

**La “*médiation préalable obligatoire*” nella disciplina del processo amministrativo francese.**

**Spunti di riflessione per una sperimentazione della mediazione amministrativa obbligatoria nel sistema giuridico italiano.**

**Alessia Cerchia**

## **1. Introduzione.**

I recenti interventi legislatore italiano, a partire dal 2010, a favore dell'introduzione dei c.d. Metodi ADR (Alternative Dispute Resolution) e, più in particolare, della mediazione civile e commerciale, anche a seguito degli impulsi provenienti dal legislatore europeo, hanno dato avvio ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Nonostante le alterne vicende che hanno caratterizzato l'introduzione e lo sviluppo della mediazione nella materia del diritto civile e commerciale – ed in particolare della mediazione intesa come condizione di procedibilità (art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010) – l'istituto sembra ormai essersi ambientato non soltanto nella prassi giurisprudenziale ma anche nella cultura dei cittadini e degli operatori del diritto.

A fronte di un simile fermento dottrinale e giurisprudenziale e dei risultati già ottenuti in termini di deflazione del contenzioso civile e commerciale, autorevoli Autori hanno iniziato ad interrogarsi sull'opportunità di introdurre strumenti di soluzione alternativa delle controversie anche nel diritto amministrativo, sia come strumento di deflazione delle cause pendenti, sia come canale per rafforzare un nuovo e moderno rapporto tra pubbliche amministrazioni, cittadini, e imprese.

Interessanti spunti di riflessione possono essere rinvenuti, in questa direzione, dall'analisi dei recentissimi interventi normativi adottati dal legislatore francese in materia di mediazione amministrativa, sia per la vicinanza territoriale sia per la simiglianza dei sistemi giuridici.

Ci si riferisce, in particolare, alla *LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, che ha inciso sulla disciplina già esistente in materia di mediazione, anche nell'ambito del codice di giustizia amministrativa, estendendo l'ambito di applicazione dell'istituto e disciplinando l'avvio di sperimentazioni in materia di mediazione obbligatoria, nel diritto sia civile che amministrativo. In quest'ultimo settore è recentemente intervenuto il *Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction*

*publique et de litiges sociaux*, che ha avviato la sperimentazione della mediazione nel processo amministrativo, con durata dal 1 ° aprile 2018 al 18 novembre 2020.

La portata dei due interventi normativi appena richiamati, tuttavia, non può essere apprezzata adeguatamente senza aver prima esaminato l'evoluzione normativa, ma anche e soprattutto culturale, che ha portato alla loro approvazione.

L'istituto della mediazione, infatti, è conosciuto dal sistema giuridico francese di diritto amministrativo fin dagli anni '70 ed è stato fatto oggetto di numerosi interventi di modifica e ampliamento, anche su impulso del Conseil d'État, oltre ad essere stato caratterizzato da una costante diffusione in tutti i settori in cui opera la pubblica amministrazione.

La Loi n° 2016-1547 e il Décret n° 2018-101 rappresentano, dunque, il punto di arrivo di un lungo percorso di evoluzione che si è sviluppato nel sistema giuridico francese sui temi degli *alternative dispute resolution* e che, attraverso l'attività di mediatori istituzionalizzati nei diversi settori della p.a., ha profondamente coinvolto non soltanto gli operatori del diritto ma l'intera società francese.

Si tratta, dunque, di un quadro di riferimento profondamente diverso dal quadro politico, giuridico e sociale italiano, dove molto lavoro deve ancora essere fatto per arrivare ad un generale riconoscimento degli strumenti ADR come validi rimedi per la gestione delle controversie (specie ove una delle parti sia una pubblica amministrazione) al di fuori di qualsiasi procedura giudiziale.

Ne discende l'utilità di individuare e analizzare quegli ambiti in cui la mediazione amministrativa potrebbe essere attuata con maggior facilità, sia attraverso il rafforzamento delle ipotesi in cui la stessa (o altri sistemi alternativi di risoluzione delle controversie) è già prevista, sia individuando nuovi ambiti di intervento anche attraverso l'esame comparato del sistema giuridico francese.

## **2. La *médiation préalable obligatoire* nel Codice di giustizia amministrativa francese. Punto di partenza o di arrivo?**

Come anticipato, il dibattito francese sui temi della mediazione applicata al processo amministrativo ed i recenti interventi del legislatore d'Oltralpe non costituiscono una semplice risposta agli impulsi provenienti

dalle Direttive Europee<sup>1</sup>, ma conseguono ad un profondo radicamento della cultura della soluzione alternativa delle controversie nella società e nelle istituzioni francesi<sup>2</sup>.

Concentrando la presente analisi sullo specifico ambito del diritto amministrativo, in particolare, va rilevato come diverse forme di composizione amichevole delle controversie siano rinvenibili in Francia fin dagli anni Settanta.

In tale periodo, infatti, si assiste ad una prima sperimentazione di mediazione "istituzionalizzata", con l'introduzione della figura del "*Médiateur de la République*"<sup>3</sup> (successivamente sostituito dall'attuale "*Défenseur des droits*"<sup>4</sup>, disciplinato dalla *LOI organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits* e da questa definito come "*autorité constitutionnelle indépendante*"<sup>5</sup>), il cui ruolo ed i cui poteri sono stati delineati in continuità con la figura dell'Ombudsman di origine nord europea.

Nel febbraio del 1993 viene, poi, approvato dall'Assemblea Generale del Consiglio di Stato uno studio intitolato "*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*"<sup>6</sup>, nel quale si afferma espressamente la necessità di implementare il ricorso a metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, anticipando, così, di oltre un decennio, i successivi impulsi provenienti dall'Unione Europea.

In questo contesto sono state progressivamente introdotte una pluralità di procedure, tutte ricondotte nell'alveo della nozione di "mediazione", senza alcuna distinzione tra le forme di mediazione condotte da Autorità indipendenti (come, appunto, il *Médiateur de la République*), da Autorità amministrative indipendenti (es. *Médiateur de l'Autorité des marchés financiers* o il *Médiateur du cinéma*), da Commissioni

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare alla Direttiva 2008/52/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 Maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, e alla Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).

<sup>2</sup> Per uno studio comparato sulle procedure di mediazione attuate nel sistema francese, vd. S. KAVALNÉ, *Mediation in disputes between public Authorities and private parties: Comparative aspects*, in *Jurisprudence*, 2011, 18(1), 251–265.

<sup>3</sup> Per un quadro generale dell'attività svolta dal Mediatore fino al 2010, cfr. MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport annuel 2010*, in [www.mediateur-republique.fr](http://www.mediateur-republique.fr).

<sup>4</sup> Vd. DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2017*, [www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr)

<sup>5</sup> [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&categorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&categorieLien=id)

<sup>6</sup> AA.VV., *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993*, ed. La Documentation française, 1993. Sullo stesso argomento, vd. anche AA.VV., *Le développement de la médiation, actes du colloque organisé le 4 mai 2011 à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, ed. La Documentation française, 2011 (rinvenibile in formato digitale sul sito del Conseil d'Etat, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)); J.M. SAUVÉ, *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative - Intervention à l'occasion du colloque organisé par le Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France) à la Maison du Barreau de Paris*, in [www.conseiletat.fr/Actualites/DiscoursInterventions/Lamediationetlaconciliationdevantla juridictionadministrative](http://www.conseiletat.fr/Actualites/DiscoursInterventions/Lamediationetlaconciliationdevantla juridictionadministrative).

appositamente create a tal fine dalla legge (es. *Commission de médiation pour le droit au logement opposable*), ovvero definite all'interno dei singoli Ministeri (*Ministère de l'économie et des finances*; *Ministère de l'éducation nationale*; *Ministère de l'intérieur*).

I meccanismi di mediazione si sono progressivamente moltiplicati anche nelle grandi aziende pubbliche (tra le molte: La Poste, RATP, SNCF...), nonché nel settore privato (come, ad esempio, il *Médiateur de l'Assurance* e il *Médiateur bancaire*)<sup>7</sup>.

Accanto alle predette forme di mediazione "istituzionalizzata", si diffondono in Francia, già a partire dagli anni '80, forme di mediazione esercitate da professionisti privati, seppur incoraggiate a livello istituzionale come strumento per una modernizzazione della giustizia ed il rafforzamento della partecipazione della società civile al suo esercizio. Tra le prime forme di mediazione privata a svilupparsi nel sistema francese vanno menzionate la mediazione familiare, che si sviluppa prevalentemente all'interno di associazioni operanti sul territorio, e la mediazione penale. Accanto a queste nascono, inoltre, le prime procedure di mediazione c.d. "di quartiere", introdotte autonomamente dalle singole amministrazioni comunali e cittadine e finalizzate ad affrontare i c.d. conflitti di prossimità (o di quartiere), nel tentativo di prevenire la commissione di condotte giuridicamente rilevanti, conseguenza di relazioni ostili tra vicini e concittadini.

Come si può rilevare, il sistema giuridico francese assiste, a partire dagli anni '70, ad un fiorire di diverse e non sempre omogenee forme di mediazione, sviluppate da soggetti sia pubblici che privati, al punto da indurre alcuni autori<sup>8</sup>, nel tentativo di sistematizzare le diverse forme in cui si manifesta tale istituto, a proporre una distinzione tra mediazione orizzontale e mediazione verticale, ovvero tra la gestione e soluzione di controversie interpersonali (mediazione orizzontale) e la gestione di conflitti tra i cittadini e le istituzioni pubbliche nei loro diversi livelli di articolazione (mediazione verticale).

Occorrerebbe tuttavia distinguere anche tra la mediazione usata come strumento pre-processuale per la deflazione del contenzioso e la mediazione intesa come strumento per il rafforzamento del legame di fiducia e collaborazione tra p.a., cittadini e imprese e per garantire lo sviluppo di forme di partecipazione diffuse alla gestione della giustizia, da sempre prerogativa dello Stato e di attori istituzionali.

---

<sup>7</sup> Per un quadro più completo di tutte le figure di Mediatori esistenti nei servizi pubblici e privati francesi, si consiglia di visitare il sito web del "*Club des médiateurs de services au public*" ([clubdesmediateurs.fr](http://clubdesmediateurs.fr)).

<sup>8</sup> P. MILBURN, *Panorama des formes et des pratiques de médiation en France*, in CAIRN – Info, 2012, 51-60. Vedi anche A. REVILLARD, *La médiation institutionnelle : un foisonnement de dispositifs*, CAIRN – Info, 2012, 99-101.

### **3. L'evoluzione degli interventi legislativi in materia di soluzione amichevole delle controversie. I difficili rapporti tra mediazione e conciliazione: una peculiarità tutta francese.**

L'istituto della mediazione si afferma nel sistema pubblico francese anzitutto come strumento cui le pubbliche amministrazioni e i soggetti istituzionali ricorrono per rinsaldare i canali di comunicazione con i cittadini e per prevenire l'insorgere di controversie che potrebbero dare avvio a procedimenti giudiziali, intervenendo in una fase anticipata e informale.

Solo in tempi più recenti e, in particolare, sotto l'impulso della Direttiva Europea 52/2008<sup>9</sup>, tale istituto fa il suo ingresso ufficiale nella disciplina del processo civile, penale e amministrativo. Un ingresso non privo di criticità, considerata la pregressa esistenza – in ambito processuale – di un istituto di origine francese molto vicino alla mediazione, seppur non totalmente sovrapponibile, rappresentato dalla conciliazione giudiziale.

La figura del c.d. "conciliatore di giustizia" è stata – infatti – prevista e applicata, in primo luogo, nel processo civile francese fin dal 1978, a seguito dell'entrata in vigore del *Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice*<sup>10</sup>, che affidava a tali figure la ricerca, a titolo gratuito, di un "*règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au code de procédure civile*". Fin dalla sua prima versione, il Code de procédure civile (Décret 75-1123 1975-12-05 JORF 9 décembre 1975 rectificatif JORF 27 janvier 1976) ha riconosciuto nella conciliazione delle parti una delle prerogative tipiche del giudice civile (Art. 21 du Code de procédure civile : «*il entre dans la mission du juge de concilier les parties*») a cui è stato riconosciuto, a partire dal 1996, il potere di delegare tale tentativo di conciliazione a terzi (conciliazione delegata dal giudice)<sup>11</sup>.

Alla disciplina della conciliazione viene successivamente affiancata la disciplina dedicata all'istituto della mediazione, a seguito del recepimento della Direttiva Europea 52/2008, non essendo stato ritenuto possibile dal legislatore francese un semplice adattamento dell'istituto della conciliazione ai dettami del legislatore europeo.

---

<sup>9</sup> Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

<sup>10</sup> [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006062857](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006062857).

<sup>11</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della conciliazione in Francia: J. POUMARÈD, *La conciliation, la mal-aimée des juges*, in *Les cahiers de la justice*, 2013/1. Per un'analisi suggestiva dell'istituto della Conciliazione francese, a confronto con la conciliazione di diritto giapponese: N. KOYAMA, *Introduction a la conciliation dans le droit japonais*, in *Revue internationale de droit comparé*, Janvier-mars 1971, 77-88.

Il Code de procédure civile è stato integrato con l'introduzione degli artt. 1529 ss., dai quali emerge – tuttavia - l'assenza di una reale e sufficiente distinzione tra i due istituti, almeno per quanto riguarda la loro definizione, la procedura e le garanzie ad essi connesse. È evidente la difficoltà del legislatore francese di giustificare la scelta di far coesistere due istituti così simili eppure inconciliabili.

Le stesse criticità sono state affrontate recentemente anche nella integrazione della disciplina del processo amministrativo, dove gli istituti della conciliazione e della mediazione hanno subito identica sovrapposizione, seppur con esiti differenti.

In tale settore, il potere di individuare ed esercitare procedure preventive di conciliazione<sup>12</sup> è stato riconosciuto ai giudici amministrativi a partire dal 1987 (*Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*), per poi essere espressamente disciplinato dall'articolo L. 211-4 del Codice di giustizia amministrativa (come modificato dalla legge n. 2011-1862 del 13 dicembre 2011), secondo cui "*Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées.*"<sup>13</sup>

A seguito dell'esigenza avvertita dal legislatore francese di adeguare la disciplina interna ai dettami della Direttiva Europea 52/2008, anche nello specifico ambito del processo amministrativo, nonché dell'impulso derivante dalle conclusioni dello Studio approvato il 29 luglio 2010 dall'Assemblea generale del Consiglio di Stato, dal titolo "*Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*"<sup>14</sup>, il Legislatore francese ha infine scelto di introdurre, anche nel processo amministrativo, l'istituto della mediazione, affiancandolo a quello della conciliazione già esistente.

L'*Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 (portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale)* ha così introdotto nel Titolo VII del Libro VII del Codice di giustizia amministrativa il Capitolo I Ter, espressamente dedicato alla mediazione amministrativa, seppur limitata alle sole controversie

---

<sup>12</sup> Article 13 (Abrogé par Ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 - art. 6): "*Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation.*"

<sup>14</sup> AA.VV., *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La documentation Française, 2010 (rinvenibile anche in formato digitale: [www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Developper-la-mediation-dans-le-cadre-de-l-Union-europeenne](http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Developper-la-mediation-dans-le-cadre-de-l-Union-europeenne)).

internazionali. Scelta finalizzata ad evitare una sovrapposizione con l'istituto della conciliazione, che restava invece applicabile alle controversie nazionali.

La mediazione è stata definita dall'articolo L. 771-3<sup>15</sup> del Codice (successivamente abrogato dalla *LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 5*), mediante un richiamo espresso all'art. 21<sup>16</sup> della legge n. 95-125 del 8 febbraio 1995, come *"qualsiasi processo strutturato, con qualsiasi nome, con il quale due o più parti tentano di raggiungere un accordo per la risoluzione amichevole delle loro controversie, con l'assistenza di una terza parte, il mediatore, scelto da loro o designati, con il loro consenso, dal giudice che ha ascoltato la disputa"*.

E' evidente che, nonostante il tentativo del legislatore francese di evitare una sovrapposizione tra i due istituti della mediazione e della conciliazione, si è venuto a creare un sistema ibrido, in cui due strumenti molto simili nella procedura e nei fini perseguiti, ma diversi nei costi e nella disciplina del terzo neutrale cui è affidato il compito di attuarli, vengono messi a disposizione dei cittadini sulla base della sola distinzione tra materie nazionali e transnazionali, creando così incertezze e critiche da parte di dottrina e giurisprudenza.

Nasce, così, anche nel diritto amministrativo, l'esigenza di ricercare un'adeguata armonizzazione di queste due forme di soluzione amichevole delle controversie.

---

<sup>15</sup> Article L771-3 (Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 2; Abrogé par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 5): *"Les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Est transfrontalier, au sens du présent article, le différend dans lequel, à la date où il est recouru à la médiation, une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France et une autre partie au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle en France. Le différend transfrontalier s'entend également du cas où une instance juridictionnelle ou arbitrale est introduite en France entre des parties ayant recouru préalablement à une médiation et étant toutes domiciliées en ayant toutes leur résidence habituelle dans un autre Etat membre de l'Union européenne à la date à laquelle elles ont recouru à la médiation."*. Questo stesso articolo determinava le principali caratteristiche della mediazione, ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva 2008/52, mediante un rinvio espresso all'articolo 21-2 della legge n. 95-125 del 8 febbraio 1995: *"Il mediatore compie la sua missione con imparzialità, competenza e diligenza"*.

<sup>16</sup> Article 21: *"La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige."*.

**4. La LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle: il superamento del dualismo tra mediazione e conciliazione nel diritto amministrativo. L'impulso al ricorso alla mediazione amministrativa e le nuove proposte di sperimentazione.**

Una risposta a simili esigenze di armonizzazione e di sviluppo degli istituti viene introdotta con la *LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* che accoglie le istanze di uniformità avanzate da dottrina e giurisprudenza ma anche, secondo quanto si legge nei lavori preparatori con riferimento ai metodi ADR, il comune sentire della popolazione francese<sup>17</sup>.

Scopo dell'intervento legislativo, come si legge, è quello di consentire ai cittadini di essere più attivi nell'adozione di metodi per la ricerca di una soluzione consensuale dei loro conflitti, che possa essere duratura, rapida ed economicamente vantaggiosa, garantendo la certezza del diritto ed il rafforzamento del legame sociale.

Nell'ambito del processo amministrativo, in particolare, il legislatore d'Oltralpe ha scelto di affrontare e risolvere il problema di armonizzazione tra le diverse procedure di soluzione "*amiable*" dei conflitti a favore della mediazione.

Con la *LOI n° 2016-1547* viene, così, disposta l'abrogazione non soltanto dell'article L. 211-4, ma anche dell'intero *Chapitre Ier ter du Titre VII du livre VII*, eliminando la possibilità per il giudice amministrativo di ricorrere all'istituto della conciliazione, con la conseguente estensione delle procedure di mediazione anche alle controversie nazionali, ivi comprese quelle che – essendo sorte prima dell'entrata in vigore della legge e conseguentemente sottoposte ad una tentativo di conciliazione – dovranno proseguire con il nuovo regime previsto per la mediazione amministrativa<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Nel testo "EXPOSE DES MOTIFS" pubblicato nell'ambito del Dossier legislativo che ha accompagnato la pubblicazione della LOI n° 2016-1547 ([www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=9B648E939752AC2A9CA12A985B2930CB.tplgfr25s\\_2?idDocument=JORFDOLE000030962821&type=expose&typeLoi=&legislature=14](http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=9B648E939752AC2A9CA12A985B2930CB.tplgfr25s_2?idDocument=JORFDOLE000030962821&type=expose&typeLoi=&legislature=14)) si legge, infatti, che "*La moitié des Français considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge pour certaines affaires civiles, et près des trois quarts se disent d'accord sur le fait de ne recourir au juge de façon systématique que dans les cas les plus graves dans le domaine pénal. Donner les moyens aux citoyens d'être plus actifs dans la résolution de leurs conflits, c'est favoriser des modes de règlement des conflits reposant sur l'accord de chacun, qui permettent une solution durable, rapide et à moindre coût tout en assurant la sécurité juridique. Cela permettra, en outre, de renforcer le lien social. Pour atteindre cet objectif, le présent titre a pour objet de favoriser les modes alternatifs de règlements des litiges et la procédure participative. Il prend en compte les conclusions de la mission interministérielle d'évaluation de la médiation et de la conciliation mise en place en partenariat avec l'inspection générale des services judiciaires et le secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. Plusieurs dispositions réglementaires viendront compléter le dispositif présenté dans le projet de loi.*"

<sup>18</sup> Art. 5, VI.- "*A compter de la publication de la présente loi, les missions de conciliation confiées à un tiers en application de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction antérieure à la présente loi, se*



Viene inoltre riconosciuta la possibilità per le parti di ricorrere alla mediazione sia volontariamente, per comune accordo (mediazione convenzionale), sia su invito del giudice (mediazione delegata).

In caso di mediazione convenzionale<sup>19</sup>, le parti possono, al di fuori e prima dell'avvio di qualsiasi procedimento giudiziale, organizzare una procedura di mediazione e designare la persona o le persone responsabili. Le parti possono, inoltre, sempre al di fuori di ogni procedura giudiziale, chiedere al Presidente del Tribunale amministrativo o della Corte amministrativa di appello, con competenza territoriale, di organizzare una procedura di mediazione e di designare la persona o le persone che ne saranno responsabili, ovvero possono chiedere che lo stesso nomini la persona (o le persone) che si occuperanno della procedura di mediazione che le parti stesse abbiano già organizzato.

Allo stesso modo, in caso di mediazione delegata, quando una controversia è sottoposta al vaglio del Tribunale amministrativo o del Tribunale amministrativo di appello, il Presidente può, dopo aver ottenuto l'accordo delle parti, ordinare una mediazione per la ricerca di un accordo consensuale<sup>20</sup>.

I principi che informano le procedure di mediazione avviate nell'ambito del processo amministrativo francese sono gli stessi già espressi dalla Direttiva europea 52/2008 e recepiti nella disciplina del processo civile, in particolare: la riservatezza<sup>21</sup> della procedura, l'interruzione dei termini di prescrizione<sup>22</sup>, l'omologazione<sup>23</sup> da parte del giudice amministrativo competente.

---

*poursuivent, avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation administrative défini au chapitre III du titre Ier du livre II du même code, dans sa rédaction résultant de la présente loi."*

<sup>19</sup> Article L213-5.

<sup>20</sup> Article L213-7.

<sup>21</sup> Article L213-2: *"Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties. Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :*

*1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ;*

*2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre."*

<sup>22</sup> Article L213-6: *"Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.*

*Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois."*

<sup>23</sup> Article L213-4: *"Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation."*

**5. Le materie oggetto di mediazione preliminare obbligatoria nei lavori preparatori della LOI n° 2016-1547. Spunti di riflessione e possibilità di intervento. Le scelte attuate dal legislatore francese con il Décret n° 2018-101 du 16 février 2018.**

La *LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, anche nota come legge “J21”, ha inoltre introdotto una novità di estremo rilievo nell’applicazione delle procedure di mediazione nell’ambito del processo amministrativo: la sperimentazione (della durata massima di quattro anni dalla sua promulgazione) di forme di mediazione preliminare obbligatoria, a pena di inammissibilità del ricorso, aventi ad oggetto le controversie sorte in materie già individuate dalla stessa legge e, in particolare, quelle attinenti la situazione personale dei funzionari pubblici e quelle relative alla concessione di benefici sociali, ovvero le prestazioni, le indennità e i diritti concessi in relazione all’assistenza sociale o all’azione sociale, al diritto all’alloggio o a favore di lavoratori disoccupati.

La portata di un simile intervento è evidentemente significativa, sia perché rappresenta una delle prime sperimentazioni di mediazione obbligatoria introdotte nel sistema giuridico francese<sup>24</sup>, sia per il valore delle controversie sottoposte a tale procedura: rilevanti sia per l’elevato numero di casi che si verificano annualmente, sia per l’aspetto relazionale e umano che le contraddistingue, con l’obiettivo è ripristinare il dialogo tra il dipendente pubblico e il suo datore di lavoro ovvero tra l’utente e l’amministrazione, a seconda dei casi.

Di particolare interesse paiono anche, nell’ottica di una futura sperimentazione di procedure di mediazione obbligatoria nel processo amministrativo italiano, le analisi presentate nella relazione preparatoria alla legge J21.

Tra le materie ritenute più facilmente assoggettabili ad un tentativo obbligatorio di soluzione amichevole delle controversie, in particolare, vengono richiamate quelle già sottoposte a forme di mediazione c.d. “domestica”, ovvero già attuate da commissioni ad hoc facenti capo alle singole amministrazioni pubbliche

---

<sup>24</sup> Ulteriore impulso a forme di sperimentazione obbligatoria, almeno nell’ambito del processo civile, sono attese in caso di approvazione ed entrata in vigore del *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, presentato al Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2018 dall’attuale Ministro della Giustizia francese, Mme Nicole Belloubet. Nella linea dedicata alla semplificazione del processo civile, infatti, è previsto lo sviluppo e l’armonizzazione dei metodi di risoluzione amichevole delle controversie, ma anche l’estensione della mediazione civile obbligatoria a tutte le controversie di modesto valore economico e alle liti di vicinato. [www.gouvernement.fr/action/projet-de-loi-justice-2018-2022](http://www.gouvernement.fr/action/projet-de-loi-justice-2018-2022).

ed il cui esperimento è già definito quale condizione per l'apertura di un contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

A titolo di esempio si possono richiamare le mediazioni svolte innanzi i Comitati consultivi per la composizione amichevole del contenzioso relativo agli appalti pubblici, di cui all'articolo 127 del Codice degli appalti pubblici (che ha rilasciato circa 200 pareri nel 2010); alle Commissioni regionali di conciliazione e indennizzo di cui all'articolo L. 1142-5 del Codice della sanità pubblica, responsabili della composizione amichevole delle controversie relative *“aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé”* (nel 2010 hanno definito 4.117 sinistri e rilasciato oltre 2.489 pareri); ai Comitati di mediazione previsti dall'articolo R. 441-13 del Codice della costruzione e dell'edilizia abitativa, che operano nelle controversie relative al diritto all'alloggio e ai criteri di priorità delle assegnazioni (72.000 domande sono state depositate nel 2011 dinanzi a tali commissioni)<sup>25</sup>.

Tra le materie già sottoposte a forme di mediazione o a ricorsi preliminari (c.d. RAPO), viene segnalato anche il contenzioso in materia fiscale, dove il contribuente può presentare ricorso al superiore del proprio supervisore, ovvero ad altro dipendente del relativo dipartimento a ciò nominato, e può successivamente rivolgersi al conciliatore fiscale o alla competente commissione dipartimentale.

Ulteriori settori in cui la Commissione di studio individua possibilità concrete di estensione delle procedure di mediazione e di soluzione alternativa delle controversie sono rappresentati dal contenzioso in materia di edilizia (ad esempio, con riferimento alla concessione di permessi di costruzione), dal risarcimento dei danni derivanti da lavori pubblici, dal contenzioso in materia di appalti pubblici (appalti pubblici, delegazioni di servizio pubblico, contratti di partenariato), dalla responsabilità ospedaliera e dal contenzioso sociale (assistenza abitativa personalizzata, assistenza ai minori, tessere per il parcheggio di adulti disabili, riconoscimento della qualità di lavoratore disabile ...).

L'attuazione della sperimentazione della mediazione obbligatoria nel processo amministrativo è stata recentemente disciplinata con il *Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux*<sup>26</sup>, che ne ha fissato la durata dal 1 ° aprile 2018 al 18 novembre 2020.

---

<sup>25</sup> Cfr. *ETUDE D'IMPACT - PROJET DE LOI PORTANT APPLICATION DES MESURES RELATIVES A LA JUSTICE DU XXIEME SIECLE* - NOR : JUSX1515639L, 31 juillet 2015, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 35.

<sup>26</sup> Approvato ai sensi IV dell'articolo 5 della legge n ° 2016-1547 del 18 novembre 2016 di modernizzazione della giustizia del XXI secolo.

I soggetti sottoposti a tale sperimentazione vengono elencati, in dettaglio, negli artt. 1 e 2 di tale decreto.

In particolare, per quanto concerne i dipendenti pubblici (art. 1), si fa espresso riferimento alle seguenti categorie: coloro che operano al servizio del Ministero degli affari esteri; i funzionari pubblici assegnati a istituzioni accademiche e dipartimentali, a scuole materne e elementari, a istituzioni educative locali pubbliche (il cui elenco è fissato per ordine del Ministro della Giustizia e del Ministro della Pubblica Istruzione<sup>27</sup>); i dipendenti pubblici impiegati presso le autorità locali e presso gli enti pubblici locali situati in un numero limitato di collegi elettorali dipartimentali, scelti a causa della diversità delle situazioni che presentano (il cui elenco è fissato da un decreto congiunto del Ministro della Giustizia e del Ministro responsabile degli Enti Locali).

Le controversie riguardanti tali soggetti, preventivamente assoggettate al tentativo di mediazione obbligatoria, sono state individuate nelle seguenti categorie: i) decisioni amministrative sfavorevoli in materia di retribuzione; ii) controversie in materia di rifiuto di distacco, ricollocamento o congedo non retribuito; iii) decisioni amministrative sfavorevoli relative alla reintegrazione dopo il distacco, al ricollocamento o al congedo parentale o al reimpiego in seguito ad un congedo; iv) decisioni amministrative sfavorevoli relative ad una promozione di grado o ad una promozione interna; v) decisioni amministrative sfavorevoli relative alla formazione professionale permanente; vi) decisioni amministrative sfavorevoli relative alle misure adottate dai datori di lavoro pubblici in relazione ai lavoratori disabili; vii) adeguamento delle condizioni di lavoro a favore dei dipendenti pubblici che non sono più in grado di svolgere le loro funzioni.

Per la seconda categoria di controversie assoggettate alla sperimentazione di mediazione obbligatoria, già individuata nelle liti relative alla concessione di benefici sociali, l'art. 2 del predetto decreto stabilisce che la stessa sarà realizzata in un numero limitato di collegi elettorali dipartimentali – scelti a causa della peculiarità delle situazioni che presentano – compresi in non più di quattro regioni ed il cui elenco sarà *“fixée par un arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et des ministres intéressés après avoir obtenu l'accord des autorités territorialement compétentes”*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Con l'Arrêté du 1er mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique de l'éducation nationale sono state individuate le liste delle accademie richiamate dal comma 2° “du II de l'article 1er du décret du 16 février 2018”. In particolare trattasi di: académie d'Aix-Marseille; académie de Clermont-Ferrand; académie de Montpellier. Cfr. [www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2018/3/1/JUSC1724093A/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2018/3/1/JUSC1724093A/jo/texte)

<sup>28</sup> L' Arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale, ha fissato la lista delle circoscrizioni dipartimentali coinvolte nella

Le controversie che dovranno essere sottoposte a mediazione preventiva obbligatoria, a pena di inammissibilità del ricorso, riguardano, in particolare: i) le decisioni relative al reddito di solidarietà attiva; ii) le sovvenzioni eccezionali di fine anno che possono essere concesse dallo Stato ai beneficiari di un reddito di solidarietà; iii) l'assistenza abitativa personalizzata; iv) l'assegno di solidarietà; v) la cancellazione dall'elenco delle persone in cerca di lavoro.

Dopo aver individuato, più nel dettaglio, le categorie di soggetti e di controversie oggetto di sperimentazione, il Décret n° 2018-101 individua anche i soggetti deputati a gestire le procedure di mediazione, distinguendo tra le due categorie predette.

In particolare, per le controversie riferibili ai dipendenti pubblici, la prevista mediazione preventiva obbligatoria viene assicurata: dal Mediatore degli affari esteri (*Médiateur des affaires étrangères*); dal Mediatore accademico (*Médiateur académique*) territorialmente competente; dal Centro di gestione della funzione pubblica (*Centre de gestion de la fonction publique*) territorialmente competente. Per quanto concerne, invece, le controversie individuate dall'art. 2 dello stesso decreto, le relative procedure di mediazione dovranno essere condotte, rispettivamente, dal Difensore dei diritti (*Défenseur des droits*) e dal Mediatore regionale del Pôle emploi (*Médiateur régional de Pôle emploi*) territorialmente competente.

Ove il Tribunale amministrativo adito rilevi che il ricorso non è stato preceduto da un tentativo preliminare di mediazione, il suo Presidente o il magistrato delegato è tenuto a respingere la richiesta con ordinanza ed a trasmettere il dossier al mediatore competente (art. 6 del decreto).

Da precisare che l'unico obbligo incombente sul ricorrente è quello di instaurare una procedura di mediazione prima di ricorrere in giudizio ma non anche quello di portarla a compimento: l'art. 3 del decreto rinvia, infatti, ai fini della disciplina applicabile a tali procedure sperimentali, alle norme introdotte nella "*Section 1 du chapitre III du titre Ier du livre II du code de justice administrative*". Secondo quanto disposto dall'articolo L. 213-6 del Codice di giustizia amministrativa, dunque, una volta che l'obbligo di attivazione della procedura di mediazione sia stato rispettato, le parti sono libere di risolvere unilateralmente la mediazione in qualsiasi momento per adire il Tribunale amministrativo competente.

---

sperimentazione di mediazione obbligatoria, così individuati: l'Aisne; l'Aude; l'Aveyron; le Bas-Rhin; la Charente-Maritime; les Côtes d'Armor; la Drôme; l'Essonne; l'Eure; le Finistère; le Gard; la Gironde; la Guadeloupe; la Guyane; la Haute-Loire; les Hautes-Pyrénées; la Haute-Saône; la Haute-Savoie; les Hauts-de-Seine; l'Ille-et-Vilaine; l'Indre-et-Loire; l'Isère; les Landes; la Loire-Atlantique; le Maine-et-Loire; la Manche; la Martinique; la Meurthe-et-Moselle; la Moselle; le Nord; le Pas-de-Calais; le Puy-de-Dôme; les Pyrénées-Atlantiques; les Pyrénées-Orientales; le Rhône; la Saône-et-Loire; la Savoie; la Seine-Maritime; la Seine-Saint-Denis; le Tarn; le Val-de-Marne; le Val-d'Oise; la Vendée; la Vienne; l'Yonne; les Yvelines. Vd. [www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2018/3/2/JUSC1802894A/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2018/3/2/JUSC1802894A/jo/texte).

A norma dello stesso articolo L. 213-6, inoltre, il rinvio al mediatore interrompe il decorso del termine<sup>29</sup> per la presentazione del ricorso e sospende i termini di prescrizione, che inizieranno nuovamente a decorrere dalla data in cui una o entrambe le parti o il mediatore dichiarano che la procedura di mediazione è conclusa (art. 4).

Trattandosi di una sperimentazione obbligatoria, tutte le procedure di mediazione attivate ai sensi del Decreto sono gratuite per le parti coinvolte.

#### **6. La partecipazione delle pubbliche amministrazioni nelle procedure di mediazione disciplinate dal d. lgs. n. 28 del 2010. Analisi della Circolare n. 9 del 2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica (Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali).**

L'analisi della disciplina recentemente introdotta nel sistema giuridico francese in materia di "*médiation préalable obligatoire*" (ma anche l'evoluzione storica che ne ha influenzato l'attuale configurazione e le modalità di attuazione), con particolare riferimento al processo amministrativo, sembra poter rappresentare il punto di partenza di una opportuna riflessione sull'adozione di procedure di mediazione amministrativa (facoltativa e obbligatoria) anche nel diritto italiano.

Sebbene il tema della soluzione conciliativa ed extra-giudiziale delle controversie che coinvolgono la pubblica amministrazione non siano ignote al sistema giuridico italiano, rispetto al sistema francese va, tuttavia, rilevata la natura relativamente recente del dibattito dottrinale<sup>30</sup> e giurisprudenziale sviluppatosi in materia di mediazione e ADR (Alternative Dispute Resolution). Il momento di avvio di tale dibattito deve, infatti, essere individuato nell'entrata in vigore del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, con il quale il legislatore italiano ha recepito la Direttiva europea 52/2008, introducendo una disciplina organica dell'istituto della mediazione civile e commerciale e la previsione di una specifica procedura di mediazione definita quale condizione di procedibilità nelle materie individuate dall'art. 5<sup>31</sup> del predetto decreto.

---

<sup>29</sup> L'articolo 5 offre la possibilità alle parti di concordare la sospensione degli effetti della decisione impugnata in attesa dell'esito della mediazione.

<sup>30</sup> Per un approfondimento della disciplina della mediazione civile e commerciale si veda, tra gli altri, AA.VV., a cura di C. BESSO, La mediazione civile e commerciale, Giappichelli ed., 2010; AA.VV., a cura di M. BOVE, La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, CEDAM, 2011; F. DANOVI, F. FERRARIS, La cultura della mediazione e la mediazione come cultura, Giuffrè, 2013; G. TRISCARI, A. GIOVANNONI, Manuale della mediazione, Ipsoa, 2012.

<sup>31</sup> Art. 5, co. 1-bis, d. lgs. n. 28 del 2010: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della

Tralasciando le ormai ben note vicende<sup>32</sup> che hanno accompagnato l'attuazione del d. lgs. n. 28 del 2010 e delle relative procedure di mediazione obbligatoria, e concentrandoci sui riflessi che tale intervento legislativo ha avuto – seppur nelle sole materie indicate dall'art. 5 – sulle pubbliche amministrazioni<sup>33</sup>, il primo dato che emerge è certamente la diffusa ritrosia di queste ultime sia a ricorrere allo strumento della mediazione sia a prendere parte alle procedure avviate da soggetti privati.

Il diniego di partecipazione alle procedure di mediazione, almeno nei primi tempi di introduzione del decreto, è stato generalmente motivato adducendo – in primo luogo – il rischio elevato della p.a. di incorrere in ipotesi di danno erariale, a seguito dell'accordo di conciliazione eventualmente raggiunto in mediazione. Rischio che si sarebbe potuto riflettere (secondo le tesi contrarie alla partecipazione in mediazione) sul funzionario pubblico incaricato di prendere parte alla procedura.

Ulteriori motivi per giustificare la mancata partecipazione in mediazione sono stati via via individuati nelle incertezze sulla competenza e professionalità del mediatore designato per condurre la procedura, ma anche nei problemi pratici e organizzativi, legati ai tempi – relativamente veloci – intercorrenti tra la comunicazione alla p.a. di avvio del procedimento di mediazione e la fissazione del primo incontro, spesso non compatibile con il tempo necessario all'amministrazione per valutare l'opportunità di aderire alla procedura e di individuare il funzionario incaricato di prendervi parte, ovvero per richiedere il parere all'Avvocatura di Stato in caso di possibile esito conciliativo della stessa.

---

stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.”

<sup>32</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della mediazione configurata quale condizione di procedibilità ex art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, dichiarata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272 ( cfr. sul punto T. FABIANO, Procedimento di mediazione e processo civile: profili di interazione in un'ottica di necessario coordinamento alla luce della C. cost. n. 272 del 2012, in Giust. civ., 5-6, 2013, 267s.; R. TISCINI, L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile, Riv. Arb., 1, 2013, 105s.; G. FINOCCHIARO, Nota a Corte costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272, in Giust. Civ., 1, 2013, 23s.). L'obbligatorietà della mediazione è stata reintrodotta, con alcune modifiche, con il c.d. decreto del fare, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia”, conv., con mod., nella legge 9 agosto 2013, n. 98. Il nuovo art. 5, comma 1-bis d.lgs. n. 28/2010, tuttavia, ha reintrodotta l'obbligatorietà della mediazione solo con natura transitoria e sperimentale, fissando alla data del 21 settembre 2017 il termine per la sua efficacia. La norma, così come formulata, ha quindi trovato stabilizzazione definitiva nell'art. 11-ter del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella legge 21 giugno 2017, n. 96, che ne ha confermato la natura di condizione di procedibilità.

<sup>33</sup> Cfr. G. SPINA, Amministrazione pubblica e mediazione civile: presupposti normativi, orientamenti giurisprudenziali e spunti di riforma, in La Nuova Procedura Civile, 5, 2016.

Una risposta a dubbi e criticità così individuati dalle pubbliche amministrazioni è stata offerta con la Circolare n. 9 del 10 agosto 2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica (Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali), la quale, dopo aver ribadito la piena assoggettabilità delle pubbliche amministrazioni alla disciplina del d. lgs. n. 28 del 2010, ha proposto linee guida finalizzate ad uniformarne la partecipazione in mediazione.

Di interesse pare, anche ai fini di una futura introduzione della mediazione obbligatoria nel processo amministrativo, il ruolo consultivo e di accompagnamento in mediazione riconosciuto all'Avvocatura dello Stato, seppur molto limitato rispetto alle potenzialità offerte dalla stessa.

La Circolare n. 9 del 2012 ha previsto la possibilità che, per le controversie di particolare rilievo, sia per la materia trattata sia per gli effetti in termini finanziari che potrebbero conseguirne (anche in riferimento al numero di controversie ulteriori che potrebbero derivarne), l'amministrazione possa formulare *“motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia”*. Lo stesso parere può essere richiesto anche nei casi in cui, al termine della procedura di mediazione o a seguito della formulazione di una proposta conciliativa da parte del mediatore, *“il dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato abbia proceduto ad una motivata valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo”*.

Solo in casi assolutamente eccezionali, giustificati dalla particolare rilevanza della potenziale controversia, l'Avvocatura dello Stato, su richiesta dell'amministrazione interessata, può essere chiamata a valutare anche l'opportunità di intervenire direttamente nella procedura di mediazione, senza mai sostituire, ma limitandosi ad affiancare, il rappresentante dell'amministrazione. Ai sensi dell'articolo 16, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la sottoscrizione dell'accettazione della proposta di conciliazione e la rappresentanza dell'amministrazione davanti all'organismo di mediazione è, infatti, sempre demandata al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero ad altro dirigente a tal fine delegato. Le stesse funzioni possono essere delegate a dipendenti di qualifica non dirigenziale, sebbene la Circolare segnali l'opportunità che il soggetto prescelto abbia adeguate competenze in materia di contenzioso e sullo specifico oggetto della controversia sottoposta a mediazione obbligatoria.

Interessante appare il suggerimento, seppur lasciato alla discrezionale valutazione delle singole amministrazioni, di centralizzare la competenza sulla procedura di mediazione, assegnando la funzione di rappresentanza ad un Ufficio dirigenziale già esistente. Una simile scelta servirebbe a creare un canale di



comunicazione univoco, e facilmente individuabile, tra Organismi di mediazione e pubbliche amministrazioni, facilitando la corretta presentazione delle istanze di mediazione e rendendo più rapida la fase introduttiva di valutazione dell'opportunità della partecipazione della p.a. in mediazione e della nomina del funzionario responsabile<sup>34</sup>.

Meno apprezzabili risultano, invece, essere i criteri individuati dalla Circolare per la scelta dell'Organismo di mediazione cui presentare le istanze provenienti dalle p.a., ove queste rivestano il ruolo di parte istante, riferiti esclusivamente ad una logica di risparmio di spesa. L'unico criterio indicato è, infatti, la scelta dell'Organismo che comporti "minori oneri", senza alcun riferimento ai requisiti di competenza e di professionalità che, al contrario, dovrebbero illuminare le scelte delle parti, specie ove una di queste sia la pubblica amministrazione.

I principi fissati dalla Circolare n. 9 del 2012, specie con riferimento al dovere della pubblica amministrazione di prendere parte alle procedure di mediazione ex art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, sono stati confermati dalla giurisprudenza<sup>35</sup>, che non solo considera non giustificato il rifiuto della p.a. di prendere parte ad una procedura di mediazione se non adeguatamente motivato, ma afferma inoltre l'applicabilità alle amministrazioni pubbliche, così come ai privati, delle sanzioni previste dagli artt. 8 e 13 del d. lgs. n. 28 del 2010.

Anche il presunto timore di danno erariale derivante dall'accordo raggiunto in mediazione è stato ampiamente confutato dalla giurisprudenza, secondo cui una "conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso anche corredato da indicazioni motivazionali, in nessun caso potrebbe esporre il funzionario a responsabilità erariale" (Trib. Roma, 10 marzo 2016). In questo senso si arriva, anzi, a rovesciare la questione del danno erariale, ritenendo che esso potrebbe derivare "dalle conseguenze sanzionatorie (art. 96 III cpc) che possono conseguire ad una condotta deresponsabilizzata

---

<sup>34</sup> Sulla opportunità di proceduralizzare la condotta delle p.a. in mediazione, delineando con precisione il potere dispositivo del soggetto chiamato a rappresentarle, vd. Trib. Roma, 10 marzo 2016).

<sup>35</sup> Trib. Roma, sez. XIII, 30/09/2013, in Guida al diritto 2013, 45s.; Trib. Roma 29 febbraio 2016, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it); Trib. Roma, 10 marzo 2016, [osservatoriomediazionecivile.blogspot.com](http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.com); Trib. Roma, 24 ottobre 2013; Corte dei Conti, Sez. giurisd. per la Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 24/07/2013, n. 3879.

ignava ed agnostica della P.A.” (Trib. Roma, 10 marzo 2016), ovvero dalla sua mancata o non collaborativa partecipazione al procedimento di mediazione<sup>36</sup>.

## **7. La mediazione amministrativa nel sistema giuridico italiano tra sperimentazioni già attuate e future prospettive di sviluppo. La mediazione delle Autorità amministrative indipendenti, il Difensore civico, la mediazione ambientale.**

Dopo aver esaminato alcuni degli aspetti più critici sollevati dalle p.a. nella loro partecipazione alle procedure di mediazione civile e commerciale, come disciplinate dal d. lgs. n. 28 del 2010, appare opportuno esaminare le controversie tra pubbliche amministrazioni e privati che potrebbero formare oggetto di procedure di mediazione amministrativa, cercando di individuare ipotesi già concretamente attuate e realtà che potrebbero facilmente divenire - per la loro vocazione ed i poteri già esercitati – centri di esercizio della mediazione amministrativa<sup>37</sup>.

Tra le ipotesi già disciplinate dal legislatore in materia di soluzione amichevole delle controversie, gestite da soggetti pubblici, vanno, anzitutto, segnalate le c.d. “conciliazioni paritetiche” sviluppate presso i Comitati regionali per le comunicazioni (c.d. Co.re.com)<sup>38</sup> ed aventi ad oggetto le condizioni contrattuali o l’esecuzione dei contratti nella fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica di cui all’art. 1, co. 11, l. n. 249 del 1997 e alla Delibera n. 173/07/CONS dell’Agcom.

L’art. 1, co. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, con cui è stata costituita l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ha attribuito alla stessa il potere-dovere di disciplinare “con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie

---

<sup>36</sup> Sul punto vedi anche: Trib. Roma, 29 febbraio 2016; Tar Napoli (Campania), sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879; Trib. Roma, sez. XIII, 20 novembre 2013; Corte Conti, Sez. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719.

<sup>37</sup> V. CAPUTI JAMBREGHI, Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale, in *giustamm.it*, 2017; M. P. CHITI, Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1; M. DELSIGNORE, La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?, in *Riv. Arb.*, 2017, 521.

<sup>38</sup> I Comitati regionali per le comunicazioni (Corecom) sono organi introdotti con la legge n. 249 del 1997 (art. 1, co. 13 della legge), contestualmente alla scelta di concentrare in capo all’Autorità nazionale di garanzia nelle comunicazioni le competenze relative al sistema comprensivo di stampa, radiotelevisione e servizi di telecomunicazione. I Comitati sono disciplinati specificamente da leggi delle singole regioni con funzioni di organo di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale. Nei confronti dell’Agcom, i Corecom rappresentano organi funzionali, mentre costituiscono organi indipendenti di garanzia e consulenza per le Giunte e i Consigli regionali. In dottrina, cfr. V. AMENDOLAGINE, Ricorso monitorio e tentativo obbligatorio di conciliazione sono compatibili?, in *Ilprocessocivile.it*, 2017; L. BREGGIA, La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2016, 715; M. RAMAJOLI, Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, in *Dir. Amm.*, 2014, 1.

di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro.” Il legislatore ha, inoltre, delineato un’ipotesi di conciliazione obbligatoria pregiudiziale precisando che per “le predette controversie, individuate con provvedimenti dell’Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell’istanza all’Autorità”.

Il servizio di conciliazione così delineato è stato delegato ai Comitati regionali per le comunicazioni presso le singole Regioni con la delibera dell’Autorità n. 53 del 28 aprile 1999, anche se il sistema attualmente in vigore è disciplinato dalla successiva Delibera n. 173/07/CONS.

La procedura di conciliazione affidata ai Co.Re.Com, in particolare, si configura come una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, obbligatoria per tutte le liti che coinvolgono utenti e operatori delle comunicazioni elettroniche, durante la quale le parti, aidate da un soggetto terzo (il conciliatore), tentano in modo amichevole di trovare una soluzione. Il tentativo di conciliazione è gratuito.

Dai dati rilevati dal Sistema Co.re.com, presente su tutto il territorio nazionale, nel solo 2015 i Comitati hanno reso complessivamente più di 31 milioni di euro, portando alla risoluzione di oltre centomila controversie: un caso certamente di successo nella gestione pubblica di controversie tra utenti e soggetti erogatori di servizi.

Recenti novità, in materia di procedure di mediazione gestite da Autorità amministrative indipendenti, sono state introdotte con il d.lgs. n. 130 del 6 agosto 2015 che, recependo la Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, nazionali e transfrontaliere, è intervenuto sullo specifico ambito delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell’Unione Europea e consumatori residenti nell’Unione.

Il d.lgs. n. 130 del 2015, in particolare, ha istituito un’apposita procedura di soluzione stragiudiziale delle controversie a favore dei consumatori ed ha espressamente introdotto la possibilità di attivare procedure di mediazione on-line, valorizzando così la disciplina già prevista con il Regolamento Europeo n. 524 del 21 maggio 2013 (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 130 del 2015) istitutiva di un sistema europeo online per la risoluzione stragiudiziale delle controversie (c.d. rete Solvit)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> C. TONICELLO, La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori nel diritto dell’Unione europea. La direttiva ADR e il regolamento ODR, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2015; A.M. MANCALEONI, La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE, in *Europa e Dir. Priv.*, 2017, 1064; B. MARCHETTI, La tutela non giurisdizionale, in *Riv.it. Dir. Pub. Comp.*, 2017, 423; M. LOTTINI, Informal networks of administrative cooperation and the management of information, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.2, 2012, 301.

Per poter operare in questo settore, gli Organismi di mediazione sono tenuti ad iscriversi in elenchi appositamente istituiti presso le Autorità competenti, in conformità alle rispettive aree di competenza istituzionale e, in particolare, presso il Ministero della Giustizia e dello Sviluppo economico (mediazione in materia di consumo); la Consob (controversie tra investitori e intermediari in ambito di violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza); l'Autorità per l'energia elettrica, il gas, il sistema idrico (Aeegsi); l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom); la Banca d'Italia.

Le procedure che ricadono in questa disciplina devono essere gratuite (o comunque prevedere il pagamento di compensi "minimi" a carico dei consumatori) e devono uniformarsi ai principi fondamentali di indipendenza, imparzialità, trasparenza, efficacia, rapidità, equità. La durata massima del procedimento è fissata in novanta giorni decorrenti dalla data di ricevimento, da parte dell'organismo ADR, della domanda completa, e può essere prorogata di 90 giorni, ma solo per ipotesi di controversie particolarmente complesse. A differenza di ciò che avviene nella mediazione civile e commerciale, il consumatore è libero di partecipare alla procedura senza l'assistenza dell'avvocato<sup>40</sup> e di interromperla in qualunque momento, anche senza fornire particolari motivazioni.

Rispetto alle Autorità indipendenti presso le quali risultano attivi sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie, oltre a quelle disciplinate da AGCOM e Co.Re.com di cui si è già parlato, possono richiamarsi gli esempi offerti da CONSOB, AEEGSI e Banca d'Italia<sup>41</sup>.

Con riferimento alla Consob, in particolare, va richiamato il d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 17943, per la "Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262", con il quale è stata costituita la Camera di Conciliazione e Arbitrato<sup>42</sup>, allo scopo di provvedere alla "amministrazione dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione,

---

<sup>40</sup> Sul punto, da ultimo, Corte Giust., Prima Sezione, 14 giugno 2017, causa C-75/16.

<sup>41</sup> S. CADEDDU, Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2001, 679.

<sup>42</sup> L. ALBANESE, Il contenzioso bancario e finanziario: tra sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e vessatorietà delle clausole compromissorie, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2017, 1873; V. MIRRA, I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo «Arbitro per le Controversie Finanziarie», in Rivista dell'Arbitrato, 2016, 693; N. SOLDATI, L'evoluzione delle procedure adr in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'unione europea, in Dir. Comm. Int., 2016, 943; A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, Sul nuovo «ADR CONSOB», in Banca Borsa Titoli di Credito, 2016, 251.

correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori” (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 179/2007).

Il Regolamento di funzionamento della Camera è stato adottato dalla stessa Consob con la delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, ed è successivamente stato sostituito da un nuovo Regolamento, adottato con delibera n. 18275 del 18 luglio 2012, che - a seguito del parere del Consiglio di Stato del 20 ottobre 2011 - ha attribuito alla Camera natura strumentale rispetto alla CONSOB, in quanto ente privo di autonoma personalità.

Presso la Consob è, inoltre, operativo, dal 9 gennaio 2017, l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF)<sup>43</sup> previsto dal decreto legislativo n. 130 del 2015, in attuazione della direttiva comunitaria 2013/11/UE, la cui attività è concentrata presso l'Ufficio di segreteria tecnica dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie. La procedura si rivolge, in particolare, a quei risparmiatori che hanno presentato reclami agli intermediari finanziari di cui sono clienti, conclusi con esito negativo. L'attività è gratuita e i ricorsi vengono valutati e decisi entro centottanta giorni dalla presentazione: ove l'Arbitro accerti la fondatezza delle ragioni dei risparmiatori ha il potere di definire i risarcimenti da porre a carico degli intermediari.

A partire dal 1° gennaio 2017 è operativo, innanzi all'Autorità per l'Energia, il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI) un Servizio di Conciliazione<sup>44</sup> per mezzo del quale il cliente finale di energia elettrica e di gas e il “prosumer”<sup>45</sup> possono tentare di risolvere la controversia insorta con il proprio operatore utilizzando la conciliazione, che viene definita quale condizione di procedibilità per poter adire al giudice competente.

La disciplina del presente tentativo obbligatorio di conciliazione dispone, inoltre, l'obbligo di partecipazione alla procedura a carico di tutti gli operatori, venditori o distributori, con la sola eccezione del “FUI” (Fornitore di Ultima Istanza gas). L'eventuale accordo raggiunto dalle parti, in sede di conciliazione, costituisce titolo esecutivo. Il Servizio di Conciliazione è gratuito e la procedura si svolge interamente per via telematica, in conformità con la normativa europea in materia di consumo e risoluzione alternativa delle controversie.

---

<sup>43</sup> [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it)

<sup>44</sup> [www.autorita.energia.it/it/consumatori/conciliazione.htm](http://www.autorita.energia.it/it/consumatori/conciliazione.htm). La mediazione obbligatoria innanzi al Servizio di conciliazione può essere sostituita dall'attivazione di una procedura di mediazione presso gli organismi iscritti nell'elenco ADR dell'Autorità (per i clienti domestici) e che possono offrire anche procedure di negoziazione paritetica realizzate sulla base di accordi fra operatori e Associazioni dei consumatori. Vd. G. ALPA, Arbitration and adr reforms in Italy, *Dir. Comm. Int.*, 2017, 259.

<sup>45</sup> Termine mutuato dall'inglese per individuare il destinatario di beni e di servizi che non si limita al ruolo passivo di consumatore, ma partecipa attivamente alle diverse fasi del processo produttivo.

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)<sup>46</sup>, infine, è un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra i clienti e le banche o gli altri intermediari finanziari, istituito nel 2009 dalla Banca d'Italia in attuazione dell'art. 128-bis del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario – T.U.B.), introdotto dall'art. 29 della legge 28 dicembre 2005, n. 262), con cui il legislatore ha stabilito che anche nel settore bancario e finanziario operino sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria.

L'Arbitro Bancario Finanziario è indipendente sul piano funzionale e organizzativo dalla Banca d'Italia ed è articolato sul territorio nei Collegi di Bari, Bologna, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino. Tale soggetto decide secondo diritto sull'oggetto del ricorso presentato dall'utente, con tempi ridotti e costi di accesso minimi (il costo di accesso alla procedura per il cliente è pari a 20 euro, che vengono rimborsati dall'intermediario in caso di decisione favorevole al ricorrente).

Un discorso a sé merita, invece, ai fini della materia trattata, la figura del Difensore civico che, con la sua funzione di “tutela non giurisdizionale dei diritti fondamentali” dei cittadini (come definita in alcuni documenti internazionali delle Nazioni Unite e del Consiglio D'Europa) e la sua natura di organismo indipendente, può presentare profili di rilievo per progetti di implementazione delle procedure di mediazione amministrativa.

A differenza del suo antecedente europeo, l'Ombusman, il Difensore civico non ha probabilmente ottenuto, nel sistema giuridico italiano, un'adeguata valorizzazione del proprio ruolo come strumento di prevenzione e gestione del conflitto tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Ciò nonostante – o, al contrario, proprio in considerazione di ciò – potrebbe essere interessante una sperimentazione di procedure di mediazione obbligatoria innanzi a tali soggetti, nelle materie più vicine ai cittadini, tra cui, ad esempio, l'eventuale diniego di accesso ai documenti amministrativi (materia in cui il legislatore ha già disciplinato l'intervento del Difensore, sebbene non in termini di soluzione amichevole della controversia), ma anche ipotesi di reclami per il non corretto o inadeguato funzionamento delle strutture sanitarie locali, delle forme di assistenza sociale e la concessione di benefici quali l'assegnazione di alloggi in edilizia popolare ovvero l'erogazione di Pubblici Servizi.

---

<sup>46</sup> [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it). In dottrina: A. BERLINGUER, L'ABF tra giudizio e media-conciliazione, Riv. Arbitrato, 2013, 19.

Un tentativo di attribuire al Difensore Civico il ruolo di mediatore nelle controversie tra amministrazioni e cittadini – seppure di portata locale – è già rinvenibile con riferimento alle dispute in ambito sanitario<sup>47</sup>.

In tale settore, in particolare, alcune sperimentazioni sono state attivate dalla Regione Toscana e dalla Regione Emilia Romagna, con la costituzione di Commissioni interne ad alcune strutture sanitarie del territorio, allo scopo di affrontare e gestire controversie legate al funzionamento del servizio sanitario. Tali commissioni di conciliazione sono state formate con la partecipazione del Difensore Civico, di rappresentanti della Regione, di associazioni di volontariato e dell'Asl interessata e hanno lavorato in sinergia con l'ufficio relazioni con il pubblico ma anche, ove necessario, con rappresentanti della medicina legale, chiamati ad effettuare valutazioni tecniche, nonché con le strutture interne di gestione del rischio clinico.

Un esperimento simile, seppur con il coinvolgimento di soggetti diversi, è stato tentato anche dalla Regione Veneto, nel cui progetto sono state costituite Commissioni conciliative indipendenti, di nomina politica, composte da un magistrato a riposo, un medico legale ed un avvocato esperto in materia medico-sanitaria, chiamate a formulare all'unanimità e per iscritto una proposta di conciliazione a favore delle parti coinvolte nella controversia su danni medico-sanitari.

Un breve richiamo merita, infine, la più recente sperimentazione di mediazione ambientale<sup>48</sup> sviluppata dalla Camera Arbitrale di Milano e rivolta a cittadini e pubbliche amministrazioni. Tra i conflitti ambientali e territoriali che sono stati considerati assoggettabili a questa forma di mediazione, vengono espressamente individuati – a titolo esemplificativo – quelli in materia di: infrastrutture di trasporto, impianti di gestione dei rifiuti, processi di bonifica di porzioni di territorio inquinate, produzione di energia da fonti tradizionali, produzione di energia da fonti rinnovabili e generazione diffusa, impianti chimici, gestione delle aree protette.

Considerata la portata delle materie che possono formare oggetto di questa particolare forma di soluzione consensuale delle controversie, per numero ed importanza, nonché il necessario coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni competenti, una simile sperimentazione sembra essere destinata a diffondersi rapidamente, così come le forme di mediazione c.d. “di vicinato”, che potrebbero essere avviate dagli enti

---

<sup>47</sup> M. RAGNI, La mediazione nel sistema sanitario regionale alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2014, 565; vd. anche F. D'AYALA VALVA, Dall'Ombudsman al Garante del contribuente. Studio di un percorso normativo, in Riv. dir. trib., 2000, 1037.

<sup>48</sup> J. F.C. DIMENTO, Analisi su alcune sanzioni penali ed amministrative per inadempimento del diritto ambientale negli Stati Uniti, in Riv. giur. ambiente, 2008, 119.

locali per risolvere controversie diffuse tra i propri cittadini e che, seppur poco rilevanti sul piano economico possono tuttavia esercitare forti tensioni per la coesione sociale del territorio.

## **8. La mediazione amministrativa nel settore degli appalti pubblici.**

L'esigenza di implementare il ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie è stata da tempo avvertita anche nel settore degli appalti pubblici, come espressamente dichiarato dal legislatore italiano nella legge 28 gennaio 2016, n. 11<sup>49</sup>.

All'art. 1, co. 1, lett. aaa) si legge, infatti, che tra gli obiettivi da perseguire con il nuovo Codice Appalti rientra anche la "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari".

Sebbene abbia dato prevalente risalto allo strumento dell'arbitrato, il legislatore fa emergere, tuttavia, la propria consapevolezza circa l'esistenza di una pluralità di strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie e la necessità di giungere ad una loro armonizzazione, al fine di garantire una riduzione del contenzioso giudiziale in tale settore.

L'attuazione di una procedura di mediazione sembrerebbe, per altro, agevolmente configurabile nell'ambito di applicazione dell'art. 208 del d. lgs. n. 50 del 2016, n. 50, ove si disciplina l'istituto della transazione come strumento per la definizione di controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture. Ben si potrebbe, infatti, in un'ottica di sviluppo di forme di mediazione amministrativa, configurare la transazione come atto conclusivo di una procedura gestita da un terzo imparziale, che veda coinvolta l'amministrazione competente ed il soggetto aggiudicatario per la ricerca di una soluzione consensuale della controversia.

Una possibile procedura di mediazione (o, se si preferisce, composizione della lite) attivabile in fase procedimentale e pubblicistica sembrerebbe, inoltre, configurabile a partire dal potere riconosciuto

---

<sup>49</sup> Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.



dall'art. 211 del predetto decreto all'Autorità Nazionale Anticorruzione per il rilascio di pareri di precontenzioso, su richiesta della stazione appaltante o di altre parti coinvolte nel procedimento.

L'ANAC, così come delineata dal Legislatore italiano, ben può configurarsi come il soggetto a cui è stato affidato (seppur ancora in maniera poco estesa) il ruolo di "soggetto terzo" deputato a risolvere in via extra giudiziale le controversie in materia di contratti pubblici<sup>50</sup>. Un simile ruolo appare chiaro ove si consideri che l'art. 210 del Codice Appalti già attribuisce a tale Autorità il compito di istituire e gestire la "Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", oltre alla formazione e alla tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici ed alla definizione del relativo Codice Deontologico.

Nulla sembrerebbe, dunque, escludere la possibilità di estendere le competenze dell'Autorità anche con riferimento ad altri metodi di Alternative Dispute Resolution, tra cui la mediazione.

#### **9. La mediazione tributaria ex art. 17 bis del d. lgs. n. 546 del 1992. Criticità e opportunità.**

Un discorso a sé merita, infine, l'analisi dell'istituto della "mediazione tributaria"<sup>51</sup>, così come disciplinato dall'art. 17 bis ("Il reclamo e la mediazione") del Decreto legislativo 31 dicembre 1992 n° 546 (Codice del processo tributario).

Secondo quanto disposto dal predetto articolo, con riferimento alle controversie di valore non superiore a cinquantamila euro<sup>52</sup>, il ricorso presentato dal contribuente "produce anche gli effetti di un reclamo e può contenere una proposta di mediazione con rideterminazione dell'ammontare della pretesa".

---

<sup>50</sup> F. CINTIOLI, Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 381; G. ALPA, Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla degiurisdizionalizzazione, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 793; B. MARCHETTI, La tutela non giurisdizionale, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2017, 423; P. PATRITO, I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale nel Codice dei Contratti Pubblici, in *AA.VV.*, a cura di C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici: Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, 2017, 225; *AA.VV.*, *Le a.d.r. (alternative dispute resolutions) – accordo bonario, arbitrato conciliazione, transazione*, (F. Caringella, R. De Nictolis, V. Poli), Dike, 2008;

<sup>51</sup> G. PIZZONIA, Reclamo, mediazione e conciliazione nel Sistema degli strumenti deflativi del Contenzioso tributario, in *Riv. Dir. Fin.*, 2013, 71; B. BELLE', Mediazione e reclamo: due istituti inutili, *Riv. Dir. Fin.*, 2012, 863; I. Lucati, Il filtro della mediazione obbligatoriA anche per le liti tributarie, in *La Responsabilità Civile*, n. 5/2012, p. 396 ss.; A. Guidara e D. Stevanato, Mediazione fiscale: un provvedimento improvvisato su una strada giusta, in *Dial. trib.*, 2012, 1, p. 92 ss.; C. Maiorano, La mediazione fiscale tra intuizione e realtà, in *Boll. trib.*, 2012, p. 85 ss.; M. Martis, Reclamo e mediazione fiscale. Un nuovo strumento di convergenza tra gli interessi del cittadino e della pubblica amministrazione, in *Riv. dir. trib.*, n. 9/2012, pt. I, p. 809 ss.; F. Pistolesi, Il reclamo e la mediazione nel processo tributario, in *Rass. trib.*, n. 1/2012, p. 65 ss.; F. Pistolesi, Ambito applicativo della mediazione tributaria e sospensione della riscossione, in *Corr. trib.*, n. 19/2012, p. 1429 ss.

<sup>52</sup> Il valore inizialmente previsto era di € 20.000,00, poi elevato a 50.000,00 dall'art. 10 del Decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 - Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per

Una volta presentato il reclamo con proposta di mediazione, le Agenzie delle entrate, delle dogane e dei monopoli hanno novanta giorni di tempo per il loro esame, che deve avvenire “mediante apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili”, mentre per gli altri enti impositori un simile obbligo si applica solo se compatibile con la propria struttura organizzativa.

Ove l'organo destinatario non intenda accogliere il reclamo o l'eventuale proposta di mediazione, potrà formulare d'ufficio una propria proposta “avuto riguardo all'eventuale incertezza delle questioni controverse, al grado di sostenibilità della pretesa e al principio di economicità dell'azione amministrativa”.

La disciplina così delineata nel diritto tributario presenta un evidente vizio di base, almeno per quanto riguarda la riconducibilità della procedura ivi descritta nella nozione di mediazione: il legislatore sembra aver dimenticato la distinzione - già proposta e lungamente discussa in ambito civilistico - tra mediazione e conciliazione. Dove, come si legge nell'art. 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, per mediazione si deve intendere “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 formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”, mentre per conciliazione si intende “la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”.

Elemento imprescindibile per potersi parlare di mediazione, dunque, è rappresentato dallo svolgimento di un'attività – normalmente procedimentalizzata – sotto la guida di un terzo imparziale, il cui scopo è quello di consentire alle parti coinvolte nella controversia di incontrarsi, esporre ciascuna le posizioni e gli elementi a fondamento delle proprie pretese, valutando al contempo quelle dell'altra, e dove l'accordo conciliativo viene, dunque, costruito dalle stesse consensualmente.

La c.d. mediazione tributaria di cui all'art. 17 bis manca, dunque, per poter essere correttamente definita come tale, di un elemento essenziale, rappresentato dalla presenza di almeno tre parti: il mediatore e le due parti in conflitto. La proposta di mediazione richiamata da tale norma, allora, altro non è – ad avviso di chi scrive – se non una “proposta conciliativa” formulata dal contribuente per chiudere la controversia prima e al di fuori dell'attivazione di un procedimento giudiziale, che viene esaminata dall'amministrazione e può essere da questa accettata o sostituita da una propria proposta.

Un simile procedimento sembra, dunque, contrariamente al suo *nomen juris*, avvicinarsi maggiormente ad una forma di negoziazione tra le due parti in conflitto (anche se la parte pubblica è rappresentata da un

---

le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo [manovra correttiva 2017]. Convertito in legge, con modifiche, dalla L. 21.06.2017, n. 96 con decorrenza dal 24.06.2017.

soggetto diverso da quello che ha emanato l'atto impugnato) ed in cui il contribuente rappresenta ancora una parte debole, non potendo fare altro che sperare di vedere accolta la propria proposta ovvero accettare quella formulata dalla p.a. (nella mediazione, al contrario, la missione del mediatore, terzo e imparziale, è quella di garantire un certo equilibrio tra le posizioni delle parti, indipendentemente dalla loro natura e dal potere ad esse riconosciuto dall'ordinamento).

Nonostante la difficoltà di configurare come procedura di mediazione l'istituto attualmente delineato dall'art. 17 bis, lo stesso appare tuttavia idoneo a favorire lo sviluppo di una vera e propria procedura di mediazione tributaria, consentendo al contribuente di avviare un vero confronto con l'amministrazione competente, innanzi ad un soggetto terzo. Una simile modifica all'attuale procedura, che non aggraverebbe di molto gli adempimenti necessari per giungere alla sua conclusione, consentirebbe di dare vita ad una ricerca maggiormente partecipata di soluzioni transattive, con conseguente incremento del numero di procedure concluse positivamente ed un rafforzamento dei rapporti tra cittadino e amministrazione tributaria.

Da segnalare, infine, nella disciplina appena esaminata, anche ai fini di una estensione della mediazione amministrativa obbligatoria, la scelta legislativa di limitare la responsabilità del funzionario pubblico coinvolto nella procedura di mediazione alle sole ipotesi di dolo, con esclusivo riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto operate ai fini delle conclusioni tratte a seguito dell'esame delle istanze<sup>53</sup>. Una simile scelta contribuirebbe, anche in altri settore, a ridurre il timore dei funzionari pubblici di essere chiamati a rispondere di danno erariale a seguito degli accordi conciliativi raggiunti, favorendo la partecipazione a forme alternative delle controversie e contribuendo a sviluppare nuove forme di sperimentazione dei metodi ADR nel diritto amministrativo.

---

<sup>53</sup> L'art. 39, co. 10 del d.l. n. 98 del 2011 dispone, infatti, che ai "rappresentanti dell'ente che concludono la mediazione o accolgono il reclamo si applicano le disposizioni di cui all'art. 29, comma 7, del d.l. 31 maggio 2010, 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122". Nella specie, l'art. 29, co. 7, del d.l. n. 78 del 2010 prevede che "Con riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto operate ai fini della definizione del contesto mediante gli istituti previsti dall'art. 182ter del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, dal d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218, e dall'art. 48 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, la responsabilità di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata alle ipotesi di dolo".