



**GIUSTAMM**  
RIVISTA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Anno XIV, novembre 2017

## Dottrina

---

n. 11 - 2017

**Vincenzo Caputi Jambrenghi**

### **Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale**

**Sommario\*:** **1.-** *Il principio di effettività della risoluzione della controversia non può dipendere dalla concentrazione presso il giudice amministrativo di ogni forma di tutela (né basta l'“umiltà” del giudice).* **2.-** *Se sia utile la giustizia non togata per la deflazione e (almeno) per le questioni scientifiche controverse e le nuove prospettive di sviluppo di scienza e tecnica.* **3.-** *Profili – solo profili – di giustizia sostanziale.* **4.-** *L'arbitrato: ma la clausola compromissoria è un preliminare di accordo ex art. 11?* **5.-** *Il regolamento del ministro della Giustizia 14 febbraio 2017.* **6.-** *Mediazioni, funzioni amministrative giustiziali, processuali; decisioni amministrative, adjudication, mediazioni arbitrali, conciliazioni previste dal regolamento 2017.* **7.-** *Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale nel nuovo codice dei contratti pubblici.* **8.-** *La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle: l'introduzione del médiateur nella giustizia amministrativa francese.* **9.-** *Considerazioni dopo la loi.* **10.-** *Il problema dell'indisponibilità dell'interesse.* **11.-** *Spunti conclusivi (riflessioni sull'amministrazione per consenso).*

**1.** Tra i temi della giustizia amministrativa dei quali si parla spesso nei convegni, ma quasi sempre nella certezza che non avranno sviluppi in diritto positivo (fase preliminare del giudizio, giudice istruttore, giudice monocratico, per alcune materie, funzione giustiziale dei ricorsi amministrativi non gerarchici) non può non esser annoverato quello concernente l'introduzione nel processo attualmente ordinato dal d.lgs. 21 luglio 2010, n 104, s.m.i. in vigore dal 16 settembre 2010, di casi e questioni da devolvere, per ragioni e nelle circostanze da precisare, a camere di mediazione, conciliazione, arbitrali, o ad organismi di risoluzione alternativa delle controversie, le ormai note adr.

Lo scopo principale e può dirsi generale di siffatta evidenziazione di un tema di riforma della giustizia amministrativa in Italia, oggi ancora “difficile”, è nella realizzazione della “tutela piena

ed effettiva" secondo due fonti normative: i "principi della Costituzione" ed "il diritto europeo". Con questa dichiarazione "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva" esordisce – *jus quod utimur* – il codice del 2010 all'art. 1 che reca in rubrica "Effettività".

L'effettività, come principio, la si trova in modo più specifico tra le formule normative contenute nell'art. 7, rubricato *Giurisdizione amministrativa*, come l'intero capo III del libro primo – disposizioni generali, titolo primo: principi e organi.

Il principio di effettività è, dunque, "realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi".

E' facile, dunque, convenire con la prima di queste riflessioni, che risulta dedicata alla (estrema) difficoltà dell'ingresso nel codice del processo amministrativo di mediazioni, arbitrati, fasi e/o organi di conciliazione e *alternative dispute resolution*: se è nella concentrazione presso il giudice amministrativo la garanzia della tutela degli interessi legittimi e quando il legislatore lo prevede con il dovuto senso del sistema, dei diritti soggettivi, è evidente che una proposta di introduzione di strumenti di giustizia amministrativa alternativi contrasterebbe frontalmente la concentrazione, con le conseguenze paventate dal combinato disposto dell'art. 1 e dell'art.7, co. 7 del c.p.a., di disperdere il bene della vita di una giustizia amministrativa effettiva.

Voluta o no, la condanna degli strumenti alternativi rispetto al complesso TAR-Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana, discende, dunque, direttamente dal valore dell'effettività della tutela che nel codice viene ricollegato unicamente alla giustizia amministrativa togata.

Compito di questo contributo è perciò, oltre all'aggiornamento sul pensiero della dottrina e sulla legislazione – almeno di quella collaterale – rispetto al codice del processo amministrativo, quello di offrire uno spunto di riflessione sulla natura di una iniziativa riformatrice ormai in molti ambienti e per molte ragioni auspicata, che nulla ha di politico, al contrario della maggior parte delle riforme della giustizia amministrativa sinora avvicendatesi che – nella stragrande maggioranza dei casi – hanno dovuto atteggiarsi come sistema di esercizio di funzione primaria da armonizzare con il potere e le prerogative dell'esecutivo, da una parte, e dall'altra come regolazione di un servizio sempre più necessario alla società postindustriale dei conflitti con le pubbliche Amministrazioni – le pubbliche burocrazie, anzitutto.

Chi voglia seguire l'*iter* delle riforme della giustizia amministrativa cui accenniamo e spendere riflessioni sulla loro motivazione politica potrà leggere una ancor recente sintesi delle trasformazioni della giustizia amministrativa e prendere posizione sulle prospettive ivi delineate.[1]

Merita, tuttavia, di essere rimarcato, qualunque sia la conclusione dell'analisi prospettata, il *caveat* espresso dall'A, con estrema prudenza "Dobbiamo solo evitare il rischio che dallo Stato di diritto (*Rechtsstaat*) si passi allo Stato dei giudici (*Richterstaat*): e ciò richiede in primo luogo un atteggiamento "responsabile" da parte di un giudice che faccia dell' "umiltà", secondo il monito di Calamandrei, la virtù "correttiva" e compensativa del potere a lui attribuito". Può forse dirsi che il costume dell'umiltà del giudice non sia sufficiente a razionalizzare l'organizzazione di un potere neutrale che ha per oggetto la decisione di tutti i ricorsi contro

provvedimenti o comportamenti dell'Amministrazione; tuttavia esso predispone alle necessarie assunzioni di consapevolezza e di responsabilità se il numero dei ricorsi si incrementa anno dopo anno senza possibilità di analogo incremento del corrispondente numero di sentenze.

**2.** Da questa professione di fede verso la necessaria correzione-*balance* di un vero e proprio potere sconfinato – che inutilmente qualche giurista continua a definire, con l'ottimismo della ragione, inoltre facendo riferimento alla *maggioranza silenziosa* che caratterizza tuttora la magistratura italiana, funzione giurisdizionale –, dalla circostanza, in particolare, secondo la quale non pochi magistrati preferiscono esprimersi nei limiti richiesti dalle regole di legge all'interno di una determinata specie di processo, soltanto dopo aver ricercato o diretto la ricerca delle prove nel rispetto sostanziale delle regole del contraddittorio e soltanto dopo aver maturato un intimo convincimento emanano la sentenza con la motivazione più esaustiva e sintetica nello stesso momento, può prendere le mosse una riflessione che una volta di più ha ad oggetto le figure giustiziali alternative, più spesso cooperanti, rispetto ad una magistratura afflitta in ogni ordine, grado e specialità da un eccesso di domanda di giustizia che non può non influire negativamente sui risultati concreti che la giustizia come organizzazione è in grado di dare nel nostro ordinamento e nella realtà sociale che dovrebbe esprimerlo e "aggiornarlo".

In altri termini, il tema delle istanze alternative-collaborative rispetto al processo giurisdizionale può essere affrontato utilmente (e non v'è dubbio che un'utilità sarebbe preziosa in termini di riduzione drastica dei tempi della giustizia) da quei protagonisti del processo togato, giudici e avvocati, che non coltivano aspirazione diversa da quella di dare giustizia e, rispettivamente, di dare difesa che possa in ogni stato e grado del giudizio servire al cittadino.

Se, viceversa, dovessimo invitare a partecipare costruttivamente e, s'intende bene, criticamente attori della giustizia legati ad altre, comunque diverse, finalità come quella di giudicare in quanto potere-dovere senza giustificazione e di dover tendere, in ogni caso, alle utilità derivanti dal suo esercizio nella convinzione che il giusto processo di cui all'art. 111 Cost. sia realizzabile soltanto dal giudice togato e dall'avvocato che restino legati esclusivamente alle liturgie codificate, dovremmo affrontare in una fase preliminare della ricerca l'ostacolo derivante dal convincimento (nutrito dalla maggioranza dei protagonisti della giustizia) di non poter fare affidamento – per ottenere la tutela necessaria – su strutture giustiziali non togate. Ma in questo caso si dovrebbe concentrare l'attenzione in particolare sul punto che nella prospettiva qui proposta non rileva il valutare se sia preferibile la giustizia togata o quella giustiziale: si tratta, in realtà, soltanto di entrare, come suol dirsi, nell'ordine di idee dell'utilità, e per ottenere la deflazione in generale della massa di domanda di giustizia, e con riferimento particolare a quelle sempre più legate ad aspetti scientifici che presentano questioni tuttora controverse, non esaudite – in realtà – per l'estrema difficoltà nella quale talora i giuristi s'imbattono nell'avvicinare sulla stessa linea culturale che è loro propria le questioni – sempre più in incremento – scientificamente controverse e quella che evidenzia una base in punto di fatto di incerta o troppo complessa, dunque spesso assai opinabile, individuazione.

**3.** A ben guardare, l'impatto della *regula juris* con le cd. scienze esatte ha sempre messo in luce difficoltà di compresenza che possono definirsi ontologiche.

Anche durante la stagione ottocentesca delle codificazioni, la progressiva dilatazione dell'economia industriale in tutto l'occidente ha provocato una rapida obsolescenza delle normazioni positive, soprattutto con riferimento ai rapporti contrattuali, assai diversi essendo quelli connessi a processi industriali rispetto a quelli commerciali e agricoli, oggetto quasi esclusivo delle precedenti regole, di esordio in epoca moderna dell'intervento normativo dello Stato nell'economia.

Per quanto concerne il diritto amministrativo, la nostra legge sul procedimento 1990, n. 241 s.m.i. non va oltre la distinzione tra attività consultiva (art. 16) e valutazioni tecniche (art. 17): e addirittura, nel caso in cui queste ultime siano di competenza di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute, l'assenza del contributo tecnico-valutativo blocca il procedimento (fatte salve le implicazioni della nuova disciplina della conferenza di servizi).

Sul piano del processo amministrativo si registra la previsione dell'ammissibilità di un intervento del consulente tecnico nominato dal TAR o dal Consiglio di Stato, sin dalla legge n. 205 del 2000.

Senonchè, prescindendo dalla scarsa applicazione che, nella prassi, ha ottenuto l'istituto, è emersa almeno la dimostrazione della consapevolezza, nel legislatore, dell'inarrestabile intensità di uno sviluppo della scienza applicata, sempre più esteso, ormai globalizzato, come nei settori del *food*, della produzione dell'industria farmaceutica, della medicina, della meccanica generale, dei nuovi tipi di colture agricole, dei diversi mezzi di trasporto pubblico, delle varie regolazioni chimiche, dell'energia e delle sue fonti, dei nuovi traguardi e nuovi diritti industriali, degli interessi proprietari ormai diversi da quelli più tradizionali, ecc. La risposta in sede giurisdizionale alle questioni proprie dei rapporti giuridici in questi numerosissimi – quanto "pesanti" – settori non può limitarsi alla nomina del c.t.u. (che rischia di decidere in solitudine la causa, come avviene spesso nel processo civile), trasformandosi da ausiliare, mediante consulenza, in sostituto del giudice almeno per tutte le questioni scientifiche controverse.

Come è accaduto nel giudizio amministrativo olandese, tedesco e francese, la base comune della giurisdizione generale di legittimità si è arricchita con meccanismi giustiziali che – nella fase preliminare del processo o prima che questo sia incardinato – entrano più agevolmente – devono farlo – nel merito delle questioni scientificamente controverse nella veste di camere di mediazione, conciliazione, arbitrali e di organismi di risoluzione alternativa delle controversie.

Nel nostro ordinamento, peraltro, si registra, almeno a livello di diritto positivo, un *novum* non trascurabile. Si tratta di un regolamento del ministro della Giustizia (14.2.17, n. 34, in g.u. n. 70 del 24.3.17) che sembra essere passato sotto silenzio. In attuazione della legge professionale forense, in esso si prevede l'istituzione – non obbligatoria – presso i Consigli dell'Ordine, di Camere di conciliazione, arbitrali ed anche di adr che espressamente possono decidere – come vedremo – controversie in materia di diritto amministrativo.

Tutti gli avvocati iscritti all'Ordine sono qualificati come potenziali arbitri.

Sta al legislatore del processo amministrativo inserire queste figure, in quello francese riassunte nella figura del *médiateur* dal novembre 2016, almeno in tutte le controversie che

necessitano di una valutazione neutrale su aspetti tecnico-scientifici la cui cognizione diretta non può esigersi compiutamente dal giudice amministrativo.

Tanto l'effetto deflattivo quanto un significativo avvicinamento all'obiettivo della giustizia sostanziale derivano dalla prospettata innovazione degli aspetti decisori e istruttori del diritto amministrativo.

**4.** A differenza dell'ordinamento della giustizia francese che con la recente l. 2016-1547 del 18 novembre 2016, titolo secondo, ha visto l'introduzione nel codice di giustizia amministrativa delle modifiche necessarie per un inserimento su ampia scala della mediazione nelle controversie comunque partecipate da un organo o un soggetto amministrativo (in consonanza con la principale caratteristica del processo amministrativo d'oltralpe che – come è noto – è dotato di un *juge de l'administration*, anziché *administratif*)[2], nel c.p.a. non v'è alcun cenno alla funzione di mediazione, né se ne incontra la presenza in precedenti normazioni sul giudizio amministrativo.

Quanto all'arbitrato, dell'istituto si occupa esclusivamente la norma di cui all'art. 112, comma secondo, lett. e) del c.p.a. dove l'azione di ottemperanza viene estesa all'attuazione dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica Amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato arbitrale. Tuttavia, se non nel codice, nella legge n. 205 del 2000, all'art. 6 è esplicita la previsione che tutte le controversie in materia di diritti soggettivi nelle quali sia coinvolta una pubblica Amministrazione – dunque tutte le fattispecie della giurisdizione esclusiva – sono compromettibili in arbitri.

Anzi, deve dirsi che la dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo disputato su posizioni opposte in ordine alla natura interpretativa della disposizione di legge sopravvenuta al momento dell'avvio del nuovo millennio o, viceversa, innovativa, avente pertanto effetto di rimozione di un precedente divieto[3]. Con la conseguenza inevitabile di considerare legittime ed efficaci anche clausole compromissorie contenute in documenti contrattuali – ad es. disciplinari di appalto, o capitolato d'onere di concessione di bene o di servizio pubblico – formati antecedentemente all'entrata in vigore della l. 205/2000; o, viceversa, nulle, in quanto non sorrette da alcuna norma di legge, pertanto rientranti nel perimetro dell'indisponibilità da parte di organi amministrativi dell'interesse pubblico da essi perseguito. E' prevalsa la seconda tesi, data l'assenza di qualsiasi cenno ad effetti retroattivi nella formulazione dell'art. 6 della *novella* del 2000: ma permane, nella questione ancora aperta, il dissenso di larga parte della dottrina che, fondando anche sui lavori parlamentari, collega alla sola presenza di diritti soggettivi la compromettibilità in arbitrato di ogni controversia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[4].

Sul rapporto tra clausola arbitrale prevista dall'Amministrazione in un disciplinare contrattuale e la proposta di accordo ex art. 11, l. 241/1990 s.m.i. non sembra si sia approfondito l'aspetto che consentirebbe di riproporre a pieno titolo un arbitrato quale mezzo di risoluzione ordinaria delle controversie in materia di contratti pubblici, avente origine in una clausola contrattuale voluta dall'Amministrazione.

Ben s'intende con regole precise che escludono, da una parte, le prassi delle maggioranze sempre favorevoli all'istante privato, applicando la speciale disciplina di cui agli artt. 209 e 210 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, con il suo correttivo 55/2017, e, dall'altra,

escludono l'applicabilità della norma sul recesso unilaterale dell'Amministrazione dall'accordo di cui al co. 4 dell'art. 11 (nella specie, l'accordo sull'esperibilità dell'arbitrato, dopo l'ultima autorizzazione oggi richiesta).

**5.** Sta di fatto che il Ministro della giustizia, in attuazione della legge 31 dicembre 2012, n. 247, artt. 1, co.3 e 29, co. 1, lett. n), di riforma della risalente legge professionale degli avvocati, ha emanato il 14 febbraio 2017 un "regolamento" (in g.u. 24 marzo 2017 n. 70, (all. 1), disciplinato come fonte di diritto dalla l. 23 agosto 1988, n 400, art. 17, co. 3, dopo aver ottenuto i pareri del 22 aprile 2016 del CNF, del 30 agosto 2016 del Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli atti normativi, infine l'assenso politico delle Commissioni parlamentari.

Il regolamento anzitutto ha per oggetto e finalità - come prevede l'art. 1 - la disciplina della costituzione di camere arbitrali e di conciliazione, nonché degli organismi di risoluzione alternativa *"delle controversie di cui all'art. 29, co. 1, lett. n) della l. 31.12.2012, n. 247"*.<sup>[5]</sup>

È ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati che è attribuita la facoltà (*"possono, anche d'intesa con altri ordini appartenenti allo stesso distretto"*) (art.3) di costituire camere arbitrali e di conciliazione *"per l'amministrazione delle procedure arbitrali di conciliazione e di altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie"*.

La Camera, dotata di autonomia anche "economica", opera *"presso la sede del COA ove è istituita"* e si avvale del suo personale: i componenti il Consiglio direttivo sono nominati nella misura varia di tre, cinque, sette a seconda che il numero degli avvocati iscritti all'Ordine -200, 1.000,5.000- dal COA tra i soggetti dotati di particolari requisiti.

Il Consiglio direttivo elegge liberamente un presidente e tiene l'elenco degli arbitri e dei conciliatori, elenco che si forma a domanda documentata degli avvocati aspiranti. È il Consiglio direttivo che designa l'arbitro o il conciliatore secondo una rotazione, ma anche le parti possono direttamente attingere all'elenco, scegliendo di comune accordo un presidente del Collegio arbitrale.

Le aree di competenza professionale - tema fondamentale - sono sei, elencate nella Tabella A allegata al regolamento, con precedenza per le fattispecie privatistiche, ma anche comprendendo, in terza posizione, il diritto finanziario e, in quinta, il diritto amministrativo. Deve dedursi dalla laconicità delle norme regolamentari in esame che il contenuto della funzione degli arbitri o conciliatori emergerà dallo stesso Statuto, così come le modalità dell'azione arbitrale o conciliativa, le sue forme e la sua conclusione in vista dell'estinzione del contenzioso e della prevenzione di quello giurisdizionale; lo Statuto deve infatti contenere: " a) la denominazione della struttura; b) lo scopo; c) la sede; d) i criteri per l'adozione del regolamento recante le norme relative al funzionamento della camera arbitrale e di conciliazione e ai relativi costi".

E' evidente che la fonte del regolamento delegato è ammessa dall'ordinamento anche per questo genere di attività, ma non può ritenersi che ogni COA approvi uno Statuto della "sua" Camera significativamente diverso da quello di altri, visto che sono in gioco diritti soggettivi ed interessi legittimi.

E' altresì da ritenere che quest'iniziativa rappresenta forse la rottura del ghiaccio che sinora ha tenuto lontana tutta la giustizialità dagli affari contenziosi amministrativi, più in generale dai rapporti tra amministrazione e cittadino connotati dalla presenza del potere: ma essa -

come vedremo - dovrà esser seguita da altra normazione sulle funzioni giustiziali delle nuove figure e sugli aspetti procedurali, anche con riferimento all' uniformità, almeno sostanziale, ed alle difformità dei vari processi.

**6.** Ma prima di soffermarsi su alcuni dei principali lineamenti della legge francese del 18 novembre 2016, n. 2016-1547 è opportuna una ricognizione *summatim* del nostro ordinamento alla ricerca di casi di mediazione arbitrali oltre quelli previsti da norme di diritto di procedura civile che dal d.lgs. 2010 n. 28, s.m.i. ricevono modifiche frequenti che consistono nell'incremento progressivo dell'obbligatorietà - a pena di inammissibilità della *vocatio in jus* - del procedimento di conciliazione-mediazione preventivo.

(a) Vi è anzitutto da considerare il progressivo affermarsi della mediazione nel processo tributario che si svolge, su ricorso del contribuente dinanzi alle Commissioni provinciali e regionali. Sulla stessa linea dell'istituzione del Garante del contribuente, il Parlamento, con l. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 17 *bis*, ha introdotto la mediazione in questi giudizi. Ripreso il tema nel 2013, con la legge 27 dicembre, n. 147, soltanto dopo la sentenza della Consulta 16 aprile 2014, n. 98 - favorevole alla legittimità costituzionale dell'istituto - il legislatore ha ritenuto di poter compiere un ulteriore avanzamento nella materia, pervenendo all'affermazione dell'obbligatorietà della mediazione nel processo tributario per le controversie dal valore non superiore ad euro 20.000= (cfr. d.lgs. n. 156 del 2015) a partire dal 1<sup>a</sup> gennaio 2016. Con successiva ordinanza 15 febbraio, n. 38 la Corte costituzionale ha confermato la conformità dell'istituto della mediazione nel processo alla Costituzione[6] .

Non può trascurarsi che la c.d. mediazione nel processo tributario si risolve generalmente in una obbligatoria revisione degli elementi costitutivi dell'iniziativa sanzionatoria assunta dall'ufficio fiscale competente nei confronti di un contribuente. Se la c.d. mediazione - cioè la revisione suddetta - è richiesta dal contribuente quale atto preliminare nel contraddittorio processuale, l'ufficio dovrà tornare con nuova istruttoria sull'oggetto dell'istanza privata, pervenendo o alla conferma del precedente assunto o alla sua modifica, o al ritiro della pretesa fiscale risultata erronea-illegittima in sede di revisione obbligatoria (c.d. mediazione). Nel panorama degli strumenti di giustizia alternativi a quella ordinaria la c.d. mediazione tributaria, dunque, rappresenta forse un primo tentativo, in teoria di notevole rilievo, di migliorare il rapporto tra Stato e cittadino: senonchè non possono riconoscersi in essa quegli elementi di terzietà, neutralità, ecc., che sono propri della risoluzione di controversie per mezzo della mediazione, facoltativa o obbligatoria.

(b) Gli Uffici elettorali e l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione costituiscono due esempi di organismi pubblici assimilabili alla volontaria giurisdizione almeno con riferimento all'Ufficio del referendum e che dirimono fuori della giurisdizione ordinaria controversie di particolare e profondo valore sociale. Sono, infatti, coinvolti nelle rispettive pronunce, sempre precedute da difese scritte di portatori di interessi, anzitutto politici e di cittadini, interessi costantemente generali, come quelli dell'ammissione di tutte le liste di candidati - che dev'essere la regola, l'esclusione dovendo essere relegata nella zona dell'eccezione, dovuta a gravi e chiari difetti e violazione di legge - nella formazione delle liste elettorali o nell'enunciazione dei quesiti referendari ritenuti ammissibili tra quelli posti dai cittadini richiedenti la consultazione popolare.

(c) Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, composto da settantasei membri,

trentanove dei quali privi di qualsiasi legame funzionale o burocratico con organi di governo, destinatari di una messe notevole di funzioni tra le quali l'espressione delle valutazioni tecniche nei confronti di progetti di opere pubbliche provenienti da diverse amministrazioni, anche decentrate, dello Stato, degli enti territoriali, di qualsiasi ente pubblico la richieda o la *debba* richiedere). Il confronto tra le esigenze dell'organo che sottopone la sua progettazione al Consiglio superiore e quelle, sempre prevalenti, di giustizia nelle scelte concernenti le opere pubbliche, che devono essere anzitutto fedeli alle regole della migliore tecnica e tecnologicamente aggiornate, è spesso risolto con il ricorso ad un contraddittorio assai utile tra periferia, anche statale, e centro: come sempre, la decisione amministrativa, massime se intrisa della c.d. discrezionalità tecnica deve scaturire da un equilibrato, se pur non sempre sufficientemente ampio, contraddittorio che garantisce l'intrinseco valore giustiziale della conclusione attinta al termine di un confronto tra esigenze sociali e finanziarie espresse nel primo progetto e quelle tecniche e della sicurezza che connotano la competenza "superiore" del Consiglio.

(d) Di particolare interesse è la funzione giustiziale affidata dall'ordinamento ad alcune autorità amministrative indipendenti. Si fa succinto riferimento al potere dell'Agicom di sanzionare con multe, previo contraddittorio, le violazioni di legge e di regole tecniche realizzate da soggetti attuatori di comunicazioni, come gestori di imprese televisive, telefoniche dei diversi tipi, postali, ecc.; o come l'Antitrust che irroga sanzioni economiche di valore equivalente a quello della locupletazione indebitamente conseguita nei confronti di società e operatori economici in generale responsabili di un abuso di mercato realizzato anzitutto mediante un *trust*, con conseguente falsificazione del mercato, e mediante abuso di posizione dominante, monopolio innaturale ottenuto e mantenuto del tutto al di fuori delle regole della concorrenza che l'Antitrust deve applicare.

(e) Una prospettazione teorica assai nota vede nella Costituzione (artt. 113, 103, 97, 2<sup>co.</sup>) la fonte di un regime di indipendenza dal potere politico dei funzionari, anzitutto dei dirigenti, pubblici, sì che essi possano svolgere la funzione di garanzia e difesa dei diritti sociali, come, del resto, di quelle individuali, almeno negli spazi non coperti da riserva, originaria o sopravvenuta, in favore della sfera politica, ed anche quando questa si estende troppo, come in democrazia non è consentito.

Certo non sbaglia la dottrina dominante nel ritenere che il traguardo dell'evoluzione dello Stato contemporaneo possa identificarsi in un'amministrazione concepita pacificamente come un "corpo di legisti, ossia personale applicato a conoscere le leggi" una volta che la discrezionalità amministrativa sia stata sostanzialmente ricondotta nelle categorie dell'interpretazione giuridica.... "giudice e funzionario amministrativo risultano, così, fortemente apparentati"[Z]

Ma è altrettanto certo che un traguardo come questo non si trova dietro l'angolo soprattutto nel nostro sistema politico, caratterizzato da forti oscillazioni, ma sempre pronto ad accumulare potere in mano al Governo ed ai singoli ministri, senza neanche ipotizzare seriamente che un corpo amministrativo burocratico possa assumere o portare avanti iniziative eterodosse nei confronti di un potere politico che sempre più latamente tende a legittimare categoria per categoria i pubblici dipendenti con il metodo dell'affiliazione ideologica in cambio dell'avanzamento nella carriera (ad esempio, trasformando spesso il contratto sulle *performances* dei funzionari in una verifica di affiliazione almeno sostanziale al

partito di governo). Ma dalla normativa – va riconosciuto – coraggiosa, sulla competenza dei dirigenti per tutti gli atti di gestione dell'interesse pubblico potrebbe scaturire, in un tempo non lontano, una visione del pubblico funzionario che – indubbiamente avendo ottenuto il giusto spazio di attività nell'organizzazione – ne ponga in chiara luce una funzione garantista, finalmente esercitata non *contro* ma con il potere pubblico, trasformandolo, dunque, in vera e propria funzione amministrativa. Quest'ultima è sempre meritevole di essere esercitata in favore dell'interesse comune che l'intero gruppo di cittadini con le loro diverse attività esprime volta a volta, a fruire di prestazioni amministrative idonee a garantire il loro benessere[8] senza esorbitare da competenze e attribuzioni affermate nell'ordinamento e rispettate, per fondare sempre più fermamente le garanzie di legittimità-efficacia e di opportunità-proporzionalità.

(f) Di interesse sono anche le funzioni delle Commissioni giudicatrici di concorsi nel pubblico impiego e nelle gare ad evidenza pubblica: che *l'adjudication* debba rappresentare una determinazione amministrativa proporzionata dell'interesse privato ad ottenere dall'autorità un vantaggio anzitutto economico (contratto di lavoro pubblico o contratto d'appalto) con quello pubblico della scelta del miglior candidato o della migliore offerta non è deducibile in dubbio. Che si tratti di un Collegio la cui *mission* non è abbastanza lontana da quella di una a.d.r. è altrettanto plausibile: infatti, l'indipendenza dell'interesse privato è totale, quella dell'apparato pubblico totale dovrebbe essere come dimostra la finalità in forza della quale queste due categorie di collegi amministrativi vengono previste e, all'occasione, istituite quali organi straordinari e temporanei delle amministrazioni in favore delle quali essi devono ricercare la migliore scelta nell'interesse pubblico più conveniente; e questo fine non si raggiunge se, patologicamente, la Commissione non riesca ad esprimere più che indipendenza, *neutralità*, come è stato osservato di recente[9], nel senso di atteggiarsi in una condizione di piena indifferenza in ordine all'esito, all'effetto economico-sociale del procedimento di sua competenza.

(g) Diversamente, tutte le figure dell'amministrazione dell'economia e della finanza, come l'arbitro finanziario recentemente istituito presso la Consob, il Corecom, collegio regionale di mediazione per le telecomunicazioni tra cittadini e compagnie telefoniche, l'esperto indipendente della Banca d'Italia nella valutazione dei beni immobili per le contrattazioni di enti pubblici, i vari garanti bancari e l'intera rete delle garanzie per i consumatori o gli utenti delusi dal prodotto acquistato, o impediti nella fruizione del servizio garantito da un contratto o da una norma di legge o regolamento quanto ad un determinato servizio pubblico[10], costituiscono figure di notevole interesse per chi voglia approfondire il funzionamento degli organi collegiali che dirimono controversie.

Assai spesso, si esclude la necessità del ricorso al giudice ordinario, per le questioni insorte in rapporti economici di tipo paritario e regolato da norme di diritto privato senza dubbio sufficienti a modellare e offrire una giustizia "privata" che non sembra incontrare, almeno nella generalità dei casi, critiche di inefficienza o di parzialità, anzi gode di un *favor* che cittadini ed imprese, non tenuti, per giunta, a ricorrere ad avvocati, sono disposti ad accordare al Collegio di garanzia, senza ulteriormente dover agire con un'iniziativa giudiziaria dal peso e dal tempo quasi sempre sostanzialmente insopportabili[11].

(h) Dopo il loro riordinamento, ai sensi della l.r. 28 dicembre 1993, n. 580 le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura sono state destinatarie di compiti

organizzativi di conciliazioni tra le parti in conflitto mediante tre leggi ulteriori<sup>[12]</sup>.

Si è trattato della prima, concreta riforma organica delle attività conciliative in materia di commercio e di industria, affidata dall'ordinamento alle CCIAA che, anche in forma associata, hanno costituito commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie tra imprese produttive e loro interlocutori commerciali, consumatori dei prodotti oppure utenti di servizi gestiti dalle imprese. L'esenzione fiscale degli atti della procedura conciliativa ha certamente favorito il successo degli arbitrati e delle conciliazioni camerali, soprattutto della conciliazione, che, pur dopo la riforma generale della mediazione dettata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come modificata dall'art. 84 del decreto legge "del fare" del 21 luglio 2013, n. 69 (convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98), ridefinita "mediazione", è rimasta nella competenza delle commissioni costituita dalle Camere di commercio.

Le garanzie di neutralità e professionalità offerte da siffatte Commissioni nel corso di un'attività di preteso interesse pubblico sono state sempre presenti nell'esercizio dei delicati compiti di mediazione-conciliazione: ed il loro progressivo affermarsi sembra potersi spiegare con il rilievo della tendenza – ormai evidente nella legislazione di vari settori economici – all'introduzione di tecniche giuridiche di composizione extragiudiziale delle controversie. Si può osservare in proposito, ad es., che, pur in mancanza degli appositi regolamenti che, in base alla norma di cui alla legge del 14 novembre 1995, n. 481, art. 2, comma 24, lett. b, istitutiva dell'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, avrebbero dovuto essere emanati dal Governo per definire i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato, in contraddittorio, presso l'autorità, quest'ultima ha ritenuto di poter adottare *sponte* con propria deliberazione (9.4.2005, n. 42) le necessarie "Disposizioni in materia di procedure arbitrali per la riduzione delle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas" anticipando in tal modo una tutela giustiziale che soltanto dopo l'emanazione delle Direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 1999, ha visto il legislatore italiano emanare due d.lgs. successivi. Il primo che fondava un obbligo di aprire procedure di conciliazione soprattutto a tutela dei clienti finali; il secondo – d.lgs. n.130/2015 – che, recependo la Direttiva 2013/111 UE del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, ha riformato il codice del consumo (approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) con l'istituire un nuovo titolo – il II bis – dedicato alla "Risoluzione extragiudiziale delle controversie".

Inoltre, ivi viene felicemente introdotta quale alternativa all'arbitrato amministrativo, una procedura giustiziale su reclamo del cliente all'autorità che può anche irrogare sanzioni pecuniarie, ciò che raramente è accaduto dato che la percentuale di rispetto delle decisioni dell'autorità ha raggiunto il 100%. Successivamente l'autorità ha adottato il TICO, testo integrato della conciliazione per le controversie tra clienti e utenti finali (delibera 209 del 2016) che prevede una procedura con le caratteristiche dell'ampio ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo; inoltre prevede una specifica gradualità applicativa per le controversie tra gli utenti finali del servizio idrico integrato ed il gestore; la natura giuridica di condizione di procedibilità per l'azione giudiziale (che si considera realizzata se il primo incontro, nel termine di trenta giorni dalla domanda, si conclude con l'intervento degli interessati, anche senza accordo; l'obbligo partecipativo in capo agli operatori per le controversie instaurate dagli utenti finali; il valore giuridico di titolo esecutivo del verbale di

conciliazione; la previsione di procedure alternative al servizio di conciliazione.

Il d.lgs. n. 28, istitutivo – com'è noto – dell'obbligo di un tentativo di conciliazione pre-giudiziale, ha trasformato lo "storico" tentativo di conciliazione pre-giudiziale rispetto al processo del lavoro, rendendolo facoltativo. Forse siffatta scelta – a tutta prima incomprensibile – è stata frutto anche delle lamentele espresse dai responsabili di uffici pubblici convocati dagli ispettorati del lavoro, per esprimere un eventuale consenso alla conciliazione pre-giudiziale delle pretese del lavoratore. Pur se sicuri di non ottenere alcun successo in giudizio i dirigenti pubblici hanno quasi sempre negato il consenso alla conciliazione per proteggersi anzitutto da una contestazione di danno erariale; ma nel caso di un'offerta del lavoratore particolarmente favorevole – formulata per ottenere subito un risultato economico, anche con una riduzione del 50% del *quantum* della domanda – il rifiuto del funzionario pubblico responsabile avrebbe finito per causare quasi sempre un ingente danno erariale. Nella forbice il lavoro pubblico non poteva resistere, sicché sommando questa ad altre ragioni, come quella dell'appesantimento del processo del lavoro, l'intera fase pregiudiziale di conciliazione è diventata facoltativa (ed è sostanzialmente scomparsa dal processo del lavoro).

(i) Infine ANAC è, sì, organo competente a conciliare l'interesse pubblico con quelli privati meritevoli di riconoscimento - talora promozione - e tutela, ma nello stesso tempo è destinataria di compiti diversi che ne fanno un'amministrazione prevalentemente preposta al controllo delle procedure di appalto pubblico, per ostacolare il fenomeno corruttivo che in esse ed in altri procedimenti si annida da sempre nel nostro sistema.

Non essendo disponibile per il cittadino o l'impresa se non come autori di una sollecitazione ad intervenire in episodi determinati contro gli autori della corruzione o della illegittimità, non riteniamo di potercene occupare in questo breve studio.

(l) Come abbiamo osservato, non può trascurarsi che in definitiva proprio un ministro italiano abbia regolamentato una forma pre o infragiudiziale di *conciliazione*, oltre ad "aprire" ad arbitrati e *a.d.r.*, affidando alla competenza statutaria di ciascun Consiglio dell'ordine degli Avvocati il compito di attivarsi per costituire un minimo di organizzazione interna ma nello stesso tempo non subordinata al Consiglio, intendendo ampliare significativamente l'originaria trama normativa della mediazione pre-giudiziaria prevista dalla prima legge in materia – l. 18 giugno 2009, n. 69 e, soprattutto, del d.lgs. attuativo, 4 marzo 2010, n. 28 – che era giunta fino a ricomprendere per tutte le specie di cause civili e commerciali, amministrative, finanziarie e internazionali di competenza, tuttavia, del solo giudice ordinario talora l'obbligo, talaltra la facoltà di mediazione.

Infatti, l'art. 29, 1<sup>a</sup> co., lett. n) della *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense* ha previsto che ogni COA "può costituire camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie, in conformità al regolamento adottato ai sensi dell'art. 1 e con le modalità dallo stesso stabilite". Il regolamento prevede l'entrata in vigore delle sue disposizioni per "le camere arbitrali e di conciliazione dell'avvocatura già costituita alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, decorsi sei mesi dalla predetta data". Dunque le Camere arbitrali e di conciliazione già attive presso alcuni Consigli dell'Ordine, ovviamente con proprie e diverse regole, devono essere uniformate dal 24 settembre 2017 alle previsioni del regolamento 34/17.

Ma è evidente che né la legge recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione

forense n. 247/2012, né il regolamento – né gli statuti potranno ampliare i confini della legge – che non vanno oltre la costituzione delle nuove figure giustiziali alternative al giudice togato, nulla disponendo tanto in ordine agli aspetti dinamici, non solo dell'ammissibilità delle procedure alternative nei confronti particolari della pubblica amministrazione, quanto con riferimento alla differenza tra coinvolgimento delle figure giustiziali nei rapporti giuridici dei privati con amministrazioni pubbliche aventi ad oggetto diritti soggettivi o interessi legittimi, con previsione espressa di una loro collocazione pre-processuale, nel procedimento, di formazione dell'atto, e, al contrario, operatività all'interno del processo amministrativo e in quale fase.

Quest'ultima alternativa sembra doversi risolvere, almeno allo stato, nel senso dell'intervento pre-processuale, una conciliazione, un arbitrato, una procedura alternativa concordata tra le parti (qui ci si allontana dalla realtà di oggi) per la risoluzione di dispute altrimenti difficili da superare. Si tratterebbe, in definitiva, di accordi, già previsti nella l. 241 del 1990 s.m.i., tanto se integrativi quanto se sostitutivi di provvedimento (art.11): per raggiungere i quali il responsabile del procedimento può fissare un calendario di incontri con gli interessati. Tuttavia l'amministrazione può protestarli per pubblico interesse corrispondendo un indennizzo; mentre è tuttora presente la preoccupazione dei responsabili dei procedimenti i quali temono che il loro operato nella direzione dell'amministrazione per accordi possa offrire spunto per una imputazione di danno erariale.

È certo che accordi integrativi di basso profilo e peso economico (come nel caso di occupazione d'urgenza di un fondo agricolo che viene lasciato in uso al proprietario fino al raccolto) ricorrono abitualmente, mentre accordi sostitutivi non si concludono se non tra amministrazioni diverse; anche tra queste ultime e soggetti privati, ma solo quando vi sia certezza adeguata della c.d. copertura politica dell'operazione, che riduce il rischio. Si tratta di casi, anche frequenti, comunque riconducibili soprattutto all'obbligo di collaborazione leale tra istituzioni piuttosto che a regolamenti di interessi pubblico-privati compresenti e armonizzabili.

L'intervento del legislatore potrebbe, proprio in questi casi, rendere obbligatorio – per fattispecie determinate – il tentativo di accordo tra l'ufficio amministrativo ed il destinatario dell'esercizio della sua attività (involgente interessi legittimi o diritti soggettivi).

Può forse concludersi che il punto di arrivo segnato dal regolamento ministeriale è, dunque, certamente rilevante ma tutt'altro che sufficiente a consentire l'avvio di un'attività conciliativa o giustiziale di qualche spessore nelle controversie nelle quali sia stato già proposto un ricorso giurisdizionale, ricorso che, ovviamente, continuerà a monopolizzare la scena della giustizia amministrativa fino a quando il legislatore non decida di promuovere, fuori e dentro il processo amministrativo, aspetti dell'esercizio garantito di funzione giustiziale.

**7.** Il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, dedica nella parte VI un titolo I al "Contenzioso", articolato in due capi, il primo sui "Ricorsi giurisdizionali" (art. 204); il secondo, sui "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale".<sup>[13]</sup>

Trascurando il primo capo, il secondo appare d'interesse per ciò che dobbiamo dire.

In esso si intitola espressamente ai rimedi alternativi rispetto al ricorso al giudice un complesso di norme che prendono le mosse dalla conferma con nuova formulazione degli accordi bonari in merito alle riserve scritte dall'appaltatore pubblico sui libri contabili "fino al

momento dell'avvio del procedimento stesso" qualora l'importo economico dell'opera dedotto nel contraddittorio da parte dell'impresa affidataria risulti variato in un *range* che va dal 5 al 15% dell'importo contrattuale.

Il rup deve attivare il procedimento specifico prima dell'approvazione del certificato di collaudo o di verifica di conformità o di regolare esecuzione: sulla base della tradizionale "relazione riservata" del direttore dei lavori, egli valuta in via preliminare le riserve in punto di ammissibilità e di apparente fondatezza per il raggiungimento del limite quantitativo minimo del 5% del valore dell'opera che legittima il procedimento. Entro quindici giorni può essere da lui avviato il sub procedimento arbitrale chiedendo alla Camera arbitrale una lista di cinque esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto: tra i cinque sarà scelto l'esperto incaricato della formulazione dell'accordo bonario. Si tratta di una scelta effettuata d'intesa tra l'affidatario ed il rup e in caso di disaccordo l'esperto sarà nominato dalla Camera arbitrale che ne fisserà anche il compenso[14].

Di rilievo è altresì la disciplina (art. 208) della transazione che può risolvere le controversie relative a diritti soggettivi derivanti da contratti per lavori pubblici, servizi o forniture, ai sensi delle norme del cod. civ., "solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire rimedi alternativi rispetto all'azione giurisdizionale".

La disciplina della transazione contiene un'ipotesi di iniziativa, per siffatto concordato, da formalizzare per iscritto, di cui è titolare non soltanto l'affidatario, ma anche il dirigente competente, in entrambi i casi sentito il parere del responsabile del procedimento e sempre previo parere dell'Avvocatura dello Stato o del responsabile di settore legale interno in caso di enti pubblici, quanto alle controversie superiori ad euro 200.000 per i lavori e 100.000 negli altri procedimenti di contrattazione pubblica.

Or, non bisogna trascurare l'importanza del disegno legislativo che vede l'attribuzione al dirigente competente dell'iniziativa per una parziale *concessione* di interessi protetti, che sono in titolarità dell'Amministrazione di appartenenza e di *spesa* pubblica conseguente alla conclusione dell'accordo transattivo; quest'ultimo, se *aliquid* conserva, *aliquid* aliena in favore dell'aggiudicatario. Dunque il dirigente responsabile che eserciti il potere di iniziativa per la transazione deve aver previamente valutato, all'evidenza, che la pretesa privata non è contrastabile agevolmente in un giudizio che inevitabilmente sarebbe incardinato presso il giudice competente.

Altro, infatti, è accettare una proposta, altro *proporre*: si consolida nel 2016 la possibilità della *proposta pubblica* di transazione e questa circostanza ha notevole rilievo nel panorama generale della intransigibilità delle controversie da parte di un soggetto, quello pubblico, portatore di un interesse del quale non ha la disponibilità, dunque nulla può dare e nulla ricevere: tanto che, pur nel caso di evidente convenienza di un accordo conciliativo (convincimento di convenienza, ad esempio, fondato su casistica giurisprudenziale univocamente risolta nel medesimo caso con condanna risarcitoria a carico dell'ente), il dirigente competente mai avrebbe potuto proporre una transazione non potendo disporre dell'interesse pubblico secondo la formula tradizionale a tutti nota.

È, in questo aspetto, probabilmente, uno dei più rilevanti approdi verso l'uscita di sicurezza dal processo contenuta nel codice dei contratti pubblici[15].

Segue una disciplina speciale per il procedimento arbitrale che vede anzitutto come discrezionale l'inserimento di una clausola compromissoria da parte della stazione appaltante

nel bando, nell'invito o nell'avviso di indizione della gara: a pena di nullità, tuttavia, la clausola deve essere autorizzata dall'"organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice" con deliberazione motivata.

Nominato dalla Camera arbitrale, il Collegio presenta la composizione tradizionale di tre membri, due dei quali scelti dalle parti, il terzo dalla Camera tra i soggetti iscritti all'albo da quest'ultima tenuto, con esperienza per quanto possibile specifica; albo al quale può attingere anche la parte pubblica per la nomina del suo arbitro. Superate le incompatibilità raggruppate in sette ipotesi, la nomina del Collegio arbitrale appartiene alla Camera che la comunica alle parti[16].

Di notevole interesse è, infine, la funzione consultiva di precontenzioso affidata all'ANAC dalle norme di cui all'art. 211 del codice.

Le parti in contesa per questioni insorte durante la procedura di gara possono chiedere all'ANAC un parere vincolante, impugnabile dinanzi al TAR ex art. 120 del c.p.a.

Nel decreto correttivo n. 56 del 19 aprile 2017 è prevista la legittimazione dell'ANAC ad agire in giudizio per l'impugnazione di bandi, altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante. Va detto che questo potere è rimasto tuttora privo di applicazioni pratiche nella casistica giurisdizionale, tuttavia il peso della previsione del diritto positivo è innegabile.

Più rilevante appare la legittimazione dell'ANAC all'emissione d'ufficio, nei confronti della stazione appaltante, di un parere motivato nel quale si denunciano espressamente i vizi di legittimità riscontrati nei provvedimenti posti in essere dall'Amministrazione. Entro 60 giorni dalla notizia della suddetta illegittimità il parere motivato deve essere inviato alla stazione appaltante che dovrebbe ad esso conformarsi, altrimenti ANAC può ricorrere al TAR competente entro trenta giorni dalla scadenza del termine assegnato dalla stessa (non superiore a sessanta giorni) alla destinataria del parere motivato.

Questo secondo, assai rilevante, potere è stato sinora moderatamente esercitato in casi particolarmente gravi.

Come appare evidente l'attribuzione all'ANAC di poteri anche demolitori di intervento nelle procedure contrattuali di evidenza pubblica è sospinta dal legislatore verso rilevanti finalità di sorveglianza e gestione critica del sistema degli appalti pubblici: tuttavia il nuovo *sub* sistema difetta tuttora e di struttura qualitativa – (*quis custodiet custodes*) – e quantitativa (sarebbero necessari forse non meno di diecimila funzionari ANAC per esercitare la funzione di controllo su tutte le gare ad evidenza pubblica in corso nel territorio nazionale). nonché di una disciplina utile della discrezionalità nel *quando* applicabile alle iniziative della nuova autorità. Non ci si può soffermare in questa sede sull'analisi dei motivi che hanno indotto Governo e Parlamento a dare vita alla nuova e ancora non ben configurata istituzione di garanzia contro la corruzione (che nemmeno realizza la vecchia – e assai discutibile - idea del pubblico ministero nelle gare pubbliche). Tuttavia sin d'ora deve rilevarsi che l'iniziativa legislativa dimostra, dato il peso attribuito alla nuova autorità, che il Governo ha avvertito la necessità di correttivi nella direzione della legalità e dell'autenticità proprio nel momento stesso nel quale erano in elaborazione nuove norme sui contratti pubblici: vi era, dunque, piena consapevolezza che la nuova codificazione non avrebbe raggiunto lo scopo multiforme di

assicurare adeguati livelli di legalità e, nello stesso tempo, di utilità concreta per l'interesse dell'amministrazione futura contraente, interesse coinvolto nelle procedure di evidenza pubblica che spesso neanche il giudice amministrativo riesce a garantire effettivamente, anche per via della quantità di contenzioso da affrontare nei due gradi di giudizio.

È, dunque, assai dubbio che l'ANAC possa rappresentare, nonostante l'attribuzione di competenze ricevuta dal legislatore, l'uscita di soccorso dalla selva dei ruoli dei TAR ormai inflazionati dagli affari regolati con il rito speciale degli appalti pubblici.

**8.** Il 18 novembre 2016 irrompe nell'ordinamento francese la *Loi n. 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI siècle*; il progetto di questa legge, era del 2014 (n. 661), più volte esaminato e modificato in nuova lettura tra Senato e Assemblea nazionale, finché quest'ultima ha accettato l'ultimo testo del Senato nella *lecture definitive* del 12 ottobre 2016. Il Consiglio costituzionale ha formalizzato il suo consenso al testo di legge il giorno prima della sua pubblicazione (*Décision 2016-739 DC du 17 novembre publiée au Journal officiel de ce jour*).

Come è noto le leggi d'oltralpe presentano nella rubrica dei capitoli, dei titoli e delle sezioni, non sempre mere indicazioni esplicative delle norme annoverate in ciascuna di tali partizioni, ma un vero e proprio *motto* o brevissimo *manifesto* che illustra, luogo per luogo, e con indubbia efficacia, *le but de la loi*.

Ed ecco che se il *titolo primo* contiene le norme fondamentali (artt. 1,2 e 3) che consentono di *Avvicinare la giustizia al cittadino*, il *titolo secondo* è dedicato a norme che tendono a *Favorire i modelli alternativi di regolazione delle controversie*.

Gli articoli contenuti in questo ultimo titolo sono soltanto due, ma il primo (art. 4) fissa il principio secondo il quale *“L'ingresso della causa nel Tribunale mediante l'apposita dichiarazione resa dal cancelliere deve essere preceduto da un tentativo di conciliazione espletato da un conciliatore di giustizia”*. La sanzione esplicitata dalla norma è quella *“dell'irricevibilità, rilevabile d'ufficio”*.

Il secondo articolo (art. 5) modifica profondamente *per integrationem* il Codice di giustizia amministrativa, in particolare: *Il titolo I del libro I del Codice di giustizia amministrativa è integrato da un capitolo IV, che scegliamo di riportare per intero, dato l'interesse scientifico che suscita il recente articolato legislativo d'oltralpe.*<sup>[17]</sup>

**9.** Nel limitare il commento alla scelta innovativa recata dalla legge 18 novembre 2016 alla giustizia amministrativa francese si può osservare anzitutto che l'intervento del mediatore finisce per collocarsi al di fuori del giudizio (al di fuori, anzi, da “qualsiasi procedura giurisdizionale”) perché le parti hanno assunto l'iniziativa conciliativa senza incardinare il giudizio secondo le previsioni della sezione II del nuovo capitolo III del codice della giustizia amministrativa francese.

Sul piano soggettivo, uno o più mediatori possono essere scelti dalle parti d'accordo, oppure, su loro istanza, dal presidente del Tribunale amministrativo o della Corte amministrativa d'appello.

Viceversa, la mediazione disciplinata dalla sezione III, quella “ad iniziativa del giudice”, presuppone ordinariamente l'accordo delle parti, già in giudizio, acquisito il quale il giudice “ordina” la mediazione attingendo per la nomina all'elenco predisposto dalla Corte

amministrativa di appello competente per territorio.

Merita attenzione, a questo proposito, l'iniziativa del Consiglio di Stato che, ai sensi dell'art. 1 del capitolo IV, quando è adito quale giudice di unico grado, può ordinare una mediazione affinché le parti raggiungano un accordo: è vero che la norma subordina il ricorso al *médiateur* al consenso di tutte le parti del giudizio, tuttavia la conoscenza dell'opinione del Consiglio di Stato in unico grado non può che indurre fatalmente ciascuna parte a valutare le conseguenze dell'eventuale rigetto della proposta autorevole in ordine alla mediazione, lasciando prevalere la considerazione pratica sull'opportunità di non contraddire l'indicazione chiara espressa dal *Conseil d'État*, istituzione che, come è noto, gode di grande prestigio oltralpe.

Come si osservava, la considerazione della novella del 18 novembre 2016 non può ritenersi sufficiente a ricostruire il quadro ordinamentale della giustizia amministrativa francese, dopo la sua entrata in vigore: tuttavia nella ricerca di esempi anche in altri ordinamenti, la lettura di una nuova legge dello Stato "amministrativo" per eccellenza innovativa in ordine al ruolo del giudice amministrativo e contenente norme introduttive di una mediazione nel procedimento e nel processo amministrativo, norme tuttora considerate a torto – da parte della dottrina italiana prevalente – quasi eversive di un ordine costituito faticosamente nel secolo XX, induce a concentrare l'attenzione sull'utilità di una mediazione nel procedimento e nel processo amministrativo. Essa dimostra, inoltre, che anche le questioni concernenti l'esercizio del potere amministrativo nei confronti di destinatari titolari di interessi riconosciuti e protetti fino alla loro promozione mediante sovvenzioni, contributi ed in generale provvedimenti *lato sensu* concessori può essere occasione di un accordo da mediazione.

È, anzi, opportuno sottolineare, a questo punto dello sviluppo dello studio, che nei settori dell'imprenditoria privata, oggetto di regolazione a cura del Governo, si registra agevolmente un'intensa frequenza della mediazione, perché è nella competenza dello stesso organo autore della regolazione – secondo il diritto dell'Unione europea – la decisione di far luogo ad una forma di giustizia alternativa a quella processuale, assumendo egli stesso la funzione di mediatore nella controversia incipiente.

Sembra che questa stessa veste debba indossare anche il nuovo curatore della liquidazione giudiziaria dell'impresa (già il fallimento) che, tuttavia, avrà scarse probabilità di misurarsi nella sua attività con l'interesse pubblico.

La fonte europea di questo potere non può definirsi di diritto singolare in quanto la stessa organizzazione delle strutture amministrative europee più vicine all'industria, alle varie tecniche e tecnologie da essa espresse, è densa di istanze di tipo giustiziale e di collegi di controllo, semplice controllo – non decisione in ordine ad un ricorso amministrativo, tuttavia – esteso al più profondo merito della questione.

Nella veste "necessaria" di eredi anche della Scuola di Vienna, gli autori del diritto europeo conoscono gli effetti concretamente vantaggiosi per tutti i cittadini di un metodo di decisione amministrativa arricchito dal previo contraddittorio con i destinatari dell'esercizio futuro della funzione e dai risultati delle istanze di controllo nel merito di precedenti decisioni di uffici europei attinenti a prodotti della chimica in funzione della politica agraria comune ai risultati della concorrenza nelle varie categorie industriali anche sotto il profilo dell'inquinamento alla c.d. unione bancaria, ricca di istanze giustiziali, di garanzie per i diritti dei risparmiatori e degli investitori. Anche l'arbitrato tra enti pubblici, da tempo previsto dal t.u.e.l. di cui al d.lgs. 18

agosto 2000, n. 267, all'art. 34 dedicato all'accordo di programma, può avere ad oggetto interessi legittimi e trova la sua base normativa in una norma generale sull'attività degli enti dell'ordinamento regionale: "opere, interventi o programmi d'intervento che richiedono....l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti" l'ente direttamente interessato, o più interessato, promuove la conclusione dell'accordo di programma .... per assicurare il coordinamento delle azioni.... tempi e modalità....". Ma già al comma secondo si dispone che "l'accordo può prevedere, altresì, procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti".

Senonché, la difficoltà di *reductio ad unum* delle varie forme assunte, nei rapporti interpretati soprattutto, dalle istanze giustiziali alternative, rappresenta, secondo una tesi dottrinale convincente, uno degli ostacoli maggiori all'introduzione definitiva nell'ordinamento amministrativo derivato, della mediazione stragiudiziale e soprattutto di quella giudiziale<sup>[18]</sup>. Nella prospettiva comparata la dottrina appena richiamata sottolinea l'approdo francese alla mediazione in ogni grado del giudizio, specificato anche con il decreto governativo 18 aprile 2017 che ha introdotto regole flessibili per la mediazione nel corso del giudizio e, con tecnica gradualistica, ha disciplinato i casi, già individuati per la mediazione obbligatoria, che è resa possibile anche quando è presente l'esercizio di un potere amministrativo: del resto il giudice amministrativo di primo grado nell'ordinamento francese è sempre stato, almeno dal 1987, onerato del compito preliminare del tentativo di conciliare la lite.

Sull'ordinamento tedesco l'A. osserva che dalla natura esclusivamente privatistica del contratto di appalto di lavori, servizi o forniture deriva agevolmente la possibilità di inserire in ogni momento del procedimento e dell'eventuale giudizio successivo l'attività mediatrice; questo quadro trova conferma nella l. 12 luglio 2015 che impone al giudice di raccogliere preliminarmente l'accordo delle parti per trasferirlo al Collegio, che lo ratificherà o, al contrario, negherà la ratifica, decidendo in proposito con sentenza dopo aver conosciuto della causa.

**10.** Deve, ormai, ritenersi, a nostro sommo avviso, che l'interesse pubblico di cui è portatore l'organo amministrativo se non gli appartiene, come la proprietà appartiene al suo proprietario, nel senso che non ne può disporre liberamente in qualsiasi circostanza, è tuttavia riconoscibile in quanto sostanziato, nell'origine normativa, dalla previsione del risultato dell'esercizio del potere che lo caratterizza: in ogni caso un risultato che contempla anche i frequenti casi nei quali si registra la presenza di una protezione accordata dalla stessa norma ad un'ampia fascia di interessi dei destinatari dell'esercizio del potere attribuito all'organo amministrativo.

Ne deriva che la comune origine dell'attribuzione del potere amministrativo e dell'individuazione delle situazioni soggettive nelle quali il suo esercizio inciderà consente – e talora può imporre – all'organo pubblico di assicurare il buon andamento dell'ufficio del quale esso è responsabile mediante la ricerca del consenso dei destinatari del provvedimento. Il consenso finisce per porsi in questi casi previsti dall'ordinamento quale strumento di attuazione proprio del buon andamento per ciascuno degli uffici pubblici, costituiti secondo disposizioni di legge, mediante un accordo derivante dall'intervento di un mediatore.

A differenza del caso degli accordi ex art. 11, l. 241/90, l'organo pubblico aderirebbe all'esperimento della mediazione – quando non obbligatoria –, risolvendo il consenso alla mediazione in una valutazione di convenienza ad evitare il processo amministrativo nel caso qui ipotizzato, per ottenere una protezione dell'interesse del quale esso è titolare maggiore e più efficace di quella che potrebbe offrirgli il giudice, almeno quanto ai casi nei quali non si possa prospettare punto un successo adeguato nel processo amministrativo con la difesa in sede giurisdizionale dell'interesse in titolarità dell'organo amministrativo. Per questo motivo tale consenso deve ritenersi, almeno in generale, legittimamente non revocabile neanche per sopravvenute ragioni di pubblico interesse.

Il vincolo stretto con la parte privata ha effetti in un rapporto di giustizia e per questo motivo soltanto un giudice, considerando tutti gli aspetti dell'interesse prospettato dall'organo, potrà porlo nel nulla. Ciò ad iniziativa dello stesso organo che ha prestato il consenso o del ministro, o del legale rappresentante dell'ente che annovera nella sua struttura quell'organo. È il rischio di danno erariale a costituire l'ostacolo maggiore – come torneremo a considerare tra breve - lungo il percorso del titolare dell'organo amministrativo verso l'accettazione proposta della mediazione extragiudiziaria.

Eppure è evidente che la valutazione dell'autorità amministrativa non può che arricchirsi ritenendo ammissibile, in relazione alla parte maggiore dei contrasti sorti con cittadini o altri soggetti pubblici, il ricorso alla mediazione, beninteso una volta accertata la sua convenienza per l'interesse pubblico, ad esempio, per un accertamento obiettivo e competente di fatti particolarmente rilevanti che richieda un'immediatezza non conciliabile con il carico di lavoro di qualsiasi tipo di istanza giudiziaria. E' in queste condizioni che il legislatore esita, a sua volta, a disciplinare compiutamente la mediazione extra giudiziale e giudiziale dal momento che la scelta della prima innescherebbe un rischio di responsabilità per danno erariale a carico dell'organo – per opinione, come stiamo constatando, diffusa –, della seconda in quanto non è chiaro come il giudice gestirebbe il suo potere di ordinare la mediazione sull'accordo delle parti (in tal caso prospettandosi fatalmente lo stesso problema già emerso per la contestazione extragiudiziale) o anche come obbligo per le stesse parti in casi circoscritti e determinati dalla legge.

**11.** Non si rinvengono, in conclusione, segnali adeguati nelle nostre leggi per l'intervento, prima o durante il processo amministrativo, di un mediatore nel contraddittorio tra il probabile ricorrente e l'organo amministrativo autore del provvedimento o del comportamento censurati dal destinatario.

Gli accordi ex art.11 della l. 241/90, mentre si confermano nella loro limitata applicazione pratica, costituiscono la fattispecie più significativa per la sopravvivenza di un'amministrazione conciliativa; l'accordo amichevole (provocato dal Sindaco) tra espropriando ed espropriante sull'indennità nel procedimento di espropriazione per p.u., proprio al contrario, è statisticamente assai più frequente del ricorso alla Corte d'Appello, ma la norma che lo prevede è del 1865 (artt. 26 e 27, l. 25 giugno 1865 n. 2359).

E' vero che, con i problemi che attraversa da tempo l'organizzazione pubblica, gli operatori che in essa si identificano ai diversi livelli di responsabilità non si ritengono tuttora nella condizione di affrontare i rischi di danno erariale e persino di sospetto di corruzione connessi alla ipotesi di riduzione frequente del potere-dovere di attuare legittimamente l'interesse

pubblico alla dimensione consensuale: né è pronto il legislatore a consentire un incremento significativo nell'ordinamento del contenzioso amministrativo della consensualità che è alla base della mediazione, ancor più della transazione, della conciliazione e dell'arbitrato. Tuttavia è noto che il rapporto tra diritto amministrativo sostanziale e processuale è segnato da una reciprocità di contenuti e di sviluppi degli stessi particolarmente intenso, perché ogni significativa innovazione, dovuta a nuove norme o all'evoluzione di quelle già vigenti provoca una nuova evoluzione nel processo amministrativo; e che ogni nuova conquista della giurisprudenza pretoria della giurisdizione amministrativa induce ad una correlativa modificazione all'interno della struttura della pubblica Amministrazione.

Or è innegabile che, mentre l'amministrazione per provvedimenti unilaterali riduce, anche per conseguenza della scarsità delle risorse pubbliche, il suo spazio nell'ordinamento derivato, l'amministrazione per consenso si incrementa con una frequenza che può definirsi notevole, tanto che talora il legislatore versa nella necessità di intervenire per regolare, "in riduzione", la materia, tornando ad affidarsi a controlli di efficacia sugli enti e sulle *performances* dei dirigenti pubblici. Lo stesso sviluppo costante della partecipazione alla realizzazione di provvedimenti ed alle decisioni dell'amministrazione va nella direzione della consensualità nel rapporto tra Stato e cittadini.

È in questo stesso ambiente dell'amministrazione per consenso che il dirigente competente deve trovare, senza timori che più non hanno base normativa, le ragioni di una sua iniziativa tendente alla estinzione del contenzioso per transazione della lite o per l'intervenuto giudizio del mediatore, che conseguirà l'approvazione-omologazione del giudice amministrativo che sarebbe stato competente in caso di ricorso giurisdizionale.

Sembra, dunque, di poter ritenere che proprio nell'area del consenso sia da ricercare la piena legittimazione del dirigente amministrativo (e/o del rup), coinvolto in un episodio contenzioso, a proporre – una volta che abbia conseguito la consapevolezza, ad esempio, di precedenti giurisprudenziali univocamente contrari ad una posizione di vantaggio per l'interesse pubblico e del rischio di ricorso, in queste condizioni, devoluta al giudice amministrativo - l'intervento del mediatore, la cui competenza e neutralità sia garantita da una selezione operata secondo la scelta del futuro legislatore (forse dal Consiglio di Stato o dal suo Consiglio di presidenza, certamente previo parere del Consiglio nazionale forense), per risolvere, a termini di ricorso giurisdizionale sospesi, la controversia mediante una proposta conciliativa.

Se quest'ultima non sia condivisa dalla parte pubblica – che preferisca a questo punto la pronuncia del giudice – o da quella privata, la conclusione della vicenda non potrà che individuarsi nel processo amministrativo. Senonché in tal caso la parte ricorrente starà in giudizio giovandosi, verosimilmente, nelle sue difese delle risultanze istruttorie attinte nel procedimento di mediazione, tanto da poter offrire al giudice il destro per una sua *cognitio* questa volta realmente *plena*, anche in sede di giurisdizione di sola legittimità, in ordine ai fatti costituenti la questione controversa e alla loro significazione giuridica.

È, evidente, a questo punto che non mancano le possibilità di soluzione del problema mediante una normativa coraggiosa che completi il quadro nuovo di garanzie del rapporto con gli organi amministrativi che si sta lentamente delineando ormai da tempo: e che veda anzitutto l'inserimento di funzioni giustiziali nella stessa pubblica amministrazione con i suoi organi indipendenti ed anche neutrali, nonché almeno all'interno dei contenziosi più

severamente connotati da urgenza nella conclusione mediante decisione amministrativa<sup>[19]</sup>, ma anche – e prima ancora – l’inserimento dell’istituto della mediazione nelle vicende pre-contenziose e/o nella fase preliminare del processo, con evidenziazione, in quest’ultimo caso, delle mediazioni obbligatorie se ritenute necessarie dal giudice amministrativo perché sia reso il servizio di garanzia di giustizia nelle condizioni migliori di conoscenza del merito della questione scientificamente controversa.

La *novella* qui immaginata disciplinerebbe anche la mediazione che preclude nella maggior parte dei casi il successivo ricorso giurisdizionale, essendosi verificata la composizione del contrasto tra cittadino e organo pubblico mediante l’intervento di un soggetto – scelto secondo le procedure da precisarsi nella nuova legge – idoneo perché esperto delle questioni proprie del diritto amministrativo.

L’ampio –ma non più totale – spazio residuo rimasto nel dominio esclusivo del giudice amministrativo dovrebbe consentire (*in votis*) l’emanazione di sentenze ormai sempre meno ingiuste, assai meno numerose e depositate in un tempo sempre più breve. I traguardi normativi d’oltralpe e nazionali che abbiamo appena delineato costituiscono indubbiamente una sollecitazione il primo e un pur modesto progresso il secondo, verso un assetto della giustizia amministrativa diverso, più ricco e più munito anzitutto contro l’ingiustizia dell’amministrazione e in pari misura contro l’ingiustizia e l’inefficacia – soprattutto derivante dal ritardo della sua emanazione - della sentenza amministrativa nel nostro ordinamento.

Vincenzo Caputi Jambrenghi

ordinario di Diritto amministrativo già dell’Università di Bari

\* L’articolo è destinato alla pubblicazione negli Studi dal Convegno di Siena del 19-20 maggio 2017 su “La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi”.

---

[1] Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2016, p. 115-142. Dopo aver criticato con forza la teoria dell’affievolimento del diritto ad interesse e di quella della distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, che per quanto ormai sorpassate, hanno prodotto molti danni ancora presenti nel rapporto tra cittadini e p.A., in particolare rivelandosi “probabilmente tra i maggiori fattori di crisi della legislazione del 1865”, conclude sostenendo che è difficile negare il ruolo determinante della giurisprudenza nella formazione della giustizia amministrativa – dalla giurisdizione unica del 1965 al ritorno al sistema duale nel 1889 - tanto che Mario Nigro parla di un processo di progressiva emersione dall’indistinto giuridico, ad opera della giurisprudenza, di interessi giuridicamente tutelati e di posizioni legittimanti. Conclude Patroni Griffi “in questo processo c’è poco spazio per metodo sillogistico e fattispecie. Molto spazio per quello che Grossi definirebbe un giudice non creatore, ma “inventore”.... del diritto” (cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, Relazione al Convegno su *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi* – Castello di Modanella, Siena, 19-20 maggio 2017).

Si deve allo stesso autore un saggio successivo che, a conclusione di un intervento congressuale, su temi come “verità e processo: la sentenza giusta”; “l’accertamento del fatto e le prove”; “il giudizio di diritto: metodo sillogistico e ricorso a principi e clausole generali”, contrapposte sul piano del metodo (ad esempio, “il test di proporzionalità introduce un meccanismo decisionale di sostanziale bilanciamento di interessi ad opera del giudice e, al confine con il merito amministrativo, richiede quanto meno che sia giustificata, anche in punto di motivazione, non solo in positivo la scelta effettuata dalla pubblica Amministrazione, ma anche la mancata scelta di un’alternativa in favore del privato), osserva che “il problema maggiore di cui deve farsi carico il giudice oggi sia quello di coniugare effettività della tutela condotta per clausole generali adattate al “caso” ed esigenza di certezza del diritto applicato, che si traduce nella esigenza di prevedibilità delle decisioni”... “Ricorrere a clausole generali sul piano pratico e a valori e principi sul piano teorico è inevitabile ..... Valori e principi, se ancorati al sistema ordinamentale complessivo e *in primis* alla Costituzione, consentono di orientare il giudice verso un allargamento dell’area di tutela che costituisce pur sempre il *proprium* della giurisdizione. Cfr. ID, *Il metodo di decisione*, cit.

[2] I mediatori sono inseriti in un elenco redatto da ogni collegio giudicante in grado d’appello, secondo direttive emanate dal *Conseil d’Etat*, che come spesso accade fa da legislatore, elenco dal quale qualsiasi giudice potrà attingere per nominare il mediatore. Quanto all’obbligatorietà, le cause dinanzi al Consiglio di Stato finiranno in mediazione se quell’organo lo proporrà. Negli altri casi è la concorde volontà delle parti che può innescare durante e prima del giudizio un procedimento di mediazione; nel secondo caso p sull’ulteriore accordo o con ricorso al giudice competente per il giudizio si perviene alla nomina del mediatore.

La mediazione è applicabile a tutti i tipi di processo amministrativo. La sua attivazione interrompe i termini per ricorrere al giudice, termini che riprendono a decorrere per sei mesi dalla conclusione della mediazione. Il mediatore deve dare notizia al giudice dell’esito del suo operato neutrale.

[3] Cfr. l’accurata ricostruzione dell’interessante dibattito giurisprudenziale e dottrinario in M.DEL SIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007.

[4] Cfr. per tutti C. CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 241, spec. p. 249 ss.. V., inoltre, Id., *L’oscillante ruolo dell’arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, in *Arb. e pubbl. amm.*, Milano, 1999, p. 133; *ivi*, inoltre, i contributi di R. Villata, G. Mirabelli, G. Caia, B. Cavallone, V. Domenichelli, F. Bassi, F. Pugliese, nonché gli interventi di G. Greco, F. Benatti e G. Panzarini. V. anche M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004; F.P. LUISO, *La camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 3/2000, p. 224 ss.

Tra i classici sul tema, oltre a C. Consolo, cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L’arbitrato nella legge 2*

giugno 1995 n. 216 per i lavori pubblici, in *Riv. arb.*, 1996, n. 3, p. 466 ss.; S. CASSESE, *Arbitrato e diritto comune della pubblica Amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 6, p. 524 ss.; G. CAIA, *L'arbitrato nella pubblica Amministrazione: la vicenda storica*, in *Quad. giur. impresa*, 1990, p. 29 ss.; Id., *Arbitrato e pubblica Amministrazione*, Milano, 1999; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica Amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2000, p. 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo del 6.5.2000, in *Riv. arb.*, 2000, p. 14; L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma dell'83*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1991, p. 441 ss.; F. BASSI, *Arbitrato irrituale e pubblica Amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica Amministrazione*, Milano, 1997, p. 63 ss.; N. PAOLANTONIO, *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2272 ss.; L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2014, con chiara trattazione, p. 675-697.

[5] Sul tema cfr. anche *infra*, par. 6, lett. h).

[6] Questa ricostruzione normativa si deve a C.E. GALLO, *Mediazione amministrativa*, in corso di approfondimento per la stampa, contributo offerto dall'A. – con la collaborazione di colleghi del Comitato scientifico dell'Unione degli avvocati amministrativisti (UNA) di Genova e di Roma, nel corso delle assemblee – sul tema della deflazione dei processi amministrativi mediante rimedi alternativi. Conclude l'A. «*Nel corso dei lavori della Subcommittee scientifica dell'UNA si è evidenziata la necessità che la disciplina della mediazione sia correlata, innanzitutto, alla partecipazione nel procedimento e, altresì, alla possibilità di prevedere due ipotesi di mediazione: la prima modellata sull'istituto della mediazione nel giudizio tributario, che presuppone l'intervenuta notificazione del ricorso, la seconda, invece, che prescinde dal medesimo. La prima soluzione presenta delle caratteristiche di particolare interesse perché può garantire meglio l'amministrazione in ordine alla valutazione della fondatezza delle pretese vantate dalla controparte privata; la seconda evita a colui che vuole ricorrere alla mediazione di dover predisporre un atto introduttivo del giudizio ed è perciò più in linea con la prospettiva della deflazione del contenzioso*».

[7] Cfr. su ciò un recente studio di M.T.P. CAPUTI IAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. p. 157 ss., che si riferisce anche alle tesi di Feliciano Benvenuti e Giorgio Berti ed *ivi* la rassegna di dottrina. Non si dimentichi che in D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, c'è una sfida: cos'altro è lo Stato se non l'insieme dei suoi dipendenti? (riecheggiando alcune impostazioni di Paul Laband e di Georg Jellinek).

[8] Come nell'enunciazione di base dalla quale si dipana la sua teoria, in M. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*. Milano, 1956.

[9] Cfr. M.T.P. CAPUTI IAMBRENGHI, *La funzione amministrativa*, cit., p. 164-173.

[10] La direttiva 2013/11 EUR ha complicato la disciplina nazionale delle a.d.r. nelle controversie dei consumatori sovrapponendo un suo sistema di a.d.r. a quello vigente in base al d.lgs. 20 del 2010, in particolare per le fattispecie di mediazione obbligatoria.

Si tratta della normazione che in qualche modo contiene tutte le mediazioni civili e commerciali (per queste ultime cfr. d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 in materia di consumo che modifica anche il codice del consumo). Il problema principale che pone l'Europa è che l'assistenza dell'avvocato non deve essere obbligatoria in queste procedure. Cfr., da ultimo, M. RAGNI, *Le condizioni di compatibilità con i diritti dell'Unione europea della mediazione obbligatoria nelle controversie interne tra consumatori*, in *Euro Conference*, 29 agosto 2017 ([www.eclegal.it](http://www.eclegal.it)), in ampia nota bibliografica.

[11] A seguito di un nuovo intervento dell'U.E. (*Market in financial instruments directive: Mifid 2*), il d.lgs. n. 129/2017 ha riprodotto, mediante l'introduzione di un art. 32-ter del Tuf, l'art. 2, co. 5-bis e 5-ter del d.lgs. 130/2015 che, come si vedrà *infra*, ha disciplinato la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. La nuova disciplina dell'arbitro per le controversie finanziarie (ACF), organismo collegiale non ineccepibile sul piano delle neutralità e persino dell'indipendenza rispetto alla CONSOB, del quale è sostanzialmente organo, meglio garantisce gli investitori in Borsa nelle controversie con gli intermediari (banche, promotori finanziari, private banking, società fiduciarie, ecc.) che hanno l'obbligo di aderire all'ACF sotto pena di pesanti sanzioni pecuniarie e di partecipare quando convocati dall'ACF ai procedimenti telematici di arbitrato con arbitro collegiale precostituito.

L'arbitro finanziario, che è subentrato dal 4.5.2006 ad una Camera di conciliazione ed arbitrato con sede sempre presso la CONSOB, può ormai non soltanto biasimare pubblicamente il comportamento dell'intermediario in caso di riscontrata fondatezza del ricorso individuando le corrette modalità di azione violate, ma altresì condannarlo a risarcire il danno fino a 500.000 euro, limite di competenza per valore dell'arbitro in questione. Al giudice ordinario per le cause in materia di contratti bancari e finanziari l'interessato non potrà rivolgersi se non dopo aver ricorso all'arbitro finanziario o, alternativamente, al mediatore di cui al d.lgs. 28/2010 s.m.i.

[12] La prima, del 18.6.1998, n. 192, reca la «disciplina della subfornitura nelle attività produttive»; la seconda, del 30 luglio 1998, n. 281, concerne la «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»; la terza, n. 5 del 2003, in attuazione dell'art. 12 della l. 2001, n. 360 verte in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, in materia bancaria.

[13] (art. 205, "Accordo bonario per i lavori" ; 206 "per le forniture"; 208 "Transazione"; 209 "Arbitrato"; 210 "Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari"; infine 211 "Pareri di precontenzioso ANAC").

[14] Il rup può anche non avviare il descritto sub procedimento e formulare egli stesso la proposta conciliativa entro 90 giorni dal ricevimento della relazione riservata del direttore dei lavori. Entro 45 giorni dal ricevimento della proposta – del mediatore o del rup – le parti devono pronunciarsi su di essa, accettandola e di conseguenza concludendo un accordo bonario; in caso di disaccordo, viceversa, o di inutile decorso del termine, l'affidatario può fare ricorso all'arbitrato oppure al Tribunale competente per territorio entro i 60 giorni successivi.

In ordine all'esatta esecuzione dei servizi o delle forniture pattuite la controversia insorta segue le stesse procedure, eventualmente pervenendo, anche in questo caso, ad un accordo bonario che evita la lite giudiziaria.

[15] La norma di cui all'art. 239 del codice dei contratti pubblici del 2006 già prevedeva al comma terzo la proposta di transazione da parte del dirigente (scarsissima la sua applicazione pratica); viceversa la l. 109 del 1994 non conteneva riferimenti alla transazione, anche se la manualistica ricorda che essa veniva conclusa spesso nella pratica, per giunta senza le formalità oggi prescritte dalle norme che la regolano. Cfr. CIANFLONE e GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2012, vol. II, p. 2133.

[16] Le disposizioni del codice civile sono derogate quanto all'ammissione di "tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c. con esclusione del solo giuramento in tutte le sue forme". Il lodo è depositato anzitutto presso la Camera arbitrale oltre che presso la cancelleria del Tribunale ex art. 825 c.p.c.. L'impugnazione in Corte d'appello è estesa, oltre che alla nullità, anche alla "violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e va notificata entro 180 giorni dal deposito del lodo", termine dimezzato in caso di notifica del lodo successiva al suo deposito. Il giudizio di impugnazione segue le norme del c.p.c. (artt. 351 ss.).

Il Collegio può proporre il compenso spettantegli secondo una speciale tariffa del M.i.t., ma nel limite massimo di euro 100.000 compreso il compenso per il segretario, da versare – a cura della parte condannata nel lodo – direttamente all'ANAC che successivamente liquida le somme dovute in favore dei tre arbitri e del segretario.

La Camera arbitrale è disciplinata dall'art. 210 insieme all'Albo degli arbitri e all'elenco dei segretari, nonché dei periti che saranno i consulenti tecnici nominati, quando necessario, dal Collegio arbitrale. È prevista ampia pubblicità sul sito web dell'ANAC per tutta l'attività della Camera.

[17] Traduzione libera dell'autore

*III Il Codice di giustizia amministrativa è così modificato:*

- 1° omissis

- 2° *Il titolo I del libro I è integrato da un capitolo IV così redatto:*

*Capitolo IV – La mediazione*

*ART. L. 114-1*

*Quando il Consiglio di Stato è adito per la soluzione di una controversia in primo ed ultimo grado,*

*esso può, sull'accordo delle parti, ordinare una mediazione per tentare di pervenire ad un accordo tra di esse secondo le modalità previste al capitolo II del titolo I del libro II.*

*- 3° Il titolo I del libro II del Codice di giustizia amministrativa è integrato da un capitolo III così redatto:*

### *CAPITOLO III*

#### *La mediazione*

##### *-SEZIONE I*

##### *Disposizioni generali*

##### *ART. L. 213-1*

*La mediazione regolata dal presente capitolo si estende a tutti i procedimenti strutturati, quale che ne sia la denominazione, attraverso cui due o più parti tentano di pervenire ad un accordo in vista di una risoluzione amichevole delle loro controversie, con l'aiuto di un terzo, il mediatore, da loro scelto, oppure designato, con il loro consenso, dal giudice competente.*

##### *ART. L. 213-2*

*Il mediatore espleta il suo incarico con imparzialità, competenza e diligenza.*

*Salvo contrari accordi tra le parti, la mediazione è sottoposta al principio di confidenzialità. Le constatazioni del mediatore e le dichiarazioni raccolte nel corso della mediazione non possono essere divulgate ai terzi, né invocate o prodotte in occasione di un processo giurisdizionale o arbitrale senza l'accordo delle parti.*

*Fanno eccezione al 2° comma i casi seguenti:*

- 1. salvo che ricorrano ragioni imperative d'ordine pubblico o motivi riconducibili alla protezione dell'interesse superiore del minore e all'integrità fisica o psicologica di una persona;*
- 2. quando la rivelazione dell'esistenza o del contenuto dell'accordo raggiunto con la mediazione è necessario per la sua concreta attuazione.*

##### *ART. L. 213-3*

*L'accordo tra le parti non può inficiare diritti dei quali esse non abbiano libera disponibilità.*

##### *ART. L. 213-4*

*Raggiunte le conclusioni in questo senso, il giudice può, in ogni caso in cui si svolga una procedura di mediazione in applicazione del presente capitolo, omologare ed attribuire forza esecutoria all'accordo raggiunto attraverso la mediazione.*

##### *-SEZIONE II*

##### *Mediazione ad iniziativa delle parti*

##### *ART. L. 213-5*

*Le parti possono, al di fuori di qualsiasi procedura giurisdizionale, organizzare un procedimento di mediazione e designare la o le persone incaricate.*

*Del pari esse possono domandare, senza formalità, al presidente del Tribunale amministrativo o della Corte amministrativa d'appello competente per territorio, di organizzare una procedura di mediazione, designando la o le persone incaricate.*

*Il presidente suddetto può delegare un magistrato del suo Collegio.*

*Quando il presidente o il delegato hanno assunto il compito di organizzazione la mediazione e quando egli sceglie un mediatore esterno alla giurisdizione ne determina il compenso, se richiesto. Le decisioni prese dal presidente o suo delegato ai sensi della presente sezione non sono appellabili.*

*Quando una norma obbliga alla mediazione, questa è gratuita.*

ART. L. 213-6.

*I termini del ricorso giurisdizionale sono interrotti e le prescrizioni sono sospese a partire dal giorno nel quale, a causa della sopravvenienza di una controversia, le parti abbiano convenuto di ricorrere alla mediazione oppure, in caso di mancanza di prove scritte, a far tempo dal giorno della prima riunione di mediazione.*

*Essi ricominciano a decorrere a far tempo dalla data alla quale una delle parti, o entrambe, o il mediatore dichiarino che la mediazione è conclusa. I termini di prescrizione ricominciano a decorrere per una durata che non può essere inferiore a sei mesi.*

**-SEZIONE III**

*Mediazione ad iniziativa del giudice*

ART. L. 213-7

*Quando un TAR o una corte amministrativa d'appello è investita di una controversia, il presidente può, con l'accordo delle parti, ordinare una mediazione per tentare di pervenire ad un accordo tra di esse.*

ART. L. 213-8

*Quando il compito della mediazione è affidato ad una persona estranea alla giurisdizione, il giudice determina l'an e il quantum della sua remunerazione.*

*Quando le spese della mediazione sono a carico delle parti, esse determinano liberamente la loro ripartizione.*

*In mancanza d'accordo, queste spese sono ripartite in parti uguali, a meno che il giudice non ritenga che una ripartizione di questo genere sia iniqua con riferimento alla situazione economica delle parti.*

*La designazione del mediatore decade in difetto del pagamento dell'acconto nel termine secondo le modalità impartite. L'istanza giurisdizionale in tal caso prosegue.*

ART. L. 213-9

*Il mediatore informa il giudice che le parti sono pervenute o no ad un accordo.*

ART. L. 213-10

*Le decisioni prese dal giudice in applicazione degli artt. 7-8 che precedono non sono suscettibili di ricorso.*

IV. *A partire dalla promulgazione della presente legge, i ricorsi contenziosi presentati da determinati agenti sottoposti alle disposizioni della l. n. 83-634 del 13 luglio 1983, che disciplina diritti ed obbligazioni dei funzionari derivanti da atti relativi alla loro situazione personale, nonché le domande relative alle prestazioni alle assegnazioni di alloggi, o a diritti attribuiti a titolo di aiuto, o di servizio sociale, dell'alloggio o in favore di lavoratori d'impiego privato, possono divenire oggetto di una mediazione preliminare obbligatoria, alle condizioni fissate per decreto del Consiglio di Stato.*

V. *Il capitolo III del titolo I del libro II del Codice di giustizia amministrativa è applicabile alle giurisdizioni concernenti il Consiglio di Stato che non sono direttamente regolate da questo codice.*

VI. *A far tempo dalla pubblicazione della presente legge, i compiti di conciliazione affidati ad un terzo, in applicazione dell'art. L. 211-4 del Codice di giustizia amministrativa nel suo testo anteriore alla presente legge, si eseguono con l'accordo delle parti, secondo il regime della mediazione amministrativa definita al capitolo III del titolo I del libro II dello stesso Codice, nel suo testo risultante dalla presente legge.*

VII. *Il Codice delle relazioni tra il popolo e l'amministrazione è così modificato:*

1. all'art. L. 422-1 il riferimento "L. 211-4" è sostituito dal riferimento "L. 213-5" e la parola "conciliazione" è sostituita dalla parola "mediazione"; omissis.

ART. 8

Dopo l'art. 22 della l. n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, cit., è inserito un art. 22-1 A, così redatto:

ART. 22-1 A

È istituita, per l'informazione dei giudici, una lista di mediatori redatta da ciascuna Corte d'appello, secondo condizioni fissate mediante un decreto in Consiglio di Stato, assunto in un termine di sei mesi a far tempo dalla promulgazione della l. 2016-1547 del 18 novembre 2016 sulla modernizzazione della giustizia del XXI secolo.

[18] M. RAMAIOLI, *La pubblica amministrazione e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: sguardi panoramici e comparativi*, Relazione al Convegno *La pubblica amministrazione e la risoluzione alternativa delle controversie*, Roma, sede dell'Avvocatura generale dello Stato, 26 ottobre 2017; Id., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir.proc.amm.* 2015, p.481.

[19] Mentre si completavano queste note, si è tenuto presso l'Università di Bergamo il Convegno annuale di Studi dell'AIPDA, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, 5-8 ottobre 2017 sul tema "*Decisione amministrativa e processi deliberativi*". Di particolare interesse le relazioni introduttive di Luisa Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, e di Marco D'Alberti, *Processi decisionali delle Amministrazioni pubbliche. Profili di diritto comparato*.

Inoltre i contributi di Lorenzo Casini che si è occupato della *Decisione amministrativa nello spazio giuridico globale*, di Fulvio Cortese sul *Procedimento quale sede di sintesi degli interessi pubblici*, di Ruggiero Di Pace sull'*Attività di programmazione come presupposto di decisione amministrativa*, di Anna Romeo sui *Profili dogmatici ed esecutivi delle decisioni amministrative*, e di Aristide Police che, nel presiedere quest'ultimo gruppo di studiosi, ha offerto suoi contributi originali, ampliando i confini degli argomenti trattati. Grande interesse hanno suscitato anche le *Conclusioni* del Convegno, affidate a Giuseppe Morbidelli e Alessandra Sandulli, chiamati a sintetizzare nel merito, ovviamente con proprie osservazioni, ben trentasei interventi di giovani studiosi del diritto amministrativo (raggruppati in dieci *panels*) tra i quali almeno una segnalazione meritano, beninteso insieme a tutti gli altri, Ambrogio De Siano, della II Università di Napoli, che ha trattato il tema spinoso delle *Decisioni amministrative e vincolo del precedente giurisprudenziale*, ricevendo il premio dell'AIPDA deliberato dai professori Franco Scoca, Francesca Trimarchi Banfi e Domenico Sorace; questi ultimi nonché il prof. Morbidelli nelle sue conclusioni hanno fatto menzione anche dell'argomento trattato nell'intervento di Piergiuseppe Otranto, dell'Università di Bari Aldo Moro, sul diritto amministrativo dell'immediato futuro, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della pubblica Amministrazione*; di quest'ultima Università anche Giovanna Mastrodonato con una relazione molto interessante su *Decisioni amministrative e partecipazione nella disciplina degli appalti pubblici*.