

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E MEDIAZIONE

SOMMARIO:

1. Introduzione. La mediazione nel contesto degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie con la p.a. **2.** Il modello della mediazione secondo il d.lgs. n. 28/2010. Il concetto di mediazione e di mediatore. **2.1** Caratteri della mediazione e statuto giuridico del mediatore. **3.** Sull'ammissibilità di una media-conciliazione con la p.a. **3.1** Le controversie relative ai rapporti di diritto privato. **3.2.** Le controversie relative ai rapporti di diritto pubblico. **3.3.** L'esempio degli ordinamenti giuridici stranieri. **4.** Qualche riflessione *de jure condendo*.

1. Introduzione. La mediazione nel contesto degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie con la p.a.

La novella in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, di cui al decreto legislativo n. 28 del 2010¹, pone problemi di compatibilità dello strumento con i rapporti tra amministrazione e privati².

¹ Si veda il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, oltre al decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180 (modificato dal successivo d.m. 6 luglio 2011, n. 145), che ha fissato criteri e modalità di tenuta del registro degli organismi di mediazione. Sulla normativa in commento, v. la recente ordinanza Tar Lazio, 12 aprile 2011, n. 3202, in *Giust. civ.*, 2011, 5, 1361 (s.m.), *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1926, *Foro it.*, 2011, 5, III, 274, che ha sollevato la questione di costituzionalità su cui la Consulta si pronuncerà all'esito dell'udienza fissata per il 23 ottobre 2012. In particolare, il Tar Lazio ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale "dell'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice); dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza". Detti disposti risulterebbero in contrasto, oltre

Annoso è, del resto, il dibattito sull'utilizzabilità, nella *subiecta materia*, dei tentativi di conciliazione delle liti e dei modelli di giustizia alternativa³.

che con l'art. 77 Cost., con l'art. 24, in quanto determinerebbero “ [...] nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce. Ciò in quanto esse non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio”. Sul d.lgs. n. 28/2010, cit., oltre ai testi citati nelle note che seguono, v. A. Carratta, *La “semplificazione” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 127 e ss.; Id., in C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 220; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; G. P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011; E. M. Appiano - G. Saffirio, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011; B. Sassani - F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010; C. Vaccà - M. Martello, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010; A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010; A. Castagnola - F. Delfini (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, 2010; C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; P. Mistò, *La nuova mediazione civile e commerciale ed il ruolo del mediatore*, Torino, 2010; C. Ascione - F. Di Biase - N. Ferrara, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Napoli, 2010; P. Sandulli, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in A. Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010, 979 e ss. Sulla mediazione come tecnica di composizione delle controversie, v., più in generale, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 e ss., e spec. 859, F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 e ss., nonché F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 1 e ss. Per rilievi critici sull'impiego delle tecniche conciliative, P. Biavati, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 785.

² V., anzitutto, la recentissima circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, 10 agosto 2012, n. 9, avente ad oggetto le “*linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali. Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante “Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*”, che ha previsto l'applicabilità della normativa in materia di mediazione anche al settore pubblico. Sulla compatibilità della conciliazione con la materia pubblicistica, v., senza pretese di completezza, 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 ed inglese*, in E. Follieri - L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 175; F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 917; N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 e in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 183; M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; Id., *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 743 e ss.; M. P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 e ss.

³ Cfr. l'impostazione tradizionale, di cui in F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1563 e in A. De Valles, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46 e ss. Per più ampie riflessioni, v. *infra* il § 3. Sulle cd. *alternative dispute resolutions*, alle quali normalmente si

Se, stando alla normativa degli ultimi anni, deve ritenersi, soprattutto nei conflitti di diritto pubblico, ancora centrale il processo⁴, non sono mancate e non mancano le aperture alle c.d. *alternative dispute resolutions* con la p.a.

Oltre ai tentativi di conciliazione rimessi alle autorità di regolazione e vigilanza⁵, che, pur esulando dallo specifico oggetto della presente trattazione, mostrano una

ascrivono la conciliazione, la mediazione (v. *infra* per le relative definizioni), la transazione – contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevenendo una lite che può sorgere – e i procedimenti ridotti (cd. *mini trial*), che si compongono di una prima fase di conciliazione e di una successiva fase, destinata a svolgersi ove la precedente non conduca a risultati, in cui un terzo, dopo un subprocedimento di norma in contraddittorio, dà un parere non vincolante sulla controversia (così M. P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, cit., 10), e sulle loro differenze con l'arbitrato, che è destinato a svolgersi innanzi ad un giudice privato secondo le norme di cui al codice di rito civile, v. M. P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, cit., spec. 7 e ss., oltre a Id., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 3648, nonché N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 56 e L. Giani, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 616. Sulle definizioni di mediazione e conciliazione non vi è unanimità in dottrina. Se il tema si arricchisce di nuovi elementi proprio alla luce del d.lgs. n. 28/2010, su cui *infra*, è possibile distinguere tra chi ritiene che la conciliazione sia quella “*procedura basata sul consenso delle parti che mira a prevenire o comporre il conflitto*” in cui il conciliatore ha solo poteri di assistenza (M. P. Chiti, *op. ult. cit.*, 8, oltre a N. Longobardi, *op. ult. cit.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 57) e chi, invece, sostiene che la conciliazione sia connotata dall'intervento attivo di un terzo (C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 859). La mediazione è, invece, secondo alcuni, caratterizzata da un intervento attivo del terzo mediatore, che comunque, non assume mai una decisione (M. P. Chiti, *op. ult. cit.*, 8, oltre a N. Longobardi, *op. ult. cit.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 57), mentre, a giudizio di altri “*l'intervento di terzo “esperto” è di mero ausilio per favorire il raggiungimento di un accordo, le cui condizioni devono essere negoziate e accettate dalle parti*” (C. Punzi, *op. ult. cit.*, 859). Sulle differenze tra conciliazione e arbitrato – la prima volta al raggiungimento di un semplice accordo tra le parti e il secondo connotato dalla volontà delle stesse di sottomettersi alla volontà di un terzo decidente –, cfr. C. Punzi, *Conciliazione ed arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1030, per il quale la conciliazione sarebbe uno strumento di composizione diretta della controversia ad opera degli stessi litiganti. Per le differenze tra conciliazione e transazione, v. F. Lancellotti, voce *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 398, secondo cui la transazione sarebbe destinata a perfezionarsi senza l'intervento di un terzo e risulterebbe connotata dalle reciproche concessioni delle parti, mentre la prima sarebbe caratterizzata dall'intervento di un terzo e potrebbe consistere anche in una mera rinuncia alla propria pretesa o in un riconoscimento unilaterale della pretesa altrui. Sulle differenze con le procedure di conciliazione ed arbitrato nei casi di controversie tra utenti ed esercenti avanti all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, v. la rilevante analisi di F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 190 e ss., spec. 191.

⁴ Ciò lo dimostrano il proliferare dei riti speciali, la significativa estensione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva della p.a., oltre alla “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

⁵ V. la l. 14 novembre 1995, n. 481, art. 2 c. 24, sul tentativo di conciliazione “presso” l'Autorità per l'energia e la l. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1 c. 11, sul tentativo obbligatorio di conciliazione avanti all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, oltre alla l. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 27, sulle procedure di conciliazione ed arbitrato destinate a svolgersi dinanzi alla Consob. Cfr., in particolare, le pagine di G. della Cananea, *Le risoluzioni delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 737 e ss. e Id., *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, Relazione al convegno tenutosi a Siena, 31 maggio e 1 giugno 2002, sul tema “Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti”.

crescente sensibilizzazione per le A.D.R., le tecniche di risoluzione non giurisdizionale delle controversie si sono affermate in materia di servizi pubblici, sulla base dell'articolo 30 della l. n. 69 del 2009⁶ e delle singole carte dei servizi. Altro modello di risoluzione delle controversie si è realizzato con i difensori civici, preposti a tutelare i privati pregiudicati da ipotesi di cattiva amministrazione⁷.

Per le controversie di diritto privato della p.a., è, in particolare, antesignano della mediazione il tentativo di conciliazione introdotto, in relazione alle liti antecedenti al c.d. "collegato lavoro"⁸, in materia di pubblico impiego privatizzato⁹. Il d.lgs. n. 165/2001¹⁰ aveva, infatti, previsto che il tentativo di conciliazione, sorto in relazione alle liti lavoristiche tra privati, dovesse essere esteso alle controversie concernenti il pubblico impiego e devolute al giudice ordinario¹¹.

Anche nelle liti aventi ad oggetto i rapporti di diritto pubblico, hanno avuto ingresso rimedi alternativi a quelli giurisdizionali. Vero è che la tradizionale indisponibilità delle situazioni soggettive coinvolte e, soprattutto, del potere pubblico, insieme alla tipicità che connota quest'ultimo, hanno ostacolato

⁶ L. 18 giugno 2009, n. 69. Si veda l'art. 30 c. 1, l. n. 69/2009: "le carte dei servizi dei soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità contengono la previsione della possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta; esse prevedono, altresì, l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente".

⁷ V., in particolare, l'art. 11 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In senso critico, sulla figura del difensore civico, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 192. Va altresì sottolineato il rilievo per cui i "mediatori" in questione sono emanazione delle stesse amministrazioni, mancando, pertanto, della necessaria imparzialità. Tuttavia, sul rilievo del difensore civico nel rapporto tra cittadino e istituzioni, M. R. Spasiano, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 262.

⁸ Cfr. l'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183.

⁹ V. L. Giani, *La disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione nel pubblico impiego privatizzato: obbligatorietà e difficoltà applicative*, in L. Giani (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, cit., 17 e ss.

¹⁰ D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

¹¹ Art. 65 del d.lgs. n. 165/2001, cit., ora abrogato.

l'introduzione e la diffusione degli strumenti in questione¹². Tuttavia, se già la dottrina più risalente ammetteva, con lungimiranza, la transazione di diritto pubblico, giustificandola sulla base dell'interesse pubblico concreto¹³, più di recente, in materia di contratti pubblici, non solo è stato codificato l'accordo bonario¹⁴, che, pur attenendo alla fase esecutiva degli appalti, ha comunque una dimensione pubblicistica¹⁵, ma anche il c.d. pre-contenzioso di cui all'art. 6, c. 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006. Quest'ultimo, risolvendosi in un procedimento para-contenzioso o conciliativo, concernente la gara per la selezione della stazione appaltante, è evidentemente destinato ad incidere su poteri propriamente pubblici¹⁶. Va, poi, considerato che la normativa vigente ha generalizzato gli accordi tra p.a. e privati, di cui all'articolo 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, novellato nel 2005, oltre ad aver avallato gli accordi procedurali tra amministrazioni pubbliche¹⁷ e gli accordi di programma tra enti locali¹⁸, che possono, tra l'altro, prevedere

¹² Sul noto dibattito, cfr. P. Chirulli - P. Stella Richter, voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 868, nonché C. Ferrari, voce *Transazione (transazione della pubblica amministrazione)*, Roma, 1993, 1 e ss.

¹³ Si veda, per tutti, E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 e ss. Del resto, già il r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 contemplava le transazioni concluse dall'amministrazione statale, prevedendo il parere dell'Avvocatura dello Stato, senza distinguere sulla base della materia oggetto delle reciproche concessioni.

¹⁴ Art. 240 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹⁵ In merito, E. Sticchi Damiani, *La definizione consensuale delle riserve*, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 861.

¹⁶ Sull'istituto, cfr. A. Clarizia, *Il cd. pre-contenzioso tra deflazione dei processi ed effettività dei poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in www.giustamm.it e C. Chiofalo - F. Iacovone, *Brevi note sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie disciplinati dal codice dei contratti pubblici*, *ivi*. Si consideri anche la transazione prevista, in materia ambientale, dall'articolo 2 del d.l. n. 208/2008, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 13. Anticipiamo sin d'ora che persino l'arbitrato, sebbene volto a fornire alle parti una soluzione eteronoma e vincolante, viene ammesso, da autorevole dottrina, anche nella materia dei rapporti di diritto pubblico. Il lodo si limita, del resto, a dichiarare come sia stato impegnato un potere già esercitato: non si spinge, invece, ad imporre le modalità del suo futuro esercizio. Cfr. F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, 653 e, più in generale, F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 98 e ss., per il quale l'arbitrato, implicando la soluzione delle controversie secondo le norme di diritto, non contrasterebbe con il principio di legalità.

¹⁷ V. l'art. 15 della l. n. 241 del 1990.

¹⁸ Si confronti l'art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

procedimenti di arbitrato ed interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti¹⁹.

Più in generale, il *favor* dell'ordinamento comunitario per le *A.D.R.* e la crescente rilevanza dell'ottica del "risultato" nella valutazione di efficienza dell'azione amministrativa²⁰ hanno dato impulso alle tecniche di composizione bonaria, attenuando il rischio delle condanne per responsabilità erariale, da sempre temute dai funzionari pubblici²¹.

L'introduzione di un tentativo di mediazione nelle controversie civili e commerciali e la previsione per cui l'esperimento dello stesso è condizione di procedibilità dell'azione danno rinnovato vigore all'annoso dibattito, ponendo problemi sull'effettiva applicabilità del d.lgs. n. 28/2010 alle liti insorte tra amministrazione e privati.

L'ampio uso degli strumenti di diritto privato da parte della p.a., il tenore dell'articolo 1, c. 1-*bis*, della legge n. 241/1990, per cui la pubblica amministrazione, salvo diversa previsione, agisce secondo le norme di diritto privato²² nell'adozione di atti non autoritativi²³, e la necessità di porre argini alla

¹⁹ Tra le *A.D.R.* "amministrative" vanno altresì considerati i c.d. ricorsi amministrativi. In particolare, sul ricorso gerarchico e sulla necessità di una sua riconsiderazione, soprattutto alla luce della necessaria distinzione tra funzione amministrativa giustiziale e funzione di amministrazione attiva, v. N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 194.

²⁰ Sul tema, M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 80 e ss.

²¹ In questo senso, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 211 e ss. Con riferimento specifico all'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, sulla ritrosia dei pubblici funzionari a porre in essere gli accordi ivi contemplati, si veda anche G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 272, nonché G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 228.

²² Su cui si veda, in particolare, oltre ai testi *infra* citati, N. Paolantonio, sub *art. 1, c. 1-bis*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 77 e ss. Secondo l'opinione pressoché unanimemente accolta, il disposto non avrebbe, in realtà, introdotto una vera innovazione nell'ordinamento, essendosi limitato a ribadire che le amministrazioni pubbliche sono dotate di una capacità generale di diritto comune.

²³ Sulle difficoltà ermeneutiche legate alla poco chiara espressione, si veda, da ultimo, A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 e ss.

‘crisi della giustizia’ mediante strumenti alternativi di composizione delle liti, rendono rilevante l’indagine e inducono a vagliare le impostazioni tradizionali, anche alla luce degli orientamenti più recenti.

Alla domanda sul *se* sia applicabile la novella si aggiunge quella sul *come* la si debba applicare e sui possibili correttivi volti, *de jure condendo*, a meglio modulare la disciplina sui peculiari connotati della parte pubblica.

2. Il modello della mediazione secondo il d.lgs. n. 28/2010. Il concetto di mediazione e di mediatore.

Per verificare l’applicabilità del d.lgs. n. 28/2010 alle controversie tra cittadini e p.a., è pregiudiziale analizzare i concetti di “mediazione” e “mediatore”, quali risultanti dalla normativa vigente.

Per *mediazione* deve intendersi l’attività, svolta da un terzo imparziale e funzionale a conciliare i litiganti, risolvendo una lite insorta²⁴. “Mediazione” è, pertanto, il procedimento, mentre “conciliazione” è il risultato, raggiungibile solo e soltanto attraverso la composizione di interessi operata da un terzo imparziale²⁵. Il profilo oggettivo e funzionale si combina con quello soggettivo: scopo della mediazione è il *concilium*, al quale si approda attraverso il *consilium* dei mediatori operanti negli organismi di cui al d.lgs. n. 28/2010²⁶.

L’unica mediazione possibile è, pertanto, quella gestita dagli organismi di mediazione²⁷, enti pubblici²⁸ o privati che, in quanto dotati dei requisiti di “serietà”

²⁴ Art. 1 c. 1 lett. a) d.lgs. n. 28/2010, cit. e art. 1 c. 1 lett. c) d.m. n. 180/2010, cit., che definiscono la mediazione come “l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

²⁵ In questo senso, R. Tiscini, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it. Analogamente, v. I. Lombardini, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium Iuris*, n. 1/2010, 9.

²⁶ Per la richiamata definizione, cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 859.

²⁷ Su cui si veda l’art. 1 c. 1 lett. d) del d.lgs. n. 28/2010 e l’art. 1 c. 1 lett. f) del d.m. n. 180/2010.

ed “efficienza”²⁹ ex art. 16 d.lgs. n. 28/2010 – che, a loro volta, si concretano nella capacità finanziaria, organizzativa, amministrativa e contabile di cui all’articolo 4 d.m. n. 180/2010³⁰ – risultino iscritti nell’apposito registro presso il Ministero della Giustizia.

Nel contesto di siffatta mediazione “amministrata”³¹, tra i mediatori e le parti vi è il filtro degli organismi, che sono accreditati presso il Ministero della giustizia e garantiscono la serietà³² dei mediatori.

Il *mediatore* è la persona fisica che, individualmente o collegialmente, presiede al procedimento di mediazione, conducendolo alla conciliazione, quale suo, almeno potenziale, approdo.

Anziché atteggiarsi a “free lance”, il mediatore è abilitato all’esercizio solo all’interno degli organismi accreditati, tenuti ad accertare i requisiti di professionalità ed onorabilità richiesti dalla riforma. Non ricorrono vincoli contrattuali tra il mediatore e le parti: gli unici legami esistenti sono quelli che avvengono, da un lato, l’organismo alle parti e, dall’altro, l’organismo al mediatore³³.

2.1 Caratteri della mediazione e statuto giuridico del mediatore.

²⁸ In particolare istituiti dai Consigli degli ordini forensi nei tribunali, dagli altri ordini professionali o dalle Camere di commercio. V., in particolare, gli articoli 18 e 19 d.lgs. n. 28/2010.

²⁹ Definiti di “professionalità” ed “efficienza” dall’articolo 4 c. 2 del d.m. n. 180/2010, cit.

³⁰ Oltre ai requisiti di onorabilità di soci, associati, amministratori o rappresentanti degli enti, nonché di onorabilità e professionalità dei mediatori, che devono, in ogni caso, essere non meno di cinque.

³¹ In questo senso, cfr. G. Romualdi, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 308. Si veda altresì R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., spec. 68-69. Sul tema, si rinvia altresì a P. Bartolomucci, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2007, 58 e ss., nonché a R. Caponi, in R. Caponi - G. Romualdi (a cura di), *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 153 e ss.

³² Serietà che, a sua volta, si declina in imparzialità, indipendenza, riservatezza e – come si dovrebbe aggiungere – neutralità.

³³ In particolare, tra il mediatore e l’organismo vi è un contratto ascrivibile alla prestazione d’opera intellettuale; tra l’organismo e le parti vi è un contratto misto, punto di intersezione tra l’appalto di servizi, il mandato e la prestazione d’opera intellettuale.

Rilevante, per meglio vagliarne la compatibilità con i rapporti tra amministrazione e privati, è il concreto atteggiarsi della ‘nuova’ mediazione, che si distingue in facoltativa, obbligatoria e demandata dal giudice.

All’articolo 2, c. 1, d.lgs. n. 28/2010 è enunciata la regola: “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili [...]*”. Dal verbo servile “può” si desume che la mediazione è, anzitutto, facoltativa: si fonda su base volontaria ed è destinata a svolgersi prima e a prescindere dalla proposizione di una domanda giudiziale³⁴. L’eccezione, tanto rilevante da tramutarsi in regola³⁵, è quella sancita dall’articolo 5, che prevede che, in determinate materie, puntualmente elencate³⁶, il tentativo di mediazione debba essere obbligatoriamente esperito, pena l’improcedibilità della domanda³⁷. Vi è, infine, una procedura di mediazione, soltanto eventuale, e rimessa all’iniziativa del giudice, che, valutata la natura della controversia, lo stato

³⁴ All’assenza di limiti soggettivi (“*chiunque può accedere*”) fa da contrappeso la circoscrizione dell’oggetto ai soli diritti disponibili, analogamente al dettato dell’articolo 806 cod. proc. civ. e, in materia di transazione, dell’art. 1966 cod. civ. Sul limite dei diritti disponibili, si veda C. Castello, *Tipologie di mediazione*, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 46-47.

³⁵ In questo senso, G. P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., 49.

³⁶ Come è noto, l’obbligatorietà è stata introdotta, dal d.lgs. n. 28 del 2010, a far data dal 21 marzo 2011 (cfr. l’art. 24 del d.lgs. cit.), per le seguenti materie: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. La l. 26 febbraio 2011, n. 10 ha previsto un differimento dell’entrata in vigore della mediazione obbligatoria al 21 marzo 2012 solo per le controversie aventi ad oggetto i sinistri stradali e le liti condominiali.

³⁷ Il mancato esperimento della mediazione deve essere eccepito dal convenuto, o rilevato d’ufficio dal giudice, entro l’udienza di comparizione e trattazione. Ove il giudice rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine quadrimestrale, indicato dall’articolo 6 del d.lgs. n. 28/2010; allo stesso modo provvede allorché la mediazione non sia stata esperita, assegnando alle parti quindici giorni per la presentazione della domanda ad un organismo registrato e, contestualmente, fissando la nuova udienza. Secondo L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 586, ove decorra inutilmente il termine di quindici giorni, il giudice è tenuto a dichiarare estinto il processo.

dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare queste ultime a procedere alla mediazione³⁸.

Sotto altro, pur concorrente, profilo, è necessario distinguere tra mediazione facilitativa e mediazione valutativa o aggiudicativa³⁹.

Dal combinato disposto degli articoli 1, 8 e 11 del d.lgs. n. 28/2010 discende che la mediazione è, di regola e in prima istanza, volta a facilitare la ricerca di un accordo amichevole: il mediatore si limita ad assistere due o più soggetti promuovendo la composizione della lite. Alla mediazione facilitativa si affianca quella valutativa o aggiudicativa, nella quale il mediatore non si limita ad agevolare la comunicazione delle parti, spingendosi, piuttosto, a formulare una proposta, all'esito di una valutazione, nel merito, di ragioni e torti dei litiganti.

Pertanto, secondo il d.lgs. n. 28/2010, l'attività del mediatore si concreta, in prima istanza, nel far convergere gli interessi contrapposti, conducendo per mano le parti verso un accordo amichevole; ove, poi, il tentativo fallisca, si apre la fase valutativa⁴⁰, residuando, comunque, il potere del mediatore di formulare la proposta. In presenza di una concorde richiesta delle parti, il potere diventa dovere e la proposta va obbligatoriamente formulata.

³⁸Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza allo scadere del termine quadrimestrale; anche in questa ipotesi, se la domanda di mediazione non è stata ancora presentata, assegna il termine di quindici giorni per la sua formalizzazione.

³⁹Per la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa, cfr. F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1204 e R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 167. Cfr. anche C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 845 e ss. Per l'applicazione delle dette tipologie alla nostra materia, si veda C. Besso, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 33 e ss.

⁴⁰O, come certa dottrina preferisce, aggiudicativa (in questo senso, in particolare, G. Impagnatiello, *"La mediazione finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, passim*). Non mancano Autori che, come G. Alpa - S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *www.judicium.it*, § 2, distinguono, in relazione al d.lgs. n. 28/2010, tra mediazione valutativa ed aggiudicativa. All'opinione di chi ritiene aggiudicativa solo la proposta che risulti, per le parti, vincolante (D. Dalfino, *La giustizia civile alla prova della mediazione* (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), III, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 101) si contrappone quella di chi priva la vincolatività di rilievo determinante ai fini del connotato aggiudicativo della proposta (G. Impagnatiello, *La "mediazione finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, cit., § 11).

I poteri di *evaluation* o *adjudication* del mediatore incidono, attraverso il congegno della condanna alle spese, sul processo. Mentre in caso di accettazione delle parti entro sette giorni dalla comunicazione del mediatore, la proposta diventa automaticamente accordo, soggetto all'omologa del Tribunale competente, il rifiuto o la mancata accettazione nei termini danno luogo al meccanismo deterrente di cui all'art. 13 d.lgs. n. 28/2010. Infatti, ferma restando la non vincolatività della proposta conciliativa, il giudice, in caso di corrispondenza integrale tra sentenza e proposta, esclude la ripetizione delle spese sostenute, successivamente alla proposta, dalla parte vincitrice che la abbia rifiutata, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nello stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo pari al contributo unificato⁴¹.

Nel contesto di una mediazione tanto "procedimentalizzata"⁴², destinata a rilevare sul giudizio 'a valle', il mediatore non può che atteggiarsi a professionista qualificato, tecnicamente competente e sottoposto ad uno statuto di obblighi giuridici e doveri deontologici⁴³.

⁴¹Si confronti anche l'art. 55 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. nella l. 7 agosto 2012, n. 134, che, incidendo sulla l. 24 marzo 2001, n. 89, ha escluso l'indennizzo per irragionevole durata del processo nel caso di cui al citato art. 13, c. 1, primo periodo, d.lgs. n. 28/2010. Sul tema, v. i rilievi critici di G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, § 6. L'incidenza della mediazione sul processo discende altresì dall'articolo 8, c. 5, a tenore del quale il giudice può desumere argomenti di prova *ex art.* 116, c. 2, cod. proc. civ. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. Inoltre, il d.l. n. 13 agosto 2011, n. 138, in relazione alle ipotesi di mediazione obbligatoria, ha finanche previsto la condanna della parte ingiustificatamente contumace al pagamento di una somma pari al contributo unificato. Così il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 ha aggiunto che la condanna alla sanzione economica debba avvenire con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza.

⁴²Sul carattere 'procedimentalizzato' della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, G. Alpa - S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it, § 2 e ss.; G. Impagnatiello, "La mediazione finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea, *ivi*, § 5 e ss.; C. Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 431 e ss.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, § 1 e ss.; Id., *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 54 e ss., spec. § 5.

⁴³Sulla figura del mediatore secondo la novella in commento, oltre ai testi *infra* e *supra* citati, G. Impagnatiello, "La mediazione finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella

La necessità di preservare la professionalità dei mediatori ha indotto la legge n. 69/2009 ad individuare, tra i principi e criteri direttivi, quello di “*prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l’indipendenza e l’imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni*”⁴⁴. Analogamente, il decreto delegato fa riferimento espresso, negli articoli 3, c. 2, e 14, c. 2, lett. a) e b), all’imparzialità, aggiungendo – in linea con il Codice Europeo di condotta per i mediatori⁴⁵, nonché con il considerando n. 23) e con l’art. 7 della direttiva 2008/52/CE – l’altrettanto importante principio di riservatezza⁴⁶, non senza presupporre anche quelli di indipendenza e neutralità.

A bilanciamento di poteri e funzioni del mediatore, il d.lgs. n. 28 del 2010 ha altresì fissato puntuali requisiti di onorabilità e professionalità⁴⁷, oltre ad aver prescritto lo svolgimento di un percorso di formazione *ad hoc*⁴⁸, presso appositi enti⁴⁹, insieme al possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea

cornice europea, in www.judicium.it, spec. § 7; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 33 e ss.; G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio (a cura di), *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 129 e ss.; G. Amenta, in A. Pera - G. M. Riccio (a cura di), *op. ult. cit.*, 155 e ss.; R. Santagata, “*Mediazione*”, “*mediatore*” e “*conciliazione*” (*appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs. 28/2010*), cit., 393 e ss.; P. Licci, in B. Sassani - F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., 50 e ss.; M. Brunialti, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. civ.*, 2011, 487 e ss.; D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 231 e ss.; F. Cuomo Ulloa, in A. Bandini - N. Soldati (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., 247 e ss.; G. Dinacci, *Il dovere di riservatezza del mediatore*, in R. Martino (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, cit., 115 e ss.; A. Panzarola, “*Nessuno può servire a due padroni*”? *Riflessioni sul mediatore che diventa arbitro*, *ivi*, cit. 143 e ss.; Id., *Il d.lgs. n. 28/2010 tra mediazione e arbitrato: arb-med, med-arb e med-aloo*, *ivi*, 87 e ss.; D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it.

⁴⁴ Art. 60 c. 3 lett. r) l. n. 69/2009, cit.

⁴⁵ Lo si veda in http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf.

⁴⁶ Cfr., in particolare, l’art. 9 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁴⁷ Per un raffronto tra i citati requisiti e quelli che erano stati previsti dal d.m. n. 222/2004, cit., cfr. D. Cena - R. Chiesa - C. Regis, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 232 e ss.

⁴⁸ V. l’art. 18 c. 2 lett. f), che prevede, tra i requisiti per l’accreditamento degli enti di formazione, la previsione e la istituzione di un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici. E’, infine, obbligatorio uno specifico aggiornamento biennale di almeno diciotto ore.

⁴⁹ Iscritti in un elenco *ad hoc*. V. P. Porreca, *Enti di formazione e formatori*, in www.judicium.it, § 1.

universitaria triennale⁵⁰. L'individuazione puntuale del percorso da svolgere per conseguire il titolo, la restrizione del novero degli enti abilitati a formare e la precisa caratterizzazione dei soggetti formatori⁵¹ gettano luce sulla *ratio* della normativa: sostituire le generiche qualifiche professionali con un *iter* di formazione specifico, modellato sulle funzioni concretamente espletate dal mediatore.

⁵⁰ In alternativa all'iscrizione ad un ordine o collegio professionale.

⁵¹ Distinti – come sono – in “docenti dei corsi teorici” e “docenti dei corsi pratici”. V. l'art. 18 c. 3 lett. a) del d.m. n. 180/2010.

3. Sull'ammissibilità di una media-conciliazione con la p.a.

Dinanzi alla novella richiamata, si potrebbero sollevare le eccezioni tradizionalmente volte a negare l'impiego dello strumento transattivo o di quello arbitrale con l'amministrazione pubblica.

La mediazione, pur divergendo dalla transazione, caratterizzata dalle reciproche concessioni delle parti e destinata a svolgersi senza l'intervento di un terzo⁵², e dall'arbitrato, strumento di eterocomposizione della lite, in cui il terzo ha il potere di emettere vere e proprie decisioni⁵³, potrebbe prestare il fianco a critiche analoghe a quelle mosse ai due istituti in questione.

Note sono le obiezioni mosse alle transazioni incidenti sui rapporti di diritto pubblico⁵⁴, essenzialmente fondate sull'irrinunciabilità dei poteri pubblici e sull'inderogabilità della normativa pubblicistica⁵⁵.

I poteri pubblici non sarebbero avvinti alle situazioni soggettive del privato da un rapporto giuridico bilaterale. La rilevanza collettiva del potere lo renderebbe indisponibile e, pertanto, non suscettibile di transazione.

Inoltre, non essendo liberi nel fine, ma, piuttosto, necessariamente ancorati al principio di legalità, i pubblici poteri non sarebbero mai rinunciabili, pena il contrasto con i principi di tassatività e tipicità discendenti dalla sottoposizione dell'amministrazione pubblica alla legge, e alla legge soltanto.

⁵² In merito, si veda F. Lancellotti, voce *Conciliazione delle parti*, cit., 398, oltre ad E. Del Prato, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

⁵³ V. C. Punzi, *Conciliazione ed arbitrato*, cit., 1030 e Id., *Mediazione e conciliazione*, cit., 848. Cfr., anche per l'ulteriore bibliografia, E. Fazzalari, voce *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 298 e C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.

⁵⁴ Per una ricostruzione delle diverse posizioni, cfr. P. Chirulli - P. Stella Richter, voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIV, cit., 868 - 869.

⁵⁵ In questo senso, si veda l'impostazione tradizionale di cui in F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1563 e A. De Valles, *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., I, 46 e ss.

Il carattere funzionale dei poteri pubblicistici renderebbe, poi, inammissibile una rinuncia alla rivedibilità dell'accordo, da parte della p.a., con gli strumenti di autotutela⁵⁶. L'assetto transattivo non sarebbe mai dotato del crisma della stabilità: in presenza di atti di esercizio di poteri pubblici, non sarebbe mai rinunciabile la facoltà dell'amministrazione di ritornare sui propri passi, in ossequio alle regole dell'autotutela decisoria⁵⁷.

Altrettanto noti sono gli argomenti impiegati per ostacolare l'ingresso, nella materia pubblicistica, dell'arbitrato, soprattutto se irrituale⁵⁸: per nulla remota è la possibilità che vengano usati anche per contrastare la nuova media-conciliazione.

La cosiddetta 'riserva di amministrazione' vieterebbe di rimettere a terzi la formazione della volontà negoziale della p.a.: soltanto a quest'ultima sarebbe consentito fissare le modalità concrete con cui perseguire l'interesse pubblico previsto dalla legge.

⁵⁶ Così, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 967.

⁵⁷ Si veda, in merito, Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365: *“in particolare si è ritenuto che debba escludersi che l'amministrazione possa rinunciare all'esercizio dei poteri di autotutela alla stessa spettanti, in relazione ai pubblici interessi implicati nel provvedimento (nella specie locazione - reclusione: concessione - di un'area pubblica); sicché tale atto di rinuncia deve considerarsi incompatibile con il carattere pubblicistico del rapporto inerente al provvedimento, che non può essere oscurato dalla semplice decisione di procedere ad una transazione; non può quindi assumere rilievo in ordine alla legittimità della rinuncia all'esercizio del potere di autotutela la manifestata disponibilità alla transazione di una controversia in via preventiva (...)”*.

⁵⁸ Come è noto, neanche sono mancate le obiezioni mosse in relazione all'arbitrato rituale, e principalmente fondate sull'art. 6 c. 2 della l. n. 21 luglio 2000, n. 205 (*“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”*) ed oggi sull'art. 12 d.lgs. n. 2 luglio 2010, n. 104 (*“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile”*). Sul tema, Di Martino, *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente alla compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 99. Sull'arbitrato irrituale nelle controversie con la p.a. e sugli ostacoli alla sua ammissibilità, v. G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989, spec. 23, Id., *L'arbitrato nella materia degli accordi amministrativi. Gli interessi pubblici a ponderazione procedimentale “rafforzata”*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, 870, L. Acquarone - C. Mignone, voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 368. Per una ricostruzione delle diverse impostazioni, cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, 74 e ss. e, più di recente, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 975-976.

Resterebbe, poi, l'impossibilità di vincolare la p.a. al rispetto di un assetto negoziale non preceduto dal necessario procedimento di evidenza pubblica, modalità con cui l'amministrazione tipicamente determina la propria volontà negoziale e il contenuto dello stipulando accordo.

Più in generale, la mediazione, come ogni forma di *alternative dispute resolution*⁵⁹, troverebbe un freno nel regime della responsabilità amministrativa⁶⁰.

La possibilità di una condanna del funzionario in sede erariale, per l'avvenuta composizione bonaria di una lite, ostacolerebbe le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, soprattutto ove il *concilium* comporti l'esborso, da parte dell'amministrazione, di una somma di denaro o la rinuncia alla sua riscossione⁶¹.

3.1 Le controversie relative ai rapporti di diritto privato.

Se quanto detto corrisponde alle eccezioni a più riprese proposte, va non solo rilevato che alle stesse si è, nel tempo, efficacemente replicato, con argomenti di tenore contrario⁶², ma, anche e soprattutto, che la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, oltre ad essere, diversamente dall'arbitrato, uno strumento di *autocomposizione* delle liti e a differire non poco dalla transazione⁶³, neppure ha la pretesa di incidere sui rapporti pubblicistici.

⁵⁹ Tra cui rientrerebbero anche la conciliazione, la transazione e i procedimenti ridotti (cd. *mini trial*). In argomento, in particolare, N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 52-54 e S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, cit., 743 e ss.

⁶⁰ Così, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 211 e G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 228.

⁶¹ In questo senso, in particolare, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 228.

⁶² Si veda, per la conciliazione relativa ai rapporti di diritto pubblico, il § successivo.

⁶³ Che ha un contenuto sovente più complesso – comportando sempre un *aliquid datum* e un *aliquid retentum* – e può essere anche mista *ex art.* 1965 c. 2 cod. civ. Nel caso della transazione, infatti, con le reciproche concessioni, le parti possono incidere anche su situazioni diverse da quelle coinvolte nella controversia, costituendo, modificando o estinguendo rapporti estranei alla pretesa e alla contestazione. Si veda, in merito, E. Del Prato, voce *Transazione*, cit., 825, che fa ricorso alla figura del negozio misto. Diversamente, E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt.*

Che la ‘nuova’ mediazione possa essere posta in essere da “*chiunque*”, nel solo ambito del diritto civile e commerciale, implica un rinvio all’attività di diritto privato dell’amministrazione pubblica. Chiara è in tal senso, la rubrica del d.lgs. n. 28/2010 e altrettanto chiaro è il tenore dell’articolo 2, c. 1, stando al quale “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale [...]*”. Così, l’articolo 5, nel codificare i casi in cui il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, elenca materie evidentemente privatistiche.

Non si può, inoltre, trascurare che, stando al richiamato articolo 2, sia dato mediare sui soli “*diritti disponibili*”⁶⁴ e che la legge delega n. 69/2009 rechi la rubrica “*disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività*

Cicu - Messineo, XXXVII, 2, Milano, 1986, 216, che inquadra la *species* nella figura del negozio complesso. Sull’istituto della transazione, con particolare riferimento a quella disciplinata nel codice dei contratti pubblici, v. il recentissimo scritto di S. Cimini, *La transazione nel Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it.

⁶⁴ Pur non essendo immediata l’esclusione degli interessi legittimi dalla locuzione “diritti disponibili”, deve ritenersi che il tentativo di mediazione operi solo in relazione ai diritti soggettivi, conformemente alla lettera e, soprattutto, alla *ratio* del d.lgs. n. 28/2010. E’ dato desumere l’interpretazione riferita anche dalla disciplina di quell’antecedente di tentativo di conciliazione previsto, prima del cd. “collegato lavoro”, nel pubblico impiego privatizzato. Sulla disponibilità dell’interesse legittimo, v. le pagine di F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, spec. 37: “(...) non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell’interesse ad ottenere la concessione edilizia (senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare) ovvero dell’interesse ad ottenere la licenza commerciale; così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad altro privato in un procedimento iniziato da quest’ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti”. Più di recente, cfr. Id., in A. Quaranta - F. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 546: “Le situazioni giuridiche coinvolte nel processo amministrativo sono indisponibili? L’interesse legittimo e, nel caso di giurisdizione esclusiva, il diritto soggettivo sono, almeno di regola, disponibili. Il potere dell’amministrazione di regola non lo è, anche se è negoziabile (si considerino, ad esempio, gli accordi, l’urbanistica trattata, e così via). Ci sono alcuni ‘indizi’ della disponibilità dell’oggetto del giudizio, anche nella disciplina sull’istruzione: in primo luogo il principio di non contestazione, in secondo luogo l’efficacia probatoria dell’atto pubblico, vera e propria prova legale, pienamente spendibile, fino a querela di falso, anche nel processo amministrativo; in terzo luogo le presunzioni legali”. Sull’indisponibilità del potere pubblico dialogante con l’interesse legittimo, G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, cit., 199, P. De Lise - B. Delfino, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2000, 2051, oltre ad A. Amorth, *Annotazioni sull’arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, IV, 2170 e ss. In argomento, si veda anche da L. Giani, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 373. Sulle più recenti evoluzioni del concetto di interesse legittimo, cfr. anche la rilevante sintesi di F. G. Scoca, *Attualità dell’interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, 379 e ss.

nonché in materia di processo civile”⁶⁵. Il nesso diritti soggettivi – giudice ordinario appare, poi, sotteso ai riferimenti, contenuti nel d.lgs. n. 28/2010, alla “prima udienza”⁶⁶ – locuzione, quest’ultima, che, nella terminologia correntemente impiegata, allude alla prima udienza di comparizione e trattazione di cui all’articolo 183 del codice del rito civile⁶⁷. Ancora più evidente è l’argomento richiamato, ove si pensi che, in materia di mediazione demandata dal giudice, l’articolo 5, c. 2, parla di “udienza di precisazione delle conclusioni”, mentre nel codice del processo amministrativo viene richiamata la sola udienza di discussione del ricorso. Peraltro, i casi di esenzione dall’obbligatorietà del tentativo di mediazione, previsti dall’articolo 5, c. 4, non avrebbero ragion d’essere nel contesto della giurisdizione amministrativa, ove non sono ipotizzabili i procedimenti per convalida di sfratto né quelli possessori, e tantomeno avrebbe senso parlare di “azione civile esercitata nel processo penale”⁶⁸.

Ciò trova conferma nei caratteri del tentativo di conciliazione previsto, per le controversie antecedenti al c.d. “collegato lavoro”⁶⁹, in materia di pubblico impiego privatizzato⁷⁰. Infatti, il d.lgs. n. 165/2001⁷¹ prevedeva, tra l’altro, l’obbligatorietà del tentativo di conciliazione per liti concernenti il pubblico impiego che, in quanto

⁶⁵ Si veda anche l’art. 44 l. n. 69/2009, che riguardando in modo specifico il processo amministrativo, dimostra che ove ha voluto, il legislatore ha detto: se avesse inteso estendere il tentativo di mediazione anche alle controversie devolute al g.a., lo avrebbe esplicitamente affermato.

⁶⁶ Art. 5 c. 1 d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁶⁷ Nella giustizia amministrativa, si parla, infatti, in termini di “udienza di discussione”. Cfr. gli artt. 71 e ss. d.lgs. n. 104/2010, cit.

⁶⁸ Art. 5 c. 4 lett. f) d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁶⁹ Cfr. l’art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183, su cui P. Sandulli - A. M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale aggiornata al “Collegato Lavoro 2010”*, Milano, 2010, *passim*.

⁷⁰ Sul tema, v. L. Giani, *La disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione nel pubblico impiego privatizzato: obbligatorietà e difficoltà applicative*, in L. Giani (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, cit., 17 e ss. e F. Politi, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e “giurisdizione condizionata” nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Giani (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, cit., 47 e ss.

⁷¹ D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

privatizzato, è stato devoluto al giudice ordinario⁷². Diversamente avveniva per i rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico⁷³, radicati nel plesso giurisdizionale del g.a., che, non essendo soggetti allo statuto privatistico, esulavano dal campo applicativo del tentativo obbligatorio di conciliazione⁷⁴.

Se il d.lgs. n. 28/2010 riguarda esclusivamente i rapporti di diritto privato tra amministrazione e amministrati e le sole situazioni soggettive su cui è dato mediare sono i “diritti disponibili”, non hanno ragion d’essere, per la media-conciliazione, le eccezioni proposte in relazione alle transazioni pubblicistiche.

Né si pongono le questioni relative all’irrinunciabilità ed indisponibilità dei poteri pubblici, né quelle basate sull’inderogabilità della normativa di diritto pubblico. Quanto a quest’ultima, dall’articolo 1, c. 1 - *bis* della l. n. 241/1990⁷⁵ si desume non solo la generale capacità negoziale della p.a., ma anche la soggezione dell’attività non autoritativa alle regole del diritto privato. Ferma restando la funzionalizzazione dell’amministrazione alla salvaguardia dell’interesse pubblico⁷⁶ e il necessario

⁷² Art. 65 del d.lgs. n. 165/2001, cit., ora abrogato.

⁷³ Cfr. l’art. 63 c. 4 d.lgs. n. 165/2001, cit., in relazione all’art. 3 dello stesso decreto.

⁷⁴ Chiara, sul punto, era la versione originaria del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ove, mentre l’articolo 68 c. 1 prevedeva “sono devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell’art. 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421”, l’articolo 69 recitava “la domanda giudiziale dinanzi al giudice ordinario relativa alle controversie di cui al comma 1 dell’art. 68 è subordinata all’esperimento di un tentativo di conciliazione su richiesta rivolta dal dipendente alla amministrazione”. Dimostra l’immanenza al sistema del principio l’art. 669- *octies* c. 4 cod. proc. civ., aggiunto dall’art. 31 c. 2 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80: “per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni”.

⁷⁵ In argomento, v., *ex multis*, A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, cit., 97 e ss.; L. Iannotta, *L’adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353; N. Paolantonio, sub art. 1 c. 1-*bis*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 77; G. Napolitano, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481; F. Trimarchi Banfi, *L’art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cds*, 2005, 947.

⁷⁶ In argomento, rinviamo all’ampia analisi di M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 80 e ss. nonché 206 e ss., oltre ai contributi raccolti in M. Immordino - A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, 1 e ss. Cfr. anche, sulla funzione amministrativa, con particolare riferimento alla d.i.a.,

rispetto, anche nell'attività amministrativa non autoritativa, dei principi *ex art. 1, c. 1, l. n. 241/1990*⁷⁷, ai rapporti contrattuali della p.a. deve applicarsi la disciplina di diritto comune. Agli argomenti fondati sulla natura dei poteri pubblicistici, deve, poi, replicarsi sulla base della *voluntas legis*, che induce a circoscrivere l'operatività del tentativo di mediazione alle sole controversie devolute alla giurisdizione ordinaria; mancando, in questa sede – dato l'orientamento fatto proprio dalla Consulta⁷⁸ e ormai codificato dall'articolo 7 cod. proc. amm.⁷⁹ – l'esercizio di poteri pubblicistici, non si pongono i problemi connessi alla loro disposizione.

Perde terreno anche l'eccezione fondata sul rischio di una condanna del funzionario per essere incorso in responsabilità amministrativa. Se già la l. n. 20/1994⁸⁰, sottraendo le scelte discrezionali al sindacato giurisdizionale di responsabilità, ha alleggerito la posizione del funzionario e la necessaria sussistenza, come minimo, di una 'colpa grave' ha concorso allo stesso scopo⁸¹, la natura obbligatoria della mediazione nelle ipotesi di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 e, comunque, la sua

W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 99 e ss., spec. 130.

⁷⁷ "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

⁷⁸ V. la sentenza C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204, ad es. in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2181, *Dir. proc. amm.*, 2004, 799 e *Foro amm. CDS*, 2004, 2475. In argomento, cfr. F. Vetrò, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali per la tutela del diritto di accesso*, in *Giustizia amministrativa*, n. 6/2005, spec. 22 e ss.

⁷⁹ Cfr. l'art. 7 c. 1 d.lgs. n. 104/2010, cit.: "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Sul concetto di potere, v., in particolare, G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; R. Lener, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, I, Milano, 1983; V. Frosini, voce *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 440; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 175 e ss.; S. Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 178 e ss.

⁸⁰ Art. 1 c. 1 l. 14 gennaio 1994, n. 20.

⁸¹ Così, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 970.

generale previsione, nella forma facoltativa, per le controversie di “chiunque” consentono di vincere la comprensibile ritrosia della p.a. a conciliare le liti⁸².

La natura generalmente facilitativa della mediazione e, comunque, anche nelle ipotesi di mediazione valutativa, il carattere mai vincolante della proposta del mediatore⁸³ permettono di vincere le obiezioni legate alla rimessione a terzi di decisioni dell'amministrazione pubblica⁸⁴.

Quanto detto trova, oggi, un'importante conferma nella circolare n. 9/2012 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha previsto l'applicabilità del d.lgs. n. 28/2010 anche alle controversie implicanti una responsabilità della p.a. per atti di natura non autoritativa. In particolare, vista la direttiva comunitaria n. 52 del 2008, che esclude dall'ambito applicativo del nostro istituto le controversie in materia fiscale, doganale e amministrativa, oltre a quelle concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri, la circolare definisce controversia quella “*crisi di cooperazione tra soggetti privati, ovvero tra privati e pubbliche amministrazioni che agiscono iure privatorum*”⁸⁵, correttamente evidenziando l'opportunità che l'amministrazione, nell'ambito della procedura di mediazione, formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura di Stato⁸⁶.

⁸² Vero è, inoltre, che ad escludere, o ad attenuare, la responsabilità dei funzionari concorre la motivazione a suffragio della scelta di conciliare, risultante dagli atti dell'evidenza pubblica interna. In questo senso, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232.

⁸³ V. l'articolo 1, c. 1, lett. b), del d.lgs. n. 28/2010, cit.

⁸⁴ Obiezioni, peraltro, tradizionalmente mosse all'arbitrato irrituale, che, a differenza della mediazione, è volto a risolvere le controversie insorte fornendo soluzioni, non autonome, ma eteronome.

⁸⁵ Circolare n. 9/2012, cit., 4.

⁸⁶ Circolare n. 9/2012, cit., 9-10: “*Nell'ambito della procedura di mediazione si evidenzia l'opportunità che l'amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia, nei casi in cui il tentativo di transazione riguardi controversie di particolare rilievo, dal punto di vista della materia che ne costituisce l'oggetto o degli effetti in termini finanziari che ne potrebbero conseguire anche in riferimento al numero di controversie ulteriori che potrebbero derivarne, analogamente a quanto previsto dall'articolo 417- bis, comma 2, del codice di procedura civile. Al di fuori dei predetti casi, l'amministrazione richiede il parere all'Avvocatura dello Stato con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato abbia proceduto ad una motivata*

Del resto, la natura amministrata della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010, che non è gestita da mediatori privati⁸⁷, ma da organismi registrati, previo vaglio accurato del Ministero della Giustizia, e il necessario possesso, da parte dei mediatori, dei requisiti di onorabilità e professionalità di cui alla novella garantiscono l'efficienza del servizio erogato, consentendo, almeno in potenza, un bilanciamento ponderato dei plurimi interessi, pubblici e privati, coinvolti nella lite deferita⁸⁸. L'iter di mediazione, che mai rimpiazzerebbe quello di evidenza pubblica interna⁸⁹, volto alla formazione della volontà negoziale della p.a., fungerebbe da valvola di arricchimento del procedimento medesimo, consentendo, mediante l'acquisizione di informazioni e dichiarazioni, la corretta individuazione dell'interesse pubblico concreto⁹⁰, insieme alla salvaguardia delle garanzie partecipative dei privati⁹¹.

valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo". La stessa circolare ha, infatti, sottolineato che l'Avvocatura di Stato, rispetto alle procedure non riconducibili alla tutela legale contenziosa in senso stretto, svolge esclusivamente la funzione consultiva di cui all'art. 13 R. D. 30 ottobre 1933, n. 1611 (v. p. 7, circolare n. 9/2012, cit.). Quanto alla rappresentanza della p.a., la stessa deve essere demandata al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero ad altro dirigente a tal fine delegato. E', comunque, fatta salva la possibilità di delegare le dette funzioni a dipendenti di qualifica non dirigenziale, "dotati di comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella a cui afferisce la controversia" (v. p. 11, circolare n. 9/2012, cit.).

⁸⁷ In senso contrario alla mediazione rimessa a mediatori privati, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 970: "certamente non occorre, come si diceva, che vi sia una legge che preveda espressamente la figura di un mediatore delle controversie dell'amministrazione. Tuttavia, considerate le interazioni col procedimento amministrativo interno, è quantomeno dubbio che l'amministrazione possa rivolgersi ad un mediatore privato".

⁸⁸ Del resto, l'obiettivo che la p.a. deve perseguire non è semplicemente la massimizzazione dell'interesse pubblico, ma la ricerca del più armonioso equilibrio tra interesse pubblico e interessi dei privati. In merito, richiamiamo F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, cit., 415 e ss., spec. 417.

⁸⁹ V. G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232-233, spec. 233: "una transazione, in altri termini, deve essere accompagnata da atti di evidenza pubblica (...). Ma si tratterà – nel rapporto tra le parti – di atti di evidenza pubblica interna, in quanto esauriscono gli effetti in quelli contrattuali. Come tali non saranno sindacabili da parte di un soggetto antagonista (ove dovessero limitare od escludere una possibile transazione), ma al più da altri soggetti, eventualmente legittimati al riguardo. Così come si tratterà di atti di formazione della volontà contrattuale, che non mutano certo la natura schiettamente privatistica della transazione stipulata in base ad essi". Cfr. anche F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 976.

⁹⁰ In argomento, si veda F. Merusi, *Conclusioni*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi in scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, 479 e ss.*

3.2 Le controversie relative ai rapporti di diritto pubblico.

Se nulla osterebbe, per le ragioni anzidette, all'applicabilità *in jure condito* della c.d. "media-conciliazione" ai rapporti di diritto privato, intercorrenti tra amministrazione e amministrati, e radicati nella giurisdizione ordinaria, problemi si pongono in relazione alle controversie devolute al giudice amministrativo.

Come si è detto, la lettera e la *ratio* del d.lgs. n. 28/2010 inducono ad escludere dal campo applicativo della novella le controversie devolute alla giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del giudice amministrativo.

Tuttavia, almeno *de jure condendo*, non mancherebbero gli argomenti favorevoli alla possibile introduzione di un tentativo di mediazione nei rapporti pubblicistici, anche in ragione della difficoltà di estendere al nuovo istituto le obiezioni tradizionalmente mosse alla transazione e all'arbitrato, strumenti, peraltro, ammessi, stando a certa impostazione, anche nella materia pubblicistica.

In particolare, sulla transazione di diritto pubblico resta di capitale importanza l'opera di Guicciardi, che, già nel 1936⁹², e nonostante le ritrosie della dottrina del tempo, diede manforte all'applicazione dell'istituto agli enti pubblici, anche nell'esercizio di attività pubblicistiche.

Stando all'impostazione dell'Autore, la transazione di diritto pubblico troverebbe fondamento e legittimazione nell'interesse pubblico concreto⁹³.

Fermo restando che inderogabilità della disciplina non significa, di per sé, intransigibilità di un rapporto, non sarebbe possibile stabilire, *a priori* ed *ex ante*, se una situazione sia suscettibile di transazione. Essendo insorto un conflitto tra

⁹¹ Contra, tuttavia, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 211, per il quale la mediazione avrebbe, quale effetto, la dequotazione del procedimento amministrativo. Sul punto, v. le condivisibili critiche di F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 978 e ss.

⁹² V. E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., 64 e ss.

⁹³ Cfr. anche le riflessioni di F. Merusi, *Conclusioni*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 479 e ss.

amministrazione e privato, e sussistendo un dubbio sull'effettiva legittimità od opportunità dell'atto emanato, non sarebbe dato sapere quale regola debba applicarsi e se la stessa sia o meno derogabile in via transattiva. Solo *a posteriori*, previa disamina delle circostanze in concreto esistenti, sarebbe possibile stabilire quali rapporti siano suscettibili di transazione e quali, invece, non possano essere transatti. Il fine concreto di evitare che, in sede giurisdizionale, venga annullato l'atto illegittimo e che all'annullamento si aggiunga il risarcimento dei danni potrebbe legittimamente indurre ad una soluzione transattiva della lite⁹⁴.

Se, poi, altra, più recente, dottrina⁹⁵, pur traendo nuovi argomenti a favore della transazione pubblicistica dall'articolo 11 della legge n. 241/1990, ha circoscritto l'ambito applicativo dell'istituto ai soli poteri discrezionali puri⁹⁶, altresì esprimendo dubbi sulla configurabilità di una transazione mista *ex art.* 1965, c. 2, cod. civ., gli ultimi studi sul tema⁹⁷ estendono la portata applicativa dell'istituto anche ai poteri caratterizzati da discrezionalità tecnica oltre che a quelli vincolati, aprendo anche alla transazione mista. La preminenza dell'interesse pubblico concreto, l'importanza della logica del "risultato" nella valutazione dell'azione amministrativa e l'alto grado di opinabilità che, nei fatti, connoterebbe la stessa attività vincolata consentirebbero il superamento dei limiti normalmente posti alla transazione pubblicistica. L'interesse pubblico concreto, in particolare fondato sulla

⁹⁴ Sul punto, più di recente, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 964.

⁹⁵ G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., spec. 244 e ss.

⁹⁶ In questo senso, oltre a G. Greco, *op. ult. cit.*, 251 e ss., S. Vinti, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, in *RTA*, 2007, 189 e ss.

⁹⁷ In particolare, F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 962 e ss. V. anche G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 e ss., che estende l'applicabilità degli accordi anche ai casi di discrezionalità tecnica e, ove ricorrano poteri vincolati, ai residui margini di discrezionalità relativi al *quomodo* e al *quando*.

necessità di evitare l'insorgere, o l'aggravarsi, di un danno⁹⁸, potrebbe, dunque, indurre l'amministrazione a comporre le controversie con i privati, giusta transazione o altre soluzioni alternative a quella giurisdizionale. L'interesse secondario finirebbe per connotare lo stesso interesse pubblico primario, rappresentando la causa concreta del potere pubblico⁹⁹.

Va, in ogni caso, sottolineato che una cosa è la transazione, altra è la mediazione.

La prima, infatti, oltre a non prevedere l'intervento di un terzo, comporta sempre un *aliquid datum* e un *aliquid retentum*; inoltre, le parti possono finanche incidere su situazioni diverse da quelle coinvolte nella controversia, costituendo, modificando o estinguendo rapporti estranei alla pretesa e alla contestazione. Peraltro, la transazione ha, come ogni contratto, "forza di legge" tra le parti, che sono, quindi, tenute all'esatto adempimento di quanto convenuto.

La mediazione, invece, è di regola volta a promuovere un accordo mediante l'ausilio di un terzo. Anche laddove quest'ultimo formuli una proposta conciliativa, il *dictum* non ha "forza di legge" tra le parti e, pertanto, non le vincola. Stando al d.lgs. n. 28/2010, neanche appaiono essenziali al modello le "reciproche

⁹⁸ Per la valorizzazione dell'interesse pubblico concreto, si potrebbero mutuare i risultati raggiunti, nel diritto civile, da giurisprudenza e dottrina in tema di causa concreta del negozio giuridico. Si veda, ad es., la nota Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, 10, I, 2799, oltre a Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. comm.*, 2011, 3, II, 561 ("in tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64 l. fall., la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'appezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del "solvens", quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o a un risparmio di spesa"). Per un primo superamento dell'identificazione tra causa e tipo normativo, v. Cass. civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 e ss. Cfr., per le prime elaborazioni della teoria, A. di Majo, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 6 e ss.; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 207 e ss.; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 247 e ss. Per i più recenti sviluppi, v. D. Carusi, *La disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno e Gabrielli*, I, *I contratti in generale a cura di E. Gabrielli*, Milano, 2006, 591 e ss.

⁹⁹ Come correttamente specifica F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., 964, che l'interesse pubblico secondario rappresenti la causa del potere allontana il rischio di illegittimità per sviamento del potere.

concessioni”¹⁰⁰; inoltre, in caso di formulazione, da parte del mediatore, di una proposta conciliativa, l’oggetto della stessa dovrebbe coincidere con quello della controversia insorta: uno strumento assimilabile alla transazione mista *ex art.* 1965, c. 2, cod. civ. non consentirebbe quella corrispondenza integrale tra proposta e sentenza su cui si basa il meccanismo, di cui all’art. 13 d.lgs. n. 28/2010, sulla condanna alle spese.

Le peculiarità della mediazione ostano alla riconducibilità della stessa alla transazione privatistica, così impedendo di estendere alla prima le critiche tradizionalmente mosse alla seconda.

Analogamente, sarebbe impropria la trasposizione *tout court*, alla nostra materia, delle eccezioni proposte all’utilizzabilità dell’arbitrato, con particolare riguardo a quello concernente i rapporti di diritto pubblico.

L’arbitrato rappresenta, infatti, uno strumento di *eterocomposizione* delle liti, presieduto da un terzo che ha non solo il potere di far convergere le contrapposte posizioni delle parti, ma anche quello di emanare una decisione vincolante.

Molto meno incisiva è la mediazione, che è tecnica di *autocomposizione* delle liti, in cui l’attività del terzo è volta a facilitare la ricerca di un accordo amichevole, promuovendo la definizione della lite insorta. Anche nell’ipotesi della mediazione c.d. valutativa, la proposta formulata non ha mai efficacia vincolante, mentre è sempre vincolante il lodo arbitrale, che, nell’ipotesi dell’arbitrato c.d. rituale, è finanche equiparato ad una vera e propria sentenza¹⁰¹.

¹⁰⁰ V., tra gli altri, F. Lancellotti, voce *Conciliazione delle parti*, cit., 398, per il quale la conciliazione – e, deve ritenersi, anche la mediazione – potrebbe consistere, a differenza della transazione, anche in una mera rinuncia ad una pretesa o in un riconoscimento unilaterale della pretesa altrui.

¹⁰¹ V. l’art. 824- *bis* cod. proc. civ. Per la detta soluzione, si confrontino, prima della novella, gli importanti studi di E. F. Ricci (tra cui, ad es., *La “funzione giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo [un grand arrêt della Corte Costituzionale]*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 e ss. e Id., *La delega sull’arbitrato*, *ivi*, 2005, 951 e ss., spec. 953 e ss.).

Non sono, peraltro, mancate, in dottrina, le voci favorevoli all'impiego dell'arbitrato, anche nelle controversie pubblicistiche.

Anzitutto, il richiamato *distinguo* tra interesse pubblico primario e secondario, nell'ottica dell' 'amministrazione di risultati'¹⁰², consentirebbe di aprire alcuni spazi all'impiego, anche nella materia in discorso, dello strumento arbitrale.

Implicando, poi, l'arbitrato la soluzione delle controversie secondo norme di diritto – come l'articolo 822 cod. proc. civ. prescrive –, neanche vi sarebbe contrasto con il principio di legalità e con la necessaria ed esclusiva valutazione dell'azione amministrativa da parte dei giudici togati¹⁰³. Gli arbitri, infatti, che sono oggi – per molti profili, anche di responsabilità¹⁰⁴ – equiparati ai giudicanti, applicano rigorosamente lo *strictum ius*, tanto quanto rigorosamente lo applicano i giudici.

Tutto ciò troverebbe ancora più ragioni a suffragio, ove si prestasse adesione alla tesi opposta, favorevole alla natura negoziale dell'arbitrato¹⁰⁵. Infatti, se si leggesse, nel *dictum* dell'arbitro, una manifestazione negoziale, rimarrebbero “fuori quadro” le norme sulla giurisdizione, anche di rango costituzionale¹⁰⁶. Se è vero che tale impostazione è destinata a perdere terreno, con riferimento all'arbitrato c.d. rituale,

¹⁰² V. M. Immordino - A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, cit., 1 e ss. e M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 80 e ss.

¹⁰³ Così, F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 98. V. anche la recente ricostruzione di G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c. e quindi astrattamente compromettibili*, in *Riv. dell'arbitrato*, n. 1/2012, 133.

¹⁰⁴ V. l'art. 813-ter cod. proc. civ., che richiama la l. 13 aprile 1988, n. 117 sulla responsabilità dei giudici.

¹⁰⁵ In questo senso, F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 99. Tuttavia, sulla funzione prevalentemente giurisdizionale dell'arbitrato irrituale, F. Bassi, *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 58 e ss.

¹⁰⁶ Richiamiamo ancora F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 99: “Se invece, come a mio parere sembra preferibile, l'arbitrato ha natura negoziale, allora non c'è dubbio che le norme sulla giurisdizione, anche di rango costituzionale, restano fuori quadro”.

alla luce del d.lgs. n. 40/2006¹⁰⁷, la stessa continua, tuttavia, ad avere ragioni d'essere in relazione all'arbitrato irrituale.

Con altra dottrina¹⁰⁸, potrebbe altresì dirsi che, anche nell'ipotesi di un arbitrato irrituale¹⁰⁹, l'interesse pubblico sarebbe garantito dall'osservanza della procedura di evidenza pubblica, funzionale alla formazione della volontà, interna alla p.a., di avviare la procedura arbitrale.

Quanto detto varrebbe, *a fortiori*, nella caso della 'nuova' mediazione, data la previsione – contenuta nell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 – per cui il verbale dell'accordo deve essere omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, previo vaglio della regolarità formale e della conformità dell'accordo all'ordine pubblico e alle norme imperative. Ogni rischio sarebbe, pertanto, doppiamente neutralizzato: a valle, dall'omologa dell'accordo eventualmente raggiunto e, a monte, dall'inderogabile evidenza pubblica.

Inoltre, stando ad altra dottrina¹¹⁰, le parti, lungi dal conferire mandato agli arbitri di esercitare una pubblica funzione in sostituzione della pubblica amministrazione, mirerebbero a conseguire una decisione eteronoma sul già avvenuto esercizio del

¹⁰⁷ D. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

¹⁰⁸ G. Greco, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 157 e ss.

¹⁰⁹ Che non, pur non essendo stato contemplato dall'art. 6 l. n. 205/2000, cit., e, oggi, dall'art. 12 d.lgs. n. 104/2010, cit., neppure sarebbe stato, dai detti disposti, escluso. In questo senso, A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato nella L. n. 205/2000*, in *Riv. arb.*, 2000, 565 e F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la p.a. e art. 6 l. n. 205 del 2000*, in *Dir. e proc. amm.*, 2006, 259. Il legislatore si sarebbe riferito al solo arbitrato rituale, in quanto era quest'ultimo, e non quello irrituale, a creare maggiori problemi, data l'equipollenza, quanto ad effetti, del lodo arbitrale rituale ad una sentenza. In questo senso, v., in particolare, D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti e recenti pronunce)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2004, 872 e ss. V. anche M. Giovannini, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 826-827. In generale, sull'arbitrato irrituale nelle controversie in cui si parte la p.a., si confrontino altresì J. Polinari, *Limiti alla compromettibilità per arbitrato irrituale delle controversie con la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 218 e F. Rolfi, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento?*, in *Corr. giur.*, n. 12/2009, 1623.

¹¹⁰ Cfr. F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, cit., spec. 653 e Id., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 73.

potere pubblicistico. Il lodo non imporrebbe mai come debba essere esercitato il potere, limitandosi, piuttosto, a dichiarare in che direzione e misura sia stato impegnato un potere già esercitato¹¹¹.

Ciò pare ancora più vero nella mediazione, che, per come concepita dal modello *ex d.lgs. n. 28/2010* – punto di riferimento, almeno di partenza, per una futura rivisitazione –, non si conclude mai con una proposta vincolante.

Più in generale, indizi a favore di una media-conciliazione nella nostra materia potrebbero discendere dall'ampio, ormai generalizzato, impiego, nell'attività amministrativa, di moduli consensuali.

Emblematico è l'articolo 11 della l. n. 241/1990, che, consentendo la stipula di accordi tra amministrazione e privati, volti a sostituire un provvedimento o a determinarne il contenuto, dà formale cittadinanza ai contratti di diritto pubblico¹¹².

Peraltro, in mancanza di un'esclusione espressa dell'accordo con valenza transattiva, non potrebbe dirsi di per sé inammissibile la specie¹¹³, ferma restando la necessaria osservanza, da parte dell'amministrazione, del regime tipico dell'esercizio del potere e, quindi, il rispetto dei vincoli di legittimità dell'atto integralmente o parzialmente sostituito¹¹⁴. Oltre agli istituti dell'urbanistica

¹¹¹ Così, F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, cit., 653.

¹¹² Sul tema, non può non rinviarsi a G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 99 e ss. Sugli accordi, v. anche M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 142, F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, W. Giulietti, *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 9/2001, 1617 e ss. e Id., *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rass. for.*, 2005, 1247.

¹¹³ Nonostante il non espresso inserimento degli accordi transattivi nella l. n. 241/1990, a differenza della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976, che consente all'autorità di stipulare un "contratto di transazione" ove, in base ad una debita valutazione discrezionale, ritenga la stipulazione opportuna allo scopo di eliminare un'incertezza esistente. V., in merito, H. Maurer, *Droit administratif allemand*, Paris, 1994, 370.

¹¹⁴ In questo senso, pur non essendovi unanimità di consensi in dottrina, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 244-250, per il quale l'interesse pubblico, lungi dall'essere un motivo o la causa dell'accordo, si

consensuale¹¹⁵, rilevano, poi, l'art. 15 della stessa l. n. 241/1990, a tenore del quale le amministrazioni possono sempre concludere tra loro accordi procedimentali volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, e l'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000, che consente la stipulazione di accordi di programma tra enti locali¹¹⁶.

Così, in materia di contratti pubblici, non solo ha trovato codificazione espressa l'accordo bonario¹¹⁷, che, pur collocandosi nella fase esecutiva degli appalti, presenta comunque un connotato pubblicistico¹¹⁸, ma anche il cd. pre-contenzioso, contemplato dall'art. 6, c. 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006¹¹⁹, che si risolve in un

atteggerebbe a causa del potere della p.a., così determinando l'obbligatoria osservanza del regime proprio di quest'ultimo. Sugli accordi transattivi, v. anche S. Giacchetti, *Gli accordi ex art. 11, l. 241/1990 fra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 519, per il quale la valenza transattiva rappresenterebbe un *quid pluris*, tale da indurre la p.a. alla conclusione dell'accordo anziché all'emanazione del provvedimento, e S. Vinti, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, cit., 189 e ss., per il quale – analogamente a G. Greco *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 251 e ss. – gli accordi ex art. 11 potrebbero applicarsi solo ai poteri discrezionali puri. Per una più lata applicazione dell'accordo in funzione transattiva, v. G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, cit., 805 e ss., che, come si è visto, apre agli accordi anche in materia di discrezionalità tecnica e, al ricorrere di poteri vincolati, ai residui margini di discrezionalità relativi al *quomodo* e al *quando*, e F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, cit., spec. 964-967, che ammette la transazione anche in relazione ai poteri vincolati, oltre ad avallare la transazione mista ex art. 1965 c. 2 cod. civ.

¹¹⁵ Che, distaccandosi dall' "amministrare classico mediante il provvedimento amministrativo" (così, P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, 74), sono tesi alla ricerca dell'accordo, nella definizione degli assetti urbanistici, tra amministrazione e amministrati. V., in particolare, i programmi di riqualificazione urbana, i programmi integrati di intervento e i contratti di quartiere. Per i singoli istituti, v. G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 295-301.

¹¹⁶ Che possono prevedere "(...) procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti".

¹¹⁷ V. l'art. 240 del d.lgs. n. 163 del 2006, il cui comma 16 prevede, peraltro, che: "possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al comma 12 e al comma 13".

¹¹⁸ E ciò è dimostrato dalla perdurante presenza del responsabile unico del procedimento. Sulla dimensione pubblicistica dell'accordo bonario, E. Sticchi Damiani, *La definizione consensuale delle riserve*, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 861. *Contra*, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 233, che riconduce l'analogo accordo ex art. 31- bis della legge quadro sui lavori pubblici al novero delle figure contrattuali di diritto privato. Sull'istituto, si rinvia anche a F. Astone, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it.

¹¹⁹ A tenore del quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266".

procedimento para-contenzioso o conciliativo, concernente la gara per la selezione della stazione appaltante, e pertanto destinato ad incidere su poteri propriamente pubblicistici¹²⁰.

Rileva al riguardo anche la tematica processuale¹²¹. Se si è data, con il codice del processo amministrativo, ampia cittadinanza al principio di non contestazione¹²², senza distinguere in ragione delle situazioni soggettive controverse, si è, prima ancora del codice, conferita all'atto pubblico l'efficacia di prova legale, con il solo limite del vittorioso esperimento di una querela di falso, e si è ammessa, anche per le materie di giurisdizione esclusiva e di legittimità, la piena operatività delle presunzioni legali, dovrebbe desumersi che l'indisponibilità è una categoria tralatizia, non di rado smentita dal dettato positivo.

Non stupisce che anche in un settore, quale è quello della giustizia sportiva, in cui il riparto di competenza tra l'Alta Corte di giustizia e il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport dipende dalla natura "disponibile" dei "diritti", non manchino gli orientamenti favorevoli alla disponibilità degli interessi legittimi¹²³.

Persino nella materia tributaria, in cui massima è l'importanza dell'interesse pubblico, non è vietato disporre delle relative obbligazioni, avendo avuto ingresso

¹²⁰ Altrettanto significativa è la già ricordata transazione prevista, in materia ambientale, dall'articolo 2 del d.l. n. 208/2008, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 13, che evidentemente incide su poteri pubblici, finanche di natura vincolata.

¹²¹ V., in particolare, la sempre lucida analisi di F. G. Scoca, A. Quaranta - F. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., 546.

¹²² V. l'art. 64 c. 2 del d.lgs. n. 104/2010. Per alcune applicazioni del principio di non contestazione al rito amministrativo, v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1578; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 febbraio 2010, n. 330; T.A.R. Lazio, sez. I- *quater*, 14 gennaio 2010, n. 245; Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2247; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5757, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²³ V. la recente decisione del T.n.a.s., 15 novembre 2011, consultabile in *www.judicium.it*. Cfr., nel senso della disponibilità degli interessi legittimi, già Tar Lazio, sez. III- *ter*, 31 maggio 2005, n. 4284, in *Foro amm. TAR*, 2005, 9, 2874, con nota di S. De Paolis: "(...) data la diversità dell'ordinamento sportivo e la sua autonomia rispetto a quello statale, non sussistono i limiti ricordati dal ricorrente per la sottoposizione ad arbitrato di controversie involgenti questioni di interesse legittimo (...)". *Contra*, tuttavia, Cons. St., sez. VI, sent. 6 febbraio 2006, n. 527, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, 521. Sul sistema di giustizia sportiva, più in generale, v. M. R. Spasiano, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 509 e ss.

più di una forma negoziale di attuazione della norma fiscale¹²⁴ e rientrando, nel concetto di ‘tributo’, numerose entrate commutative o sinallagmatiche¹²⁵.

Rilevano, in quest’ottica, non solo l’istituto dell’accertamento con adesione¹²⁶, che consente di definire le imposte dovute, così prevenendo la lite tributaria, e l’ancora più recente transazione fiscale *ex art. 182-ter* della l. fall., strumento di soluzione della crisi d’impresa, destinato ad innescarsi nel concordato preventivo o nei negoziati antecedenti un ristrutturazione *ex art. 182-bis*, ma anche e soprattutto la nuova mediazione fiscale, introdotta dal d.l. n. 98/2011¹²⁷. L’articolo 17-*bis* del decreto legislativo n. 546 del 1992¹²⁸, introducendo, per le liti non superiori a ventimila euro, un reclamo obbligatorio alla Direzione provinciale o regionale e prevedendo la possibilità del privato di formulare, nell’atto, una proposta motivata di mediazione, fornisce lo spunto per la previsione espressa e generalizzata, anche per i rapporti di diritto pubblico dell’amministrazione, di un tentativo di mediazione.

3.3 L’esempio degli ordinamenti giuridici stranieri.

¹²⁴ V., ad es., l’accertamento con adesione, la nuova transazione fiscale o la previgente transazione sui ruoli. In argomento, cfr. M. T. Moscatelli, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell’attuazione della norma tributaria*, Milano, 2007; M. Basilavecchia, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, I, 146; G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2003, 252; M. Versiglioni, *Accordo e disposizione nel diritto tributario. Contributo allo studio dell’accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, Milano, 2001; E. Marellò, *L’accertamento con adesione*, Torino, 2001, 71; M. Miccinesi, *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in M. Miccinesi (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, 22; F. Moschetti, *Le possibilità di accordo tra Amministrazione finanziaria e contribuente nell’ordinamento italiano*, in *Fisco*, 1995, 7921. Per gli ulteriori riferimenti bibliografici, ci sia consentito rinviare ad A. Giordano, *Effetti della transazione fiscale ‘fuori’ e ‘dentro’ le procedure concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2011, *passim*.

¹²⁵ Sull’estensione del concetto di tributo, v. A. D. Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 1; A. Fedele, *La tassa*, ed. provv., Siena, 1974, 27; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994, 2 e 46; E. De Mita, *Appunti di diritto tributario*, Milano, 1994, I, 3; L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, *passim*. Favorevole all’operatività del principio di non contestazione è anche la recente giurisprudenza – cfr. Cass. civ., 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Giur. it.*, 2008, 777 e Cass. civ., 18 gennaio 2006, n. 915, in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2006, 1217.

¹²⁶ V. il d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218.

¹²⁷ D. L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111. V. anche la recentissima circolare Ag. delle entrate, 19 marzo 2012, n. 9/E.

¹²⁸ D.lgs. 31 gennaio 1992, n. 546.

Esempi dell'impiego della mediazione nei rapporti tra cittadini e amministrazione pubblica discendono dagli ordinamenti stranieri, ove si riscontra un sempre maggiore *favor* per l'istituto.

L'invito, rivolto dal Consiglio d'Europa con la Raccomandazione del 5 settembre 2001, ad apprestare e potenziare modi alternativi di risoluzione delle controversie tra autorità amministrative e privati, non è rimasto inascoltato, ma ha, piuttosto, promosso, nei principali Stati membri, una cultura delle *alternative dispute resolutions* che già, prima del 2001, aveva dato i primi frutti¹²⁹.

Paradigmatico, in materia, è l'ordinamento tedesco, per il quale l'ammissibilità della mediazione nei rapporti tra privati e p.a. deve ritenersi implicita all'avallo, prestato dal medesimo ordinamento, alla transazione di diritto pubblico.

Noto è, infatti, che la legge tedesca sul procedimento amministrativo abbia espressamente codificato, nell'ambito della disciplina dei contratti di diritto pubblico, l'accordo transattivo tra p.a. e privati. Stando al par. 55 della legge citata, è ammessa la conclusione di contratti di diritto pubblico che, mediante reciproche concessioni, pongano fine ad uno stato di incertezza, purché l'autorità, dopo debita valutazione, ritenga la stipulazione a tal fine adeguata¹³⁰.

Quanto alla specifico della mediazione, non sono mancate le sue applicazioni, in particolare in ordine all'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione, oppure in presenza di concetti giuridici indeterminati.

¹²⁹ In argomento, S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004, 165 e ss. V., per un confronto tra ordinamenti, S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, *Public Law*, 2006, 320 e 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 ed inglese*, cit., 175.

¹³⁰ V. anche il par. 40 della legge sul processo amministrativo, che prevede la possibilità di deferire le cause di diritto amministrativo ad un tribunale arbitrale. Si confronti, sul tema, L. Rosemberg - K. H. Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1986, 1144 e ss.

Se lo strumento è stato, per lo più, impiegato in materia di definizione dei piani di programmazione urbanistica, oppure nelle controversie relative al risanamento dei centri storici o al diritto ambientale¹³¹, lo stesso ha trovato altresì terreno fertile con riferimento ad attività amministrative vincolate, in presenza di controversie sui presupposti del provvedimento emesso¹³².

Di momento è anche l'esperienza giuridica francese.

Argomenti a sostegno dell'impiego della mediazione discendono, indirettamente, dall'ammissibilità della transazione nelle liti "*en matière administrative*", al di fuori del circuito giudiziario e all'interno del giudizio, o, sempre più di frequente, dell'arbitrato in materia amministrativa e, direttamente, dal crescente impiego della mediazione al fini di comporre controversie tra cittadini e p.a.

Del resto, già con il *Rapport del Conseil d'Etat* del 1993, intitolato "*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*", e del quale è ampiamente tributaria la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 settembre 2001¹³³, si era data manforte alle tecniche alternative di risoluzione delle controversie.

Non stupisce che, in un contesto siffatto, il ricorso alla *médiation* abbia, nella prassi, trovato ingresso in relazione alle liti concernenti i contratti amministrativi o la responsabilità dell'amministrazione pubblica¹³⁴.

Peraltro, il *Conseil d'Etat* si è recentemente mostrato favorevole alla mediazione anche in relazione alla materia pubblicistica, ammettendo la possibilità di

¹³¹ G. Spindler, *Mediation-Alternative zur justizförmigen Streiterledigung und rechtspolitischer Handlungsbedarf*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2008, 1025.

¹³² S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, cit., 331.

¹³³ In argomento, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 193.

¹³⁴ S. Boussard, *Modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Juris Classeur Justice Administrative*, 2005, 4.

sollecitare l'amministrazione, con lo strumento in discorso, a rivedere scelte già compiute¹³⁵.

Altrettanto significativo è l'esempio dell'ordinamento inglese, ove viene particolarmente incoraggiato l'impiego delle tecniche alternative di risoluzione delle controversie e, fra queste, della mediazione.

La possibilità di avvalersi della *mediation* anche nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, già affermata da certa giurisprudenza all'avanguardia, ha trovato codificazione espressa nel *Government's Pledge* del 2001, per la promozione, presso tutti i *Government Departments* e le *Agencies* delle procedure di *alternative dispute resolution*.

Recentemente, con il *Dispute Resolution Commitment* del 2011¹³⁶, si è inteso impegnare agenzie e dipartimenti governativi all'impiego, prima di agire in giudizio, di strumenti di risoluzione alternativa delle liti¹³⁷.

Ulteriori argomenti favorevoli all'uso della mediazione nella nostra materia possono, infine, trarsi dall'ampio ricorso, da parte dei Paesi europei, alla figura dell'*Ombudsman*, originariamente sorta, secondo il modello prospettato dalla Carta Costituzionale svedese del 1809, per limitare l'assolutismo monarchico, e successivamente impiegata, in molti Stati, per interporre, tra p.a. e privati, un mediatore *sui generis*, volto a tutelare questi ultimi nelle ipotesi di cattiva amministrazione.

¹³⁵ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006, 412.

¹³⁶ <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/mediation/drc-may2011.pdf>.

¹³⁷ Così il *DRC* 2011: "*The Dispute Resolution Commitment (DRC) is aimed at encouraging the increased use of flexible, creative and constructive approaches to dispute resolution. It offers an opportunity to demonstrate a best practice approach to business and in particular to how disputes are managed and resolved. It allows governments departments and their agencies to demonstrate their commitment to resolving disputes quickly and effectively utilizing the most suitable dispute resolution mechanism*".

Quanto all'esperienza francese, il *Médiateur de la République*¹³⁸ ha il compito di ricevere i reclami dei cittadini, dialogando poi con le amministrazioni, nel tentativo di migliorare la loro condotta, in relazione ai profili invocati dai privati.

Anche nel diritto inglese, l'*Ombudsman* è figura di intermediazione tra cittadini e p.a., volta a ricevere i reclami dei privati ed indurre le amministrazioni pubbliche a rivedere i provvedimenti emessi ed, eventualmente, risarcire i danni cagionati¹³⁹.

L'impiego virtuoso dell'*Ombudsman* in numerosi Paesi stranieri e la creazione di un vero e proprio *Médiateur* europeo, volto ad effettivamente garantire privati e persone morali nelle ipotesi di cattiva amministrazione degli organi comunitari, dimostra il potenziale della procedura conciliativa, in relazione alle controversie con la p.a.

Che soltanto un soggetto terzo e neutrale possa tutelare il privato, con efficacia preventiva rispetto al contenzioso, lo dimostra l'esperienza, non altrettanto virtuosa, del nostro difensore civico¹⁴⁰. Non può, infatti, costituire un rimedio adeguato ad abusi, disfunzioni e carenze della p.a. una figura che – stando al paradigma prospettato dal d.lgs. n. 267 del 2000¹⁴¹ – è non solo sprovvista, a differenza degli

¹³⁸ Su cui v., in particolare, I. Isaac - M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2006, 118.

¹³⁹ W. Wade - C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 2000, 88.

¹⁴⁰ Su cui v., in particolare, gli studi di S. Pignataro, *La difesa civica nell'ordinamento italiano*, Padova, 2002 e G. Pastropasqua, *Il Difensore civico*, Bari, 2004. In senso critico, sull'istituto in commento, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 192, oltre a

¹⁴¹ V. l'art. 11 del d.lgs. n. 267/2000, cit.: "lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico, con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini". Si vedano altresì leggi regionali, come quelle delle regioni Veneto ed Emilia, che stanno attribuendo ai difensori civici poteri più incisivi. Cfr., in particolare, la l. reg. Veneto n. 28 del 1988, che consente al difensore civico di promuovere un'azione disciplinare nei confronti del responsabile del procedimento che ne abbia ostacolato l'intervento o che si sia reso inadempiente. Nell'ottica dell'ampliamento delle funzioni del difensore civico si colloca l'art. 25, c. 4, della l. n. 241/1990, cit., come modificato dalla l. n. 340/2000, che prevede che, in caso di diniego, espresso o tacito, dell'accesso agli atti delle amministrazioni comunali, provinciali o regionali, o di differimento dello stesso ex art. 24, comma 4, il privato, anziché ricorrere al Tar, possa, nei trenta giorni successivi al rigetto, chiedere al difensore civico che venga riesaminata la detta determinazione.

ordinamenti passati in rassegna, di carattere nazionale¹⁴², ma è altresì interna alle amministrazioni locali, rappresentandone la diretta emanazione.

La pagina, non troppo felice, del difensore civico italiano, anziché diminuire l'*appeal* di una “media-conciliazione” tra p.a. e privati, strutturata sulla base del d.lgs. n. 28/2010, ne accresce la carica suggestiva, apparendo idonea a porre rimedio ai punti deboli del difensore civico. Dare al mediatore una conformazione adeguata alle delicate funzioni che svolge e consentirgli di esercitare il proprio ruolo solo all'interno di organismi accreditati dal Ministero della giustizia significa restituire dignità, e – almeno in potenza – vitalità ad una figura preziosa, volta a promuovere, insieme al buon andamento della p.a.¹⁴³, il diritto alla difesa dei cittadini.

4. Qualche riflessione *de jure condendo*.

La previsione per cui “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*”, contenuta nell'articolo 2, c. 1, del d.lgs. n. 28/2010, il riferimento, sotteso dalla novella, al nesso diritti soggettivi - giudice ordinario¹⁴⁴, oltre all'adiacente esperienza del tentativo di conciliazione nel pubblico impiego, inducono a ritenere applicabile il d.lgs. n. 28/2010 ai rapporti della p.a. di diritto privato devoluti alla giurisdizione ordinaria¹⁴⁵.

¹⁴² Sul punto, si vedano i recenti rilievi critici di M. P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/ 2006, § 4. In particolare, in Inghilterra, l'*Ombdsman* ha carattere nazionale, mentre in Francia sub-nazionale, esistendo delegati dipartimentali dell'unico *Médiateur* nazionale.

¹⁴³ In questo senso, in particolare, M. R. Spasiano, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, cit., 262.

¹⁴⁴ V. *supra*, § 3.1, per più ampi ragguagli.

¹⁴⁵ L'esclusione della “*materia fiscale, doganale e amministrativa*” dal campo applicativo della direttiva 2008/52/CE, in tema di mediazione civile e commerciale, su cui *amplius* nel testo, non rappresenterebbe un argomento ostativo all'impiego della mediazione nei rapporti di diritto privato, riposando la *ratio* dell'esclusione nella natura, tradizionalmente ritenuta indisponibile, degli interessi

La diversità ontologica fra transazione pubblicistica e mediazione, e tra quest'ultima e lo strumento arbitrale, oltre agli argomenti – avanzati da dottrina autorevole – a favore dell'arbitrato e della transazione anche nelle materie di diritto pubblico, insieme alla codificazione espressa degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti, o all'ingresso di istituti come il pre-contenzioso negli appalti pubblici o la nuova mediazione fiscale, dimostrano la possibilità di coniare una “media-conciliazione” estesa ai rapporti di diritto pubblico¹⁴⁶.

Quanto al *quomodo*, se la necessità di fare presto e bene induce a promuovere gli strumenti conciliativi, i connotati della pubblica amministrazione, che non è parte qualsiasi, e il preminente rilievo dell'interesse pubblico impongono particolari cautele.

Nulla quaestio sul sistema degli organismi accreditati, che garantisce i controlli all'entrata e successivi, né sui caratteri della mediazione, che, anche se obbligatoria, non vulnera – secondo l'ormai consolidato orientamento della Consulta¹⁴⁷ – il

legittimi e, soprattutto, dei pubblici poteri. Quanto detto trova, oggi, conferma nella richiamata circolare Presidenza del Consiglio dei ministri, 10 agosto 2012, n. 9.

¹⁴⁶ Peraltro sollecitata dal diritto europeo (v. la Raccomandazione adottata dal Consiglio d'Europa il 5 settembre 2001).

¹⁴⁷ V., in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro, C. Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2499, *Giur. cost.*, 2000, 2148, *Corr. giur.*, 2000, 1237, *Foro it.*, 2000, I, 2752, per la quale: “ (...) in ordine al ritardo, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ritiene che l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare “interessi generali”, con le dilazioni conseguenti. E' appunto questo il caso in esame, in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo. (...) Quanto all'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione (art. 412-bis), tale sanzione, lungi dal risolversi in una questione processuale inutile, rappresenta la misura con la quale l'ordinamento assicura l'effettività all'osservanza dell'onere. Dal suo canto l'estinzione del giudizio per mancata tempestiva riassunzione (art. 412-bis, quinto comma) costituisce normale applicazione del principio generale che considera con sfavore l'inattività delle parti”. Sul carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione concernente le controversie insorte nel settore delle comunicazioni tra utenti e gestori di servizi, v. l'art. 1 c. 11 della l. 31 luglio 1997, n. 249: “l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con

diritto alla difesa, o sui poteri dei mediatori, che, soprattutto se non formulano proposte vincolanti, svolgono una funzione, facilitativa o valutativa, pienamente rispettosa della 'riserva di amministrazione'. Se particolari questioni non si pongono in relazione all'eventuale accordo amichevole, che sarebbe comunque preceduto dalla rituale evidenza pubblica interna, neanche la proposta del mediatore, destinata, secondo il 'modello' ex d.lgs. n. 28/2010, ad intervenire in mancanza di accordo, comporta incursioni indebite nella sfera di attribuzioni della p.a. E' quest'ultima che accetta, previa determinazione della volontà negoziale nelle forme dell'evidenza pubblica, e l'accordo è soggetto – sempre se si prende a riferimento il citato decreto – all'omologa del tribunale competente¹⁴⁸.

Nondimeno, soprattutto ove si intenda mantenere, anche nella delicata materia in commento, una mediazione obbligatoria, valutativa, onerosa¹⁴⁹ e, peraltro, non priva di rilevanti effetti sul giudizio a valle, appare quanto mai opportuna la

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. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione" (su cui si confronti, anche per l'ulteriore bibliografia, F. Astone - F. Saitta, *La giustizia innanzi all'Autorità garante delle comunicazioni*, in www.giustamm.it e A. Bandini, *Le Autorità indipendenti, l'arbitrato e la conciliazione: l'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni*, in *Riv. arbitrato*, 2005, 615 e ss.). In particolare, sulle liti relative all'illegittima attivazione di un servizio non richiesto dall'utente: Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2010, n. 8362, secondo la quale "*le controversie civili tra utenti e gestori di servizi di telefonia, che ai sensi dell'art. 1 11° co., l. 31.7.1997, n. 249, debbono essere precedute a pena di improponibilità dal tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio, sono non soltanto quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si contesti l'esistenza stessa di tale contratto"*. Tuttavia, sui recenti dubbi di legittimità costituzionale avanzati in relazione al carattere obbligatorio della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010, cit., v. Tar Lazio, ord. 12 aprile 2011, n. 3202, in *Giust. civ.*, 2011, 5, 1361 (s.m.), *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1926, *Foro it.*, 2011, 5, III, 274. Sui dubbi espressi in relazione alla compatibilità comunitaria della novella, cfr. Trib. Palermo, sez. distaccata di Bagheria, ord. 16 agosto 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 43. Per una nuova ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione, v. l'articolo 1, c. 40, della l. 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita: "*(...) il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (...) deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione Territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore"*.

¹⁴⁸ V. l'art. 12 d.lgs. n. 28/2010, cit.

¹⁴⁹ Cfr. l'art. 16 del d.m. n. 180/2010. In senso giustamente critico, rispetto ad una mediazione che è, ad un tempo, obbligatoria ed onerosa, v. G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010*, cit., § 3.

revisione dei requisiti funzionali all'accreditamento di organismi, mediatori ed enti di formazione.

E' difficile ritenere sufficiente, in materie a rilievo pubblicistico, e nel contesto di una mediazione 'forte', destinata ad incidere su un settore tanto ampio del contenzioso quanto quello delineato, per la sola giurisdizione esclusiva, dall'articolo 133 del d.lgs. n. 104/2010, un vaglio circoscritto ai caratteri finanziario, organizzativo e contabile degli organismi di mediazione.

Dalla normativa comunitaria¹⁵⁰ si evince un principio di necessaria proporzionalità tra natura della mediazione, poteri dei mediatori e requisiti di idoneità di questi ultimi. Non è un caso che la direttiva 2008/52 CE, istituendo una mediazione di regola facilitativa¹⁵¹, sancisca il principio di indifferenza della professione e denominazione dei mediatori e si limiti ai generali requisiti di efficacia, imparzialità e competenza¹⁵², mentre la precedente raccomandazione della Commissione Europea, n. 257 del 1998¹⁵³, delineando, per la materia del consumo, mediazioni connotate da un intervento attivo del terzo, destinato a proporre od imporre soluzioni alle parti¹⁵⁴, sottolinei *“la capacità, esperienza e la competenza”* del

¹⁵⁰ In merito, si confronti, in particolare, G. Impagnatiello, *“La mediazione finalizzata alla conciliazione” di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it, oltre a G. M. Riccio, in A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 71. In particolare, per G. Impagnatiello, *op. ult. cit.*, § 13, la normativa nostrana si avvicina più alla raccomandazione n. 98/257/CE che alla direttiva 2008/52/CE.

¹⁵¹ Si confronti l'art. 3, c. 1, lett. a) della direttiva 2008/52/CE: *“per “mediazione” si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore [...]”*.

¹⁵² V. l'art. 3 c. 1 lett. b) della direttiva 2008/52/CE: *“per mediatore si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione”*.

¹⁵³ Su cui v., in particolare, S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, cit., 750.

¹⁵⁴ V. la citata raccomandazione n. 257 del 1998 della Commissione europea (*“la presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; (...) di conseguenza non sono comprese le procedure che si limitano ad un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”*).

conciliatore “*in particolare in materia giuridica*”¹⁵⁵ e fissi un livello minimo di garanzie imprescindibili.

Ove si consenta di mediare sui rapporti intercorrenti con l'amministrazione pubblica, nel contesto di una media-conciliazione incisiva, si devono proporzionalmente modulare i criteri selettivi e l'*iter* formativo, onde evitare che l'incompetenza di chi media si traduca in una ritardata, e sostanzialmente negata, giustizia.

Ciò è dimostrato dalla normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici, che, sia in materia di accordo bonario¹⁵⁶, sia di pre-contenzioso *ex art. 6, c. 7, lett. n)*, del d.lgs. n. 163/2006¹⁵⁷, attribuisce funzioni *lato sensu* conciliative a commissioni od organi collegiali composti da soggetti qualificati, dotati di competenze tecniche ritagliate sulle peculiarità della materia del contendere.

Più in generale, lo confermano sistemi giuridici, come quelli statunitense e francese, da cui risulta che un mediatore non tecnico può ritenersi compatibile solo con una mediazione volontaria e facilitativa¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. il I principio della raccomandazione n. 257/1998: “(...) *quando la decisione è adottata individualmente, questa indipendenza è garantita in particolare attraverso le seguenti misure: - la persona designata possiede la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni (...)*”.

¹⁵⁶ Ai fini del quale è centrale il ruolo del responsabile unico del procedimento. V. l'articolo 240 c. 8 del d.lgs. n. 163/2006, cit.: “*la commissione è formata da tre componenti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, per i quali non ricorra una causa di astensione ai sensi dell'articolo 51 codice di procedura civile o una incompatibilità ai sensi dell'articolo 241, comma 6, nominati, rispettivamente, uno dal responsabile del procedimento, uno dal soggetto che ha formulato le riserve, e il terzo, di comune accordo, dai componenti già nominati, contestualmente all'accettazione congiunta del relativo incarico, entro dieci giorni dalla nomina. Il responsabile del procedimento designa il componente di propria competenza nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore o di altra pubblica amministrazione in caso di carenza dell'organico*”.

¹⁵⁷ Che è destinato a svolgersi avanti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, organo collegiale costituito da sette membri nominata con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Come precisa la seconda parte del secondo comma dell'art. 6 d.lgs. n. 163/2006, cit., “*i membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità (...)*”.

¹⁵⁸ In particolare, nel diritto statunitense, lo *Uniform Mediation Act* (su cui, in particolare, R. C. Reuben, *The sound of dust settling: a response to criticism of the UMA*, in *J. Disp. Res.*, 2003, 99 e Id., *Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice*, in *47 UCLA L. Rev.*, 2000, 949) ha inteso la mediazione come procedimento facilitativo e

Quell' "adeguata conformazione della figura del mediatore", cui si riferisce l'ordinanza che ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 28/2010¹⁵⁹, è di particolare momento nella nostra materia. Quanto ai rapporti di diritto privato, la stessa Consulta potrebbe meglio modulare i requisiti di organismi e mediatori, anche nell'ottica di una possibile applicazione della normativa ai rapporti di diritto privato della p.a. In relazione ai rapporti di diritto pubblico, spetta, invece, al legislatore conformare la figura di chi media alla complessità delle controversie da comporre, sulla scia degli ordinamenti stranieri e dell'ormai prossima giurisprudenza costituzionale.

All'attivismo del terzo mediatore deve, poi, corrispondere un adeguato assetto di garanzie a tutela delle parti – cosa che massimamente vale laddove una di esse sia pubblica.

Come discende dalla raccomandazione CE n. 257 del 1998, devono ritenersi imprescindibili la doverosità del contraddittorio, l'obbligo di motivazione delle

volontario, avanti ad un soggetto imparziale, senza richiedere l'esistenza, in capo a quest'ultimo, di particolari qualifiche (*UMA, section 9, lett. f*): "this [act] does not require that a mediator have a special qualification by background or profession"). Analogamente, per le procedure cd. *court annexed* (cfr. l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998) che si collocano tra la conciliazione giudiziale e quella stragiudiziale, integrando mediazioni al contempo processuali e stragiudiziali, le singole corti distrettuali si limitano, per lo più, a prevedere l'obbligo delle parti di considerare la possibilità di risolvere la controversia con una forma di *alternative dispute resolution*, ma non anche l'obbligo di farvi ricorso. Laddove, poi, siano state adottate forme obbligatorie di risoluzione alternativa della lite, vengono adottate misure a garanzia delle parti, quali la facoltà del litigante di dimostrare l'inidoneità della procedura a produrre benefici pari ai costi o, comunque, la sua eccessiva onerosità, e il conseguente esonero del primo dall'obbligo di partecipazione. In siffatto contesto, si giustifica la libertà delle corti distrettuali nell'individuare i soggetti preposti a mediare, scegliendo tra *magistrate judges* e professionisti del settore, anche privati. Non è un caso che, nelle ipotesi di partecipazione obbligatoria alla conciliazione, siano stati prescritti requisiti di professionalità più elevata, quali l'appartenenza al *bar of the Court* o la qualifica di membro di facoltà di una *law school* accreditata. Quanto alla Francia, sia la *conciliation*, che è rimessa alle figure istituzionali dei conciliatori di giustizia, sia la *médiation*, affidata a soggetti privati dotati di competenza tecnica, hanno carattere volontario. I requisiti di professionalità richiesti sono modulati sul carattere, più o meno istituzionale, della procedura. Mentre, infatti, i conciliatori sono scelti tra i soggetti dotati di competenza giuridica e devono sottoporsi ad un *iter* formativo specifico, con particolare riferimento alle tecniche di comunicazione e alle tematiche del conflitto (v. la *Circulaire relative aux conciliateurs de justice, DSJ 2006-16 AB1/27-07-2006*), i mediatori sono soggetti privati o enti che amministrano procedure di mediazione, sprovvisti di qualifiche professionali *ad hoc*. In particolare, con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 si limita a richiedere una qualifica in linea con la natura della lite ed una formazione ed esperienza adatta alla pratica della mediazione.

¹⁵⁹ V. Tar Lazio, ord. 12 aprile 2011, n. 3202, cit.

“decisioni”, la comunicazione per iscritto delle norme applicabili al procedimento, il diritto alla difesa tecnica, la gratuità della procedura¹⁶⁰. Poco si attaglia alla rilevanza dei pubblici poteri e alla natura delle situazioni soggettive coinvolte un *iter*, quale è quello *ex* d.lgs. n. 28/2010, in cui è ammessa anche la proposta contumaciale¹⁶¹, non è previsto l’obbligo di motivazione dei *dicta* e non appaiono sufficientemente predeterminate le regole applicabili¹⁶².

Inoltre, sempre *de jure condendo*, la preminente considerazione dell’interesse pubblico non solo imporrebbe alla p.a. di indicare le ragioni a suffragio della volontà di mediare, con riferimento alla lite insorta e all’esito probabile del giudizio¹⁶³, ma la vincolerebbe altresì, almeno per le liti di maggiore rilevanza

¹⁶⁰ Si vedano, rispettivamente, i principi: III sul contraddittorio, V sul principio di legalità, II sul principio di trasparenza, VII sul principio di rappresentanza e IV sul principio di efficacia. E’ altresì di grande importanza, in merito, la già citata raccomandazione del Consiglio d’Europa del 5 settembre 2001, su cui S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d’Europa*, cit., 769 - 771, spec. 770: “ogni ADR “amministrativa” dovrà garantire un adeguato grado di informazione delle parti, l’assoluta imparzialità ed indipendenza di chi decide e la massima trasparenza del procedimento”.

¹⁶¹ L’articolo 7, c. 2, lett. b), del d.m. n. 180/2010, cit., consente, infatti, agli organismi di mediazione di prevedere che la proposta venga formulata anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione. Per una rilevante critica alla proposta cd. contumaciale, v. M. Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1147, nt. 30.

¹⁶² Sull’importanza della trasparenza delle regole, se pur con riferimento alle conciliazioni avanti all’Autorità per l’energia e a quella per le comunicazioni, N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, cit., spec. 61: “l’attuale lacunosa disciplina contrasta con l’esigenza di certezza del diritto ed è gravemente carente sotto il profilo dei requisiti che le procedure di risoluzione delle controversie devono presentare secondo gli standards comunitari (adeguata informazione in ordine alle procedure, imparzialità ed indipendenza dei soggetti responsabili delle procedure, trasparenza delle stesse e rispetto dei diritti delle parti) (...)”.

¹⁶³ Con riferimento alla transazione, v. G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., 232: “quel che (...) appare imprescindibile è che negli atti, attraverso i quali la singola Amministrazione aderisce ad un’ipotesi transattiva, risulti adeguatamente rappresentato il quadro problematico del contenzioso in essere (o potenziale), nonché lo scenario dei rischi che esso comporta e l’adeguatezza – anche sotto un profilo di proporzionalità – della soluzione proposta o accettata (...)”. Sull’importanza della motivazione, più in generale, cfr. N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2008, 1023 e ss., nonché, sulla funzione di trasparenza e di tutela del soggetto inciso dall’attività amministrativa, cfr. G. Corso, voce *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2001, 785 ss., oltre ad A. Romano Tassone, voce *Motivazione (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, *passim*.

economica, alla previa acquisizione del parere obbligatorio del Consiglio di Stato¹⁶⁴.

Nondimeno, la riconducibilità della mediazione sotto l'egida degli articoli 24 e 111 della Costituzione induce a promuovere l'istituto in commento con misure che ne accrescano l'*appeal*¹⁶⁵. In particolare, sottrarre al sindacato erariale la condotta del funzionario¹⁶⁶ addivenuto a mediazione consentirebbe di vincere le naturali e comprensibili ritrosie dei dipendenti pubblici ad impiegare, nella nostra materia, strumenti di risoluzione alternativa delle controversie¹⁶⁷.

Così si è fatto, del resto, in materia di pubblico impiego privatizzato¹⁶⁸, ove, pur non rinunciandosi al carattere obbligatorio della conciliazione e allo svolgimento di quest'ultima, in contraddittorio, avanti ad un collegio composto dal direttore della Direzione provinciale e dai rappresentanti di lavoratore e datore di lavoro, si è espressamente previsto che il *concilium* non possa mai dare luogo a responsabilità amministrativa. Si è raggiunto, insomma, un punto di equilibrio tra incentivi alla conciliazione, garanzie processuali e salvaguardia dei particolari caratteri del datore di lavoro pubblico.

Che la lite vada scoraggiata e l'accordo favorito, promuovendo uno strumento che, come la mediazione, risolve la giustizia dalla crisi, non significa rinunciare alle garanzie del processo dovuto, né può comportare sacrifici indebiti dell'interesse pubblico. Solo nel contesto di una mediazione ben strutturata, avanti a soggetti

¹⁶⁴ Si tratterebbe, a nostro giudizio, di prevedere in via generale quanto previsto dall'articolo 14 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 sulla contabilità di Stato. Dovrebbe, poi, essere più incisivo e penetrante il controllo compiuto, in sede di omologa dell'accordo, dall'autorità giudiziaria.

¹⁶⁵ Sulla centralità degli artt. 24 e 111 Cost., ci sia consentito rinviare, per la bibliografia, ad A. Giordano, *S.c.i.a. e tutela del terzo al vaglio del nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

¹⁶⁶ Fatta eccezione per i casi di manifesta irragionevolezza o irrazionalità delle scelte.

¹⁶⁷ Si prenderebbe a modello l'art. 66 c. 8 d.lgs. n. 165/2001, cit.: "*la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, in adesione alla proposta formulata dal collegio di cui al comma 1, ovvero in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi 1, 2 e 3 del codice di procedura civile, non può dar luogo a responsabilità amministrativa*".

¹⁶⁸ V. gli ormai abrogati artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001, cit.

dotati di competenze tecniche e, possibilmente, riuniti in collegi, con misure a garanzia del pubblico interesse e strumenti a tutela del contraddittorio, è possibile portare a sintesi le ragioni contrapposte, di amministrazioni e amministrati¹⁶⁹, riscoprendo, non nei rapporti di forza, ma nel dialogo paritario, l'essenza stessa del diritto amministrativo¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Una procedura di mediazione, modellata sulla base dei richiamati principi, potrebbe altresì prospettarsi in relazione alle controversie, ad es. di natura risarcitoria, insorte tra pubbliche amministrazioni. In questo senso, A. Pera - G. M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 148.

¹⁷⁰ Sul principio di paritarietà, non può non richiamarsi F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di G. Guicciardi*, Padova, 1975, 913 e ss., oltre a Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, *passim*, e, per una riflessione all'indomani del d.lgs. n. 80/1998, Id., *Nuovi indirizzi del processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, 528. Più di recente, v. M. Clarich, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla centralità del dialogo nell'esperienza giuridica, G. Calogero, *Logo e dialogo*, Milano, 1950, nonché Id., *Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Iemolo*, IV, Milano, 1963. Cfr. anche G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 63 e F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., 149. Sulla filosofia del dialogo applicata al fenomeno giuridico, cfr. anche G. Sartor, *Dialoghi e ragionamento giuridico: diversità dei sistemi dialettici e loro giustificazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 183 e A. Gentili, *Processo civile e forme della retorica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 7.