parentesi all'interno del processo.

In una prospettiva *de iure condendo* possono individuarsi spazi anche per una mediazione endoprocessuale. L'ADR endoprocessuale o *inside courts* o *courts annexed* è mezzo di tutela che è alternativo non propriamente al processo, bensì al suo corso ulteriore e alla decisione finale. Questa conciliazione si svolge entro una procedura giurisdizionale già avviata e consente di concludere in maniera rapida e definitiva il processo, che però riprende il suo corso in caso di fallimento del rimedio alternativo (72) ).

Le varianti all'interno del modello sono tante: il giudice può accogliere una sollecitazione delle parti, oppure può agire di sua iniziativa nel promuovere il ricorso alla mediazione; può svolgere lui stesso il compito di mediatore, oppure affidarlo a un terzo esperto, nominato con il consenso delle parti, oppure ancora la mediazione può essere esterna al tribunale, demandata a un soggetto scelto di comune accordo dalle parti operante con poteri predeterminati; le parti possono chiedere al giudice di prendere atto dell'accordo, oppure possono domandare di trasferirlo in una decisione giudiziale. Inoltre, al pari della mediazione precontenziosa, la mediazione endoprocessuale può essere vuoi facoltativa, con il giudice che discrezionalmente riconosce che la causa sia idonea alla mediazione, eventualmente a seguito di una domanda congiunta delle parti, vuoi obbligatoria, per espressa imposizione di legge (73) ).

Tra tutte queste varianti la più interessante nel contesto delle controversie pubblicistiche è la conciliazione prettamente giudiziale. Essa appartiene all'*humus* dei sistemi di *civil law*, tant'è che in Francia e in Germania la mediazione è condotta essenzialmente da giudici amministrativi, a differenza di quanto avviene in Gran Bretagna (74) ).

La conciliazione giudiziale risale alla tradizione napoleonica e ha alla base l'idea che tra le funzioni primarie ed essenziali della *jurisdictio* vi sia quella di conciliare le parti. Anche alla luce di dati comparatistici emerge come il potere di "incoraggiare" il ricorso delle parti a determinate forme di tutela stragiudiziale alternativa "appartenga *de plano* — nel contesto delle moderne garanzie sulle quali si fonda il processo *equo* (o *giusto*) — all'*officium iudicis* (o, se si preferisce, al *case*

*management*) del giudice” (75) ).

L'esperienza a tal riguardo maturata nel processo civile può costituire uno stimolo alla riflessione. Infatti raramente ha avuto esito positivo il tentativo di conciliazione interna al processo civile così come configurato dall'art. 185 c.p.c., ai sensi del quale il giudice, in caso di richiesta congiunta delle parti, ne fissa la comparizione al fine di provocarne la conciliazione. Esso si è ridotto a un mero adempimento formale in cui il giudice non svolge alcun ruolo attivo, ma si limita a suggerire alle parti l'opportunità che esse giungano a un accordo (76) ).

Per superare questo giudizio negativo il recente legislatore ha disegnato varianti al modello della mediazione giudiziale nel processo civile. Il d.l. n. 69/2014 ha introdotto l'art. 185-*bis* c.p.c., in base al quale il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti una proposta conciliativa o transattiva. A differenza dell'art. 185 c.p.c., in virtù del quale il giudice conduce le parti affinché esse si scambino proposte e accettazioni di accordi convenzionali transattivi o conciliativi, la norma in esame configura in capo al giudice il poterdovere di porre in essere una specifica attività consistente nel farsi promotore del contenuto di un'ipotesi conciliativa o transattiva (77) ).

Sempre lo stesso d.l. è intervenuto anche sul procedimento di mediazione, che è autonomo e distinto dal giudizio in essere: da un lato, esso, come già osservato nelle pagine iniziali, ha ripristinato per una serie di controversie il tentativo obbligatorio di mediazione prima di rivolgersi al giudice; dall'altro, ha attribuito al giudice stesso, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, il potere di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (nuovo testo dell'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 28/2010). L'esperimento di questo particolare procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e ciò anche nei casi in cui sia stato previamente esperito, senza successo, un tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege*. Pertanto, accanto alla mediazione obbligatoria *ex lege* si viene a configurare una mediazione forzata delegata (78) ).

È prevedibile un più probabile ricorso da parte del giudice all'istituto di cui all'art. 185-*bis* c.p.c., piuttosto che alla mediazione. Infatti il giudice, qualora si avveda, autonomamente o su segnalazione dei difensori, di una disponibilità conciliativa

delle parti, sarà più propenso ad avvalersi a tal fine del nuovo istituto della proposta conciliativa, piuttosto che delegare a terzi il tentativo di conciliazione (79) ). Solo dopo che le parti abbiano immotivatamente rifiutato la proposta conciliativa del giudice, quest'ultimo potrà avviarle alla mediazione *ex officio*, ai sensi dell'art. 5 comma 2 d.lgs. 28/2010 ( 80) ).

Lo stesso ragionamento vale anche con riferimento al processo amministrativo. Non va però sottaciuto che l'attribuzione al giudice di compiti conciliativi possa essere problematica: la conciliazione e il giudizio sono compiti molto diversi tra loro, che richiedono tecniche e attitudini diverse, raramente riunite nello stesso organo (81) ).

Pertanto vi è la necessità non solo di creare un contesto normativo che riconosca espressamente la possibilità di rimedi alternativi nelle controversie pubblicistiche, ma anche di attrezzare per la conciliazione il soggetto deputato a svolgerla, ossia il giudice.

È indubbio che esista anche un problema di tipo culturale, che può essere superato solo creando le condizioni favorevoli alla penetrazione di una logica mediatrice. Per equipaggiare il giudice alla conciliazione può essere utile trarre ispirazione dall'esperienza tedesca, antesignana nel diffondere la cultura della mediazione.

In Germania i giudici amministrativi che hanno manifestato la loro intenzione di svolgere anche funzioni conciliative sono stati conseguentemente addestrati in tal senso, in modo da creare soggetti specializzati. Una specializzazione in senso mediatore e conciliativo risulta indispensabile al fine di eliminare la carica conflittuale generata dalla frattura del rapporto di diritto sostanziale e allo scopo di tratteggiare un programma di lavoro su cui ragionare per arrivare a un accordo tra le parti (82) ).

Inoltre, per evitare eventuali remore alla mediazione in capo alle parti, dovute al timore di uno sfruttamento di quanto emerso in sede conciliatoria nell'eventuale futuro giudizio, occorre evitare che “il possibile conciliatore di oggi” sia “la stessa persona del certo giudicante di domani”. Altrimenti le parti sarebbero indotte a regolarsi non in vista di un equilibrato assetto dei loro interessi, ma in conseguenza di una prognosi della determinazione del magistrato (83) ).

Pertanto, è opportuno che la fase conciliativa sia separata dall'eventuale fase decisoria. Tale risultato si ottiene se la procedura conciliativa è affidata a un giudice esterno al collegio giudicante, di modo tale che, se la mediazione fallisce non sfociando in un accordo, il giudice mediatore non possa poi decidere la controversia.

Molto interessante ai nostri fini quanto accade in materia societaria. Lì, ai sensi dell'art. 2378, co. 4, c.c., il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, qualora la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza. In questo contesto l'impugnativa di una delibera è talvolta solo il pretesto per rimettere in discussione scelte gestorie, dal momento che il rapporto tra le parti è destinato a protrarsi nel tempo e attraverso la mediazione i contendenti possono anche ridefinire la loro relazione (84).

L'accento va messo proprio su questa possibilità di ridefinizione della relazione sostanziale tra le parti. Torna qui il tema, già sopra affrontato, dei rimedi alternativi come *mending justice*, che non decide chi abbia torto e chi abbia ragione, quanto piuttosto “rammenda” le relazioni tra le parti.

L'esperienza francese può fornire utili suggerimenti a tal riguardo: in tale ordinamento il giudice ha il potere di sollecitare l'amministrazione a modificare una scelta già compiuta in una direzione più conforme alla opportunità amministrativa, all'interno di un ventaglio di soluzioni tutte ammissibili sotto il profilo della legittimità (85).

Analogamente in Italia si potrebbe pensare alla fissazione da parte del giudice di un termine all'amministrazione che la riabiliti all'esercizio del potere.

Solo che in questo nuovo lasso di tempo essa deciderebbe d'accordo con il ricorrente e, qualora esistenti, con gli eventuali controinteressati, dietro stimolazione del giudice, chiamato a prospettare possibili soluzioni reversibili in un accordo, oppure tali da portare alla modifica o all'eliminazione parziale di provvedimenti amministrativi. Sul modello della transazione vi potranno essere reciproche concessioni, ma l'eventuale accordo sarà suscettibile di avere anche

contenuti ulteriori, in evoluzione con la relazione preesistente (86) ).

Ne consegue che i rimedi alternativi non debbano essere considerati un processo di serie B, ma siano *aliud* rispetto al processo anche quando presuppongano la previa apertura di un giudizio.

Nel procedimento rimediale non necessariamente si devono trattare degli stessi elementi rilevanti in sede contenziosa e quindi non è richiesta una perfetta coincidenza tra l'oggetto del rimedio alternativo e l'oggetto del processo, ma è sufficiente che una *significant part* della controversia sia risolvibile con lo strumento alternativo.

Non è solo l'esperienza inglese a ben mostrarci questa tendenza ad andare oltre la causa in corso (87) ). Anche in sede civile la giurisprudenza ha precisato che il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative deve tenere conto anche delle questioni di lite tra le parti non oggetto dello specifico processo in corso, ma pur sempre connesse con quest'ultimo; in questa maniera l'assetto conciliativo andrà a comporre il conflitto nel suo complesso e non si limiterà a definire la singola controversia ( (88) ).

Le parti, come sempre avviene nella mediazione *interest-based*, saranno indotte a ricercare soluzioni anche originali, confezionando un accordo su misura che soddisfi tutti gli interessi in gioco, purché nei binari della legalità e nel rispetto dei canoni che governano l'agire amministrativo (89) ).

Quanto alla concreta praticabilità del rimedio, è osservazione comune e del tutto logica che scarsa sia la disponibilità delle parti ad addivenire a un accordo quando un processo sia già stato instaurato.

Un accorgimento può essere di tipo temporale, nel senso che l'invito del giudice alle parti di intraprendere un percorso di mediazione non dovrebbe essere fatto in qualunque momento purché prima della discussione della causa, bensì solo nell'immediatezza dell'impugnativa, e quindi non già a processo inoltrato, ma unicamente nella sua fase preliminare.

In ogni caso è comunque necessario configurare efficaci incentivi alle parti nel

trovare un accordo; ciò sulla falsariga di quanto fatto dal legislatore in relazione al processo civile, anche se non sempre con successo (90) ).

L'incentivo alla composizione della controversia dovrebbe essere *in re ipsa* in caso di rimedio alternativo concepito come obbligatorio, con la previsione dell'esperimento del procedimento alternativo come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Ma, come già visto in precedenza, da un lato, la centralità del diritto d'azione impedisce giustamente una disciplina eccessivamente rigida sul punto. Così nel processo civile l'art. 5, co. 2-*bis*, del d.lgs. n. 28/2010, precisa che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo (91) ).

Più di recente, l'art. 3, co. 2, del d.l. n. 132/2014, ha stabilito che quando l'esperimento del procedimento cd. di negoziazione assistita sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione, oppure è seguito da un rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione, oppure ancora decorso il lasso di tempo previamente concordato dalle parti per l'espletamento della procedura.

Tuttavia su questo punto, ancora una volta, è la specificità della logica del diritto amministrativo a imporre una riflessione libera da schemi altrove imposti. Attualmente sia il procedimento sia il processo non sono pienamente in grado di assolvere alla loro funzione.

Il diritto amministrativo è segnato da una crisi multipla, che si declina come crisi del legislatore nel dettare regole efficienti (92) ), crisi della pubblica amministrazione e in particolare, per quel che qui rileva, crisi del procedimento amministrativo nell'essere la sede effettiva delle scelte di composizione degli interessi e nel decidere nei tempi assegnati dall'ordinamento ( 93) ) e crisi della giustizia amministrativa, su cui si scaricano queste prevee duplici tensioni. Al punto che l'abnorme contenzioso diviene "alternativa al processo politico", nella misura in cui è il giudizio chiamato a selezionare e a comporre gli interessi meritevoli di tutela più che a risolvere conflitti, con una insoddisfazione e una diffidenza crescente nei suoi

riguardi da parte degli operatori economici e della stessa amministrazione, nonché, da ultimo, da parte anche del legislatore ( 94 ) ).

Solo riconoscendo esplicitamente in via normativa la possibilità di rimedi alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche anche a processo intrapreso si potrebbe legittimare il ruolo del giudice mediatore. Prendendo a prestito la classificazione di Ost, che ha delineato tre modelli ideali di giudici — Giove, Ercole e Hermes —, potremmo avere un giudice mediatore rispondente al nuovo paradigma incarnato da Hermes.

Mentre il giudice Giove rispecchia la tradizionale rappresentazione piramidale del sistema legale, in quanto si limita ad applicare la legge generale e astratta e il giudice Ercole svolge un ruolo centrale nel processo di creazione del diritto, favorendo soluzioni individuali e comparando interessi, senza però averne ricevuto il mandato istituzionale, ma solamente in via di mero fatto e con la forza, invece il giudice Hermes sarebbe un vero mediatore, un *médiateur*, un *go-between* che facilita la comunicazione, stimola, sollecita, aiuta i soggetti, pubblici e privati, a comporre i diversi interessi, stabilendo un dialogo idoneo a superare una visione monistica del diritto (95) ).

In realtà questo passaggio non è però ancora sufficiente per incentivare all'uso delle ADR. Occorre anche superare l'idea anacronistica dell'indisponibilità del potere amministrativo, la quale porta con sé l'affermazione del carattere assoluto e inesauribile dell'operare dell'amministrazione.

Un'amministrazione moderna non dovrebbe più contare sempre e in ogni caso sull'inesauribilità del suo potere. Così come solo l'idea di un potere amministrativo a termine sarebbe in grado di incentivare l'amministrazione ad agire nei tempi prestabiliti, allo stesso modo unicamente la minaccia dell'esaurimento del potere la incentiverebbe a ricercare una soluzione alternativa della controversia.

Su questo terreno esiste già uno spunto importante in giurisprudenza con riguardo ai limiti al riesercizio del potere successivamente all'annullamento dell'atto amministrativo impugnato. In una serie di pronunce che partono dalla fine degli anni Novanta si afferma che il potere amministrativo si consuma definitivamente trascorso un certo lasso di tempo, che è identificabile con la fase dell'ottemperanza

in cui dovrebbero emergere tutte le questioni relative al rapporto controverso. Esaurita tale fase, l'amministrazione non potrebbe tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili ancora non esaminati (96) ).

Vero è che ad oggi il tema dei limiti imposti all'amministrazione nel riesaminare gli aspetti controversi del rapporto a seguito di un annullamento giurisdizionale è ben lungi dall'essere pacificamente risolto. Infatti di recente l'Adunanza plenaria ha ancora affermato che “non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice”, a salvaguardia della “sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione” (97) ).

È evidente però che consentire all'amministrazione un ampio margine di rivalutazione di elementi già oggetto di sindacato da parte del giudice, da un lato, non valorizza appieno le forti potenzialità dell'attuale giudizio di ottemperanza così come disegnato dal c.p.a. in obbedienza al principio di effettività della tutela, dall'altro, frustra l'affidamento del privato nella correttezza dell'agire amministrativo e impedisce a una controversia tra amministrazione e privato di trovare una soluzione definitiva (98) ).

Sicuramente maggiormente in linea con le esigenze di rafforzamento della tutela del privato e della sua pretesa a una rapida e risolutiva definizione della questione risulta la giurisprudenza, minoritaria, favorevole al riconoscimento della consumazione del potere amministrativo.

In analogia con i valori che tale giurisprudenza fa valere si potrebbero utilizzare strumenti preclusivi per incentivare la pubblica amministrazione a trovare una mediazione. Risultato ottenibile con l'introduzione di un termine perentorio all'agire amministrativo già nella fase conciliatoria, nella quale l'amministrazione dovrebbe essere chiamata a riesaminare la vicenda controversa nella sua interezza, sollevando tutte le questioni reputate rilevanti in contraddittorio con i privati interessati.

In questa maniera l'amministrazione sarebbe davvero incentivata all'utilizzo del rimedio alternativo, essendo questa la sua ultima *chance* per ponderare tutti gli interessi e per effettuare le sue scelte, sollecitata dal giudice e cercando il consenso degli amministrati.

I rimedi alternativi diventerebbero così parte integrante di un sistema legale inteso come un *network*, animato da una logica dialogico-procedurale, in un contesto maggiormente partecipato, maggiormente trasparente e maggiormente informale (99) ).

In base alla legislazione esistente e per opinione pressoché consolidata in dottrina i rimedi alternativi non sono utilizzabili nel caso di controversie propriamente pubblicistiche. Tuttavia questa chiusura normativa non deve essere assunta come un postulato. Il dogma dell'indisponibilità del potere amministrativo si lega a un'idea astratta di interesse pubblico, che porta con sé la convinzione che vi sia un'assolutezza e un'inesauribilità nell'agire amministrativo. Ma se anche nel diritto amministrativo si assume come punto di vista ordinante non più il potere, bensì il diritto oggettivo che regola e circoscrive l'esercizio di quel potere, i rimedi alternativi divengono possibili modi di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto dalla pubblica amministrazione in prima battuta. In questa maniera il problema dell'ammissibilità dei rimedi alternativi nel caso di controversie pubblicistiche si risolve in una questione non di limiti, bensì di modalità e di criteri. La necessità di trovare una terra di mezzo tra procedimento e processo passa sia attraverso una valorizzazione del potere di autotutela, sia attraverso la configurazione di una parentesi consensuale all'interno di un processo già avviato.

*According to existing legislation and to consolidated doctrine, alternative remedies are not suitable for public law disputes. However this point should not be taken as a postulate. The dogma of the administrative power reconnects to an abstract idea of public interest, together with the conviction of an absolute and inexhaustible power in administrative action. However, as that power is not any more the central point in administrative law, but scholars focus on the objective law regulating and limiting the exercise of that power, alternative remedies become different ways of applying objective law, the same objective law applied by administrative authorities at first instance. In that perspective, the question of the suitability of alternative remedies in public law disputes is not a matter of limits, but of methods and criteria. The need to find a middle ground between the administrative procedure and the judicial proceeding passes through both the enhancement of the power of self-defense, both through the configuration of a consensual stage within an on-going judicial proceeding.*

**Note:**

(\*) Il testo riproduce con modifiche e aggiornamenti la relazione dal titolo Giurisdizione amministrativa e rimedi alternativi, presentata al 60° Convegno di studi amministrativi, Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese, Varenna, 18-20 settembre 2014.

(1) Sulle radici ebraico/cristiane e platonico/socratiche delle ADR cfr. A.W. McThenia e T.L. Shaffer, For Reconciliation, in *Yale Law Journal*, 1985, 1660 ss.; sulla cultura della mediazione in una prospettiva comparatistica cfr. V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007; A. Massera (a cura di), *Le tutele procedurali: profili di diritto comparato*, Napoli, 2007; A. Masucci, *La procedura di mediazione come rimedio alternativo di risoluzione delle controversie di diritto amministrativo prima e nel corso del processo. Profili delle esperienze francese, tedesca e inglese*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 175 ss.; T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le "Alternative Dispute Resolutions"*, in *An. giur. ec.*, 2011, 47 ss.; A. Cassatella, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e form.*, 2004, 1203 ss.; di strumento al servizio della pace sociale parla il par. 10 del Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale COM (2002) 196 def.; ma è interessante notare che già negli anni Trenta del secolo scorso E. Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 ss., 205 ss., definiva la transazione "strumento efficacissimo di pace sociale" (op. cit., 64).

(2) R.A. Posner, *The Summary Jury Trial and the other methods of Alternative Dispute Resolution: some cautionary observation*, in *The University of Chicago Law Review*, 1986, 366 ss.; S. Shavell, *Alternative Dispute Resolution: an economic analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, 1995, 1 ss.

(3) Per tutti cfr. M. Moffitt, *Three Things To Be Against (Settlement Non Included)*, in *Fordham Law Review*, 2009, 1203 ss.

(4) Anzitutto O.M. Fiss, *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 1984, 1073 ss.; *Id.*, *Out of Eden*, *ivi*, 1985, 1669 ss.; ma cfr. altresì V. Bondy, M. Doyle, V. Reid, *Mediation and Judicial Review - Mind the Research Gap*, in *Judicial Review*, 2005, 220 ss.; V. Bondy, L. Mulcahy, M. Doyle, V. Reid, *Mediation and Judicial Review: An empirical research study*, London, 2009.

(5) A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), che richiama a tal fine Cass. Civ., ord. 6 settembre 2010 n. 19051.

(6) Con il d.lgs. n. 28/2010, di attuazione dell'art. 60 della legge n. 69/2009, il legislatore nazionale ha fatto propria la scelta del legislatore europeo, espressa con la direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale; sul punto F.P. Luiso, La delega in materia di mediazione e conciliazione, in Riv. dir. proc., 2009, 1257-1265. Sull'impiego dei termini conciliazione/mediazione cfr. F. Ghirga, Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea, *ivi*, 2006, 473; C. Punzi, Mediazione e conciliazione, *ivi*, 2009, 1197 ss.; F. Danovi e F. Ferraris, La cultura della mediazione e la mediazione come cultura, Milano, 2013, 18 ss., i quali ultimi precisano che i due vocaboli hanno oggi acquistato “un particolare legame e (si licet) sinallagma, tendendo a descrivere due facce della stessa medaglia”.

(7) Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in Corr. giur., 2013, 257, con nota di I. Pagni, Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272.

(8) Su questi specifici punti si rinvia *infra*, al paragrafo finale. Altra innovazione fondamentale, aggiunta in sede di conversione del d.l. n. 69/2013, e fortemente voluta dal ceto forense, è l'introduzione della presenza obbligatoria dell'avvocato nel procedimento di mediazione, prevista dall'art. 5, co. 1-bis, dell'attuale testo del d.lgs. n. 28/2010, per la mediazione obbligatoria. In tema cfr. M. Bove, L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. “decreto del fare”, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

(9) Si allude qui alla facoltà di trasferire alla sede arbitrale un procedimento pendente davanti all'autorità giudiziaria (art. 1), nonché alla “procedura di negoziazione assistita da un avvocato” quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (artt. 2-11), esperibile anche in materia di separazione e divorzio (art. 12). Per un commento, molto critico, a questa disciplina, cfr. C. Consolo, Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”, in Corr. giur., 2014, 1173 ss.

(10) M. Cappelletti, Appunti su conciliatore e conciliazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, 49 ss., 51; E. Silvestri, voce Conciliazione e mediazione, in Enc. dir., Annali, Milano, 2007, vol. I, 277 ss.

(11) Per un inquadramento sistematico del ricorso straordinario cfr., da ultimo, Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73, con nota di E. Grillo, La Consulta sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un revirement evasivo, in Dir. proc. amm., 2014, 890 ss.

(12) A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2012, X ed., 47; *Id.*, Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo, in Dir. pubbl., 2010,

585 ss., 597, nt. 37; Id., voce Ricorsi amministrativi, in Dig. disc. pubbl., Torino, 1997, vol. XIII, 382; A. Massera, Strumenti non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 85 ss., spec. 92 ss.; ma cfr. anche, per una differente impostazione, N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.

(13) A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss.

(14) C. Fraenkel-Haeberle, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, in corso di pubblicazione.

(15) Così E. Fazzalari, voce *Arbitrato* (teoria generale e diritto processuale civile), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, vol. I, 391; cfr. altresì G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, 163; M.P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss., 11; F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Aipda, Annuario 2009*, Napoli, 2010, 121 ss., 125 ss.; *Parere del CES sul Libro verde 2003/C85/02, Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*.

(16) La cui natura non è affatto pacifica, in bilico tra gli accordi amministrativi e la transazione. Sul punto e in generale su questi strumenti cfr. F. Manganaro, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) e bibliografia ivi riportata.

(17) Cfr., oltre alla nota precedente, Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6471, secondo cui rientra nella giurisdizione generale di legittimità una controversia avente ad oggetto un provvedimento di approvazione di un atto di transazione adottato per definire il contenzioso scaturito dall'esecuzione di un appalto di opere pubbliche; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 1 agosto 2013, n. 1204, che riconosce la giurisdizione del giudice ordinario circa l'impugnazione dell'atto di sospensione del procedimento di accordo bonario avviato.

(18) Tar Lazio, Roma, sez. III, 22 novembre 2013, n. 9989. Ma cfr. altresì il considerando 10 della direttiva 2007/66/CE, che ha abolito il meccanismo di conciliazione previsto dalla direttiva 92/13/CEE, stante la sua difficile compatibilità con il rispetto del termine particolarmente breve per la proposizione del ricorso giurisdizionale, nonché per la mancanza di un elenco sufficientemente esteso di

conciliatori indipendenti di ogni Stato membro, disponibili in qualsiasi momento e in grado di trattare le domande di conciliazione a brevissima scadenza e per la sua inidoneità ad offrire l'emanazione di provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire la conclusione del contratto di appalto.

(19) D. De Pretis, Il sistema della protezione preventiva, in G. Greco (a cura di), Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Milano, 2010, 3 ss., 33; M. Delsignore, Le adr nell'attuazione della dir. 2007/66/CE, in Dir. proc. amm., 2011, 1519 ss.; sul significato ultimo del termine di decadenza nel giudizio amministrativo cfr. A. Marra, Il termine di decadenza nel processo amministrativo, Milano, 2012.

(20) In tema cfr. A. Pajno, L'esercizio di attività in forme contenziose, cit., e M. Clarich, L'attività delle autorità indipendenti in forme contenziose, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), I garanti delle regole, cit., 149 ss.

(21) Altri esempi in cui le autorità indipendenti, ad esempio, la Consob o la Banca d'Italia tramite l'Arbitro Bancario Finanziario, intervengono in funzione di risolutore di conflitti tra privati si ritrovano in M. Clarich, L'attività delle autorità indipendenti in forme contenziose, cit., 149 ss.; M. Calabrò, La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione, Torino, 2012; S. Lucattini, Modelli di giustizia per i mercati, Torino, 2013.

(22) Sul punto, ampiamente, L. De Lucia, I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, 349 ss.; sul condizionamento del diritto dell'Unione europea in materia di soluzione alternativa delle controversie di tipo regolatorio cfr. G. Pesce, Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese, in M. Clarich e G.F. Cartei (a cura di), Il codice delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2004, 405 ss., spec. 440 ss.

(23) Così F. Benvenuti, Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento, in Jus, 1995, 203; sull'expertise come fondamento dell'attribuzione di funzioni giustiziali cfr. M.P. Chiti, Le forme di risoluzione, cit., 20 ss.; G. Della Cananea, Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti, in Aipda, Annuario 2002, Milano, 2003, 269 ss.; Id., La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, 737 ss.

(24) Anche se, ai sensi dell'art. 151 del Codice, il provvedimento del Garante può essere sempre soggetto ad opposizione davanti allo stesso giudice che poteva essere adito in alternativa al Garante.

(25) È stato pertanto notato che queste forme di risoluzione delle controversie, non sostituendosi propriamente alle forme giurisdizionali, non sono “rimedi realmente alternativi alla giurisdizione” (G. Della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 601 ss., 605; cfr. altresì G. Gardini, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 852 ss.).

(26) G. Della Cananea, *La funzione giustiziale delle autorità indipendenti*, in M.P. Chiti e F. Mastragostino (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 61 ss., 69; R. Caranta, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit.; cfr. altresì G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2008, 282, sulla tendenza degli operatori economici a impugnare gli atti delle autorità indipendenti, nonostante le possibilità di successo “relativamente ridotte”.

(27) A.P. Morris, B. Yandle, A. Dorchak, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004, 403 ss.; B. Tonoletti, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *Aida*, 2013, 335 ss.

(28) A. Travi, *Considerazioni*, cit., 596-597. Analoga diffidenza incontra l'uso della transazione nell'ambito del diritto pubblico; cfr. P. Chirulli e P. Stella Richter, voce *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLIV, 867 ss.

(29) Stesso limite esiste anche in materia di arbitrato, riferendo l'art. 806 c.p.c. la compromettibilità della questione in arbitri alla disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive controverse.

(30) C. Consolo, *Un d.l. processuale*, cit., 1173 ss.

(31) Si vedano i risultati opposti cui giungono a tal riguardo F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss., e M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007. In tema cfr. altresì L.R. Perfetti, *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Aipda*, *Annuario 2009*, cit., 209 ss.

(32) L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 1995, 19.

(33) L.P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss., 346. Molto interessante a tal riguardo è Tribunale Milano, sez.

IX, 26 giugno 2013, in [www.osservatoriomediazione.it](http://www.osservatoriomediazione.it), a detta del quale l'art. 185 bis c.p.c. — che prevede il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative — pur non espressamente richiamato nel rito di famiglia, costituisce l'espressione di un principio generale, anche “per la difficoltà di ammettere settori o comparti divisi dell'ordinamento in cui il giudice possa o non possa aiutare i litiganti a pervenire ad un assetto condiviso per la soluzione pacifica della causa”.

(34) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, VI ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, 234.

(35) A. Masucci, *La mediazione in Francia, in Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti e F. Mastragostino (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, cit., 23 ss.; A. Cassatella, op. cit.

(36) Cfr. gli Autori citati alla nt. 4. Questi ostacoli sono stati superati grazie al pragmatismo che caratterizza il ragionamento nei paesi di common law grazie all'obiezione che i vantaggi nell'evitare il rischio di una sentenza sfavorevole sussistono indipendentemente dal fatto che la controversia riguardi issues of law o issues of fact (M. Supperstone e D. Stilitz, *ADR and public law*, in *Public Law*, 2006, 299 ss., 311).

(37) Per tutti F.G. Scoca, *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica Amministrazione*, Milano, 1991, 95 ss.

(38) G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. II, 47 ss., 49.

(39) Cfr., se si vuole, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 43 ss., sulla discrezionalità come concretizzazione dell'interesse pubblico e bibliografia ivi citata.

(40) F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, vol. V, VI ed., 79.

(41) G. Greco, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. Chiti e F. Mastragostino (a cura di), *Forme alternative*, cit., 93 ss., 104.; per una valutazione in termini di efficienza economica degli strumenti consensuali cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 187 ss.

(42) Con particolare chiarezza B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. 105 ss.

(43) S. Satta, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XIII, 816 ss.

- (44) Ciò è coerente con la visione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 10 ss., secondo cui anche il ricorso giurisdizionale non è che il “progetto” di un altro atto amministrativo, più conforme a diritto e giustizia del caso concreto.
- (45) F. Cintioli, *Le tecniche*, cit., 153 ss.; F. Goisis, op. cit., con riferimento alla transigibilità del potere.
- (46) Su questo fenomeno cfr. G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in questa *Rivista*, 2005, 223 ss.
- (47) M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss., 7-8.
- (48) S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 447 ss., 454; N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit., 317 ss., spec. 348; P. Biavati, *Conciliazione strutturata e politica della giustizia*, ivi, 2005, 796, F. Danovi e F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 11.
- (49) Si pensi, ad esempio, al profilo della competenza territoriale del giudice; sul punto cfr. F. Ferraris, *La novellata mediazione civile e commerciale tra restyling normativo e questioni ancora aperte*, in *Riv. dir. proc.*, 1462 ss.
- (50) L'informalità acquista un senso, ad esempio, traendo ispirazione dall'esperienza dei Tribunals inglesi, che possono ammettere tutti i mezzi di prova ritenuti utili, anche se non ammessi nel processo civile davanti alle Courts, né previamente presentati all'amministrazione. Sul punto l'analitica ricostruzione di G. Ligugnana, *L'altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 98 ss.
- (51) Oltre all'ipotesi sopra illustrata di rimedio alternativo davanti all'Agcom, in altre occasioni il legislatore si è premurato di disciplinare gli effetti della domanda di conciliazione sulla decadenza e lo ha fatto utilizzando due possibili tecniche, sintetizzate dall'art. 410, co. 2, c.p.c. in materia di lavoro e dall'art. 40, co. 4, d.lgs. n. 5/2003 in materia societaria. Sul punto cfr. F.P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss., 1260.
- (52) Corte di giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010, in cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini e altri*; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, punto 3.4; ma cfr. altresì Corte cost., n. 272/2012, cit.

- (53) Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ 576 par. 9.
- (54) L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., 21.
- (55) G. Pisanelli, *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865. Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, 5 ss.
- (56) S. Chiarloni, *op. cit.*, 462 ss.
- (57) Cfr. R. (on the application of Cowl) v. Plymouth CC. In tema cfr. G. Ligugnana, *L'altra giustizia*, cit., 161 ss.
- (58) C. Fraenkel-Haeberle, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, cit.
- (59) E. Silvestri, *op. cit.*, che riprende H.T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema*, in *Harvard Law Review*, 1986, 671.
- (60) Per questa fondamentale distinzione cfr. U. Pototschnig, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 139 ss., spec. 146-148.
- (61) Presidenza del Consiglio, *La riforma della pubblica amministrazione*, vol. V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, 17 ss.; sul punto G. Ligugnana, *L'altra giustizia*, cit., 222 ss.; M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, 147 ss.
- (62) F. Figorilli, sub art. 25, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 716 ss.; M. Calabrò, sub art. 25, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1132 ss.
- (63) A. Travi, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, 524 ss., 531, che precisa che la funzione dell'amministrazione giustiziale si svolge su un piano diverso da quello della discrezionalità.
- (64) Tant'è che si parla di mending justice (M. Cappelletti, *Appunti*, cit., 57).
- (65) 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.
- (66) Si considerino a tal riguardo le suggestioni di M. Cappelletti, *Appunti*, cit., 57.
- (67) Sia consentito rinviare a R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 549 ss.
- (68) M. Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 344. Sulla logica del win-win, contrapposta a quella,

tipicamente giudiziale, del win-lose, per cui nessuna parte si sente perdente, ma entrambe sono soddisfatte del risultato, cfr. F. Danovi e F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 37,

(69) P. Biavati, op. cit., 799.

(70) A. Ceretti, *Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione*, in F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, 2001, 55 ss., 70-71; S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, che ricordano come la stessa parola mediazione derivi dal tardo latino *mediare*, vale a dire aprire nel mezzo, e significhi “prendersi cura” dei conflitti senza volerli curare.

(71) Cons. St., sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1202 ss., con nota di E. Grillo, *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*.

(72) Interessante la disciplina del tentativo di conciliazione nelle controversie di locazione, in cui la domanda giudiziale e la preventiva istanza di conciliazione sono state considerate “componenti di un'unica domanda giudiziaria introduttiva di un unitario processo di cognizione” (Cass., 21 febbraio 2002, n. 2507).

(73) F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., passim.

(74) S. Boyron, *Mediation*, cit., 284.

(75) L.P. Comoglio, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 288.

(76) Cfr., in generale, sul tema del fallimento del rimedio, L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, cit., 16 ss.; P. Biavati, op. cit., 787. Ritiene opportuno che il giudice abbia sempre un ruolo limitato, rimettendo alle parti la gestione del loro litigio, M.G. Civinini, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1305 ss.

(77) Trib. Milano, sez. IX civ., decr. 14 novembre 2013.

(78) F. Ferraris, *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento “revitalizzato”*, in *I contr.*, 2013, 951 ss.; la giurisprudenza ha poi chiarito che la presentazione ad opera di una parte di una domanda di mediazione prima dell'avvio del giudizio non è di ostacolo all'attivazione da parte del giudice della mediazione al medesimo demandata dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, qualora si ritenga che la mancata adesione delle parti alla proposta lasci comunque aperti spazi per una mediazione (Trib. Roma, ord. 5 dicembre 2013, in [www.osservatoriomediazione.it](http://www.osservatoriomediazione.it)).

- (79) “Non va poi trascurato che, di fronte a una simile prospettiva, l'effettivo esperimento del tentativo di conciliazione giudiziale, in un'apposita udienza, avverrebbe necessariamente in tempi brevi” (M. Vaccari, Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)).
- (80) Trib. Milano, 21 marzo 2014, in [www.osservatoriomediazione.it](http://www.osservatoriomediazione.it).
- (81) M. Cappelletti, op. cit., 52.
- (82) Sull'importanza di diffondere la cultura della conciliazione cfr. F.P. Luiso, La delega, cit., 1258 ss.; sull'esperienza tedesca cfr. S. Boyron, Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms, in *European Public Law*, 2007, 263 ss., 271.
- (83) P. Biavati, op. cit., 787.
- (84) I. Pagni, La mediazione nelle controversie commerciali, in *An. giur. ec.*, 2011, 17 ss.
- (85) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006, 412; A. Masucci, La mediazione, cit., 30; A. Simonati, Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese, Trento, 2004, passim.
- (86) Ma cfr. altresì la proposta di G. Morbidelli, Contro il blocco della giustizia amministrativa, in *il Mulino*, 2001, 676 ss., di una fase semicontenziosa facoltativa all'interno del procedimento amministrativo.
- (87) M. Supperstone e D. Stultz, ADR and public law, cit., 299-319, citando il noto e già menzionato caso R. (on the application of Cowl) v. Plymouth CC.
- (88) Trib. Milano, decr. 14 novembre 2013, [www.osservatoriomediazione.it](http://www.osservatoriomediazione.it).
- (89) Per la distinzione tra ADR consensuali o facilitative o conciliative pure e ADR aggiudicative o determinative o valutative cfr. F.P. Luiso, La conciliazione, cit., 1216; E. Silvestri, voce Conciliazione e mediazione, cit., 284.
- (90) Si pensi, ad esempio, al potere del giudice di valutare ai fini della desunzione di argomenti di prova nel successivo giudizio nonché ai fini del pagamento delle spese processuali la condotta tenuta dalle parti durante la procedura conciliativa oppure la mancata partecipazione ad essa senza giustificato motivo (art. 5, co. 4-bis, del d.lgs. 28/2010). In generale, sull'importanza dell'introduzione di meccanismi incentivanti per favorire determinate politiche pubbliche cfr. G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in corso di pubblicazione su questa Rivista.
- (91) Sempre in questa logica, l'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010, così come introdotto dal d.l. n. 69/2013, ha abbreviato la durata massima del procedimento di mediazione, portandolo da quattro a tre mesi, al fine di alleggerire l'incidenza sul processo della condizione di procedibilità.

(92) Per riprendere il titolo del volume di F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

(93) Cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento in Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.

(94) Si pensi a tutti gli annunci governativi dapprima di soppressione e successivamente di ridimensionamento della giustizia amministrativa. Sulla giurisdizione come alternativa al processo politico cfr. M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991; sul fatto che la questione della giustizia amministrativa si collochi all'incrocio della crisi della pubblica amministrazione e della crisi della giustizia cfr. A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 435; L. Torchia, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 337 ss.

(95) F. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, in P. Bouretz, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, 1991, 241 ss.

(96) Cfr., con chiarezza, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633, che ha ripreso Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Urb. app.*, 1999, 1129, con nota di A. Russo, *La frontiera dell'ottemperanza verso una vera effettività della tutela giurisdizionale*; secondo il giudice amministrativo “(ci) si deve far carico dell'esigenza che la controversia tra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva. È infatti esatto il rilievo che una vicenda potrebbe non avere ragionevole fine, ove si consentisse all'amministrazione di procedere più volte nell'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni della sentenza, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto. A fronte di tale esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, il punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico, di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati va determinato come segue. Quando, dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all'amministrazione — dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo — d'esaminare l'affare nella sua interezza,

sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati”.

(97) Ad.pl., 15 gennaio 2013, n. 2, in Foro amm.-C.d.S., 2013, 1864, con nota di N. Spadaro, Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza, e in Urb. app., 2013, 952, con nota di F. Figorilli, La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza. In senso analogo cfr. altresì Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1625, secondo cui “impedire una simile opera rivalutativa comporterebbe la vanificazione dell'effetto restitutorio”.

(98) Sulle novità codicistiche in materia di giudizio di ottemperanza cfr. B. Marchetti, Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza, in R. Caranta (a cura di), Il nuovo processo amministrativo, Bologna, 2011, 827-864. Di condotta amministrativa contraria a correttezza parla M. Clarich, Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989, 213 ss.; per una ricostruzione della problematica sulla base della disciplina previgente cfr. R. Villata, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento, in Dir. proc. amm., 1989, 369 ss.; ma cfr. anche M. Nigro, Giustizia amministrativa, cit., 316.

(99) S. Boyron, Mediation, cit., 279 ss.