

La negoziazione e l'interesse pubblico.

*Solveig Cogliani*¹

Il mondo è un libro

e quelli che non viaggiano ne leggono una sola pagina.

*Sant'Agostino*²

La mediazione, introdotta con il d.lgs., 4 marzo 2010, n. 28 è l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. Essa è un sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile.

Si differenzia dall'arbitrato perché il mediatore non rende decisioni vincolanti, ma assiste le parti nella ricerca di un accordo conciliativo.

Quali sono i vantaggi della mediazione?

- la semplificazione delle procedure;
- la riduzione dei tempi e dei costi per la soluzione della controversia;
- una maggiore aderenza della soluzione alle caratteristiche peculiari della lite e al rapporto complessivo tra le parti, in prospettiva futura e con finalità preventive;
- la composizione della lite attraverso il ripristino del dialogo tra le parti.

La legge esclude che tale strumento possa essere utilizzato per le liti aventi ad oggetto situazioni giuridiche o materie devolute alla giurisdizione amministrativa, o alle altre giurisdizioni speciali.

Ringrazio l'Ufficio studi del Consiglio di Stato per aver accolto l'idea di questo momento di approfondimento in collaborazione con il gruppo di studio dell'Associazione Lettera 150 nell'ambito di una serie di tematiche di riflessione sugli strumenti di implementazione dell'efficienza della giustizia amministrativa.

Dunque, il mio intervento nell'ambito dei dieci minuti a disposizione si articolerà su tre punti, senza voler essere esaustivo ma più uno spunto per ulteriori riflessioni.

I punti sono:

- un pregiudizio;
- l'interesse pubblico e la sua negoziabilità;
- la leale collaborazione tra pubblico e privato;

I primi due termini del problema sono intrinsecamente connessi.

¹ Per il webinar: La mediazione amministrativa: introduzione del modello e possibile impatto in termini di efficienza della giurisdizione amministrativa - Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa ed il Gruppo di lavoro sulla giustizia amministrativa di «Lettera 150» - 1 dicembre 2020 – ore 15,00 - Corso tenuto tramite l'utilizzo della piattaforma Microsoft Teams.

² Con questa frase inizia il volume LA MEDIAZIONE DEI CONFLITTI AMBIENTALI a cura di Veronica Dini - Linee guida operative e testimonianze degli esperti.

Nell'obiettare in ordine all'ammissibilità dello strumento della mediazione amministrativa viene più spesso portato come argomento quello della non negoziabilità dell'interesse pubblico.

Affermazione, questa, che di per sé risulta ragionevolmente orientata alla tutela dei principi costituzionali di buon andamento e comunque posta a garanzia dell'imparzialità, quale caposaldo dell'*agere* amministrativo.

Tuttavia, nel riflettere sulla questione, pare debba porsi la domanda: ma cosa è l'interesse pubblico? Esso non si esaurisce in una categoria astratta, in quanto tale da salvaguardare, o meglio, sorge il dubbio che probabilmente la configurabilità di esso come intangibile rispetto ad una negoziazione con il privato derivi più da una idea dell'amministrazione come titolare di un potere autoritativo³ ed imperativo che dalla natura stessa dell'interesse o più precisamente degli interessi.

Orbene insegna Giannini⁴ che *"I fatti amministrativi che interessano la scienza de diritto amministrativo sono i fatti amministrativo della collettività, e più propriamente quelli attinenti ad organizzazioni amministrative delle collettività"* e *"Collettività è una nozione base, che si assume in uno dei suoi dignificati sociologici, quello di gruppo permanente...tutti i gruppi organizzati danno luogo a fatti amministrativi"* ...

Appare, dunque, che è nella collettività che si deve andare a ricercare il significato stesso dell'interesse/interessi pubblici, in quanto il diritto amministrativo ha a che fare con i rapporti le relazioni tra un soggetto (o meglio il suo interesse) ed altri soggetti con interessi rilevanti.

Come in ogni gruppo permanente, nell'ambito della collettività si ha a che fare con relazioni tra un soggetto, due, ed un terzo impersonale, un componente anonimo e potenziale di una collettività, che tuttavia è poi la innumerevole serie di individui, di persone che, concretamente, si troveranno, anche solo per una volta, ad usare o ad aver bisogno di ciò su cui la decisione amministrativa interviene⁵.

Ora, la prospettiva, invece appare cambiare se si procede dal recupero – per come è stato definito da alcuno – *"della dignità degli interessi coinvolti da una decisione amministrativa, aumentandone dunque la collocazione giuridica ed il grado di tutela"*, che ha effetto conseguentemente su una diversa concezione dell'interesse pubblico, il quale si rivela *"in una dimensione che, in fin dei conti, si ritrova anche nella politica, nella la famiglia con prole e nelle loro decisioni, ovvero quella"* che si può - *"definire la questione della terza persona"*⁶.

In tale contesto, pertanto, si ritorna alla definizione della decisione amministrativa, che nell'amministrazione pubblica moderna coincide col suo carattere discrezionale, come *«giudizio di volontà o, più esattamente, scelta»*⁷.

³ F. Trimarchi Banfi, L'atto autoritativo, in Dir. amm., 2011, p. 674.

⁴ M.S. Giannini, Diritto amministrativo, vol. I, Giuffrè, 1970, p. 7 e ss.

⁵ E. Giardino, La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento, Torino, Giappichelli, 2012. Cfr., anche, C. Marzuoli, La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola, in Dir. Pubbl., 1995, pp. 393 ss.. V. ancora, M. Renna, Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione, in AA VV., Verso un'amministrazione responsabile, Milano, Giuffrè, 2005, 290 ss., con riguardo anche alle posizioni terze che rimangono estranee al procedimento, trattandosi *«vuoi di soggetti coinvolti soltanto da effetti generali del provvedimento, vuoi di controinteressati difficilmente individuabili, vuoi di una quantità di soggetti tale da impedire la comunicazione personale di avvio del procedimento a ciascuno di essi, vuoi di parti solamente eventuali della procedura che decidano di non intervenire»*. F. Trimarchi Banfi, Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni, in Dir. Proc. Amm., 2014, pp. 25 ss..

⁶ P. Forte, Enzimi personalisti nel diritto amministrativo.

⁷ M.S. Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, p. 267; ed ancora, A. Police, La predeterminazione delle decisioni. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, Napoli, ESI, 1997, p. 21; A. Travi, Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90, in Foro it., V, 1997, pp. 168 ss.; G. Arena, Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione, in AA. VV., Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, Jovene,

Ne discende un'idea differente del potere pubblico non più quale «libera attività dello Stato per i suoi fini, la quale può esplicarsi per la sua stessa posizione e funzione nella vita dello Stato, quindi per potere proprio, in virtù della sua propria forza non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare fondamento in una norma di diritto»⁸. Questa idea dell'autorità ricalca quella descritta, agli albori dell'epoca moderna, da Hobbes, che la definiva «comando»: «il consiglio è un precetto in cui la ragione dell'obbedienza deriva dalla cosa stessa che viene consigliata; il comando invece è un precetto in cui la causa dell'obbedienza è la volontà di chi comanda. Infatti è improprio dire 'io comando', se non quando la volontà si sostituisce alla ragione»⁹.

Tuttavia, l'evoluzione dell'ultimo secolo è stata orientata alla riconduzione delle decisioni amministrative al di fuori di tale schema per ricondurle ad un alveo più per così dire ordinario, che è quello del consenso:

Basti menzionare a riguardo, la novità introdotta dall'art. 1, co. 1 *bis*, della l. n. 241/1990 secondo cui la decisione amministrativa può essere assunta in termini consensuali o unilaterali. Ed anche per i provvedimenti amministrativi si è modificato il linguaggio normativo dell'invalidità, riportata ai fenomeni tipici in teoria generale della annullabilità e della nullità propri di ogni atto giuridico con l'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990.

Potendo, dunque, uscire dal pregiudizio da cui si era partiti, deve rilevarsi che, ad esempio, anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa favorevolmente circa la riconducibilità alla fattispecie negoziale disciplinata dall'art. 11 l. n. 241/90 delle convenzioni urbanistiche che regolano i rapporti tra privato e P.A., in tale modo superando le perplessità che in passato si nutrivano sulla configurabilità degli accordi amministrativi, proprio sull'assunto che fosse inconcepibile la negoziazione dell'oggetto del potere amministrativo¹⁰.

E così è stato escluso – a proposito - un conflitto con il principio di legalità imposto dall'art. 23 Cost., proprio perché alla base delle pattuizioni sussisteva il contratto, un accordo che il privato aveva accettato e sottoscritto con la P.A..

Alla base dell'accordo è individuabile il consenso, all'interno di una dinamica di esercizio del potere in forma consensuale anziché unilaterale, per cui la previsione di un contributo straordinario a fronte di un'edificabilità premiale risulta quale legittimo risultato di un meccanismo contrattuale al quale le parti aderiscono prestando il loro legittimo consenso¹¹.

Ed ancora, si è negato¹² che il privato, nella determinazione dell'accordo, si trovi in una posizione di soggezione rispetto alla P.A.. Difatti *“non può certamente ravvisarsi la nozione di “contraente debole” ex art. 1341 cod.civ. in una impresa che liberamente stipula con l'amministrazione una convenzione di lottizzazione dalla quale ricava consistenti benefici”*.

L'Adunanza Plenaria¹³ si è, peraltro, pronunciata inequivocabilmente su tale questione ritenendo che l'azione prevista dall'art. 2932 cod.civ. debba poter essere esperibile per *“qualsiasi ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege*.

2005, I, pp. 179 ss.; S. Cassese, L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, pp. 601 ss.; D. Donati, Il paradigma sussidiario, Bologna, Il Mulino, p. 138.

⁸ O. Ranalletti, Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali, Napoli, Pierro, 1912, p. 274; M. Weber, Economia e società, trad. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1995, IV, 45

⁹ T. Hobbes, De cive, Opere politiche di Tommaso Hobbes, Torino, Utet, 1960, p. 214.

¹⁰ LD – studio legale Durano - PIANIFICARE PER ACCORDI: LE NUOVE FRONTIERE DELLA PIANIFICAZIONE URBANISTICA.

¹¹ C.d.S., sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545.

¹² C.d.S., sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351.

¹³ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 28/2012.

(...). Non vi è pertanto motivo per ritenere che non possa essere oggetto dell'azione ex art. 2932 c.c. il mancato adempimento da parte del privato dell'obbligo (...) di cessione delle aree indicate, tale adempimento non essendo peraltro minimamente condizionato ad eventuali contrapposti adempimenti da parte del Comune ricorrente....".

Sembra per ciò che si è sin qui verificato che allora il potere possa enuclearsi in modi differenti, andando oltre il classico schema unilaterale, senza che ciò ne infici l'autoritatività.

Si è detto che *"Le dinamiche che vedono coinvolti i protagonisti del rapporto di diritto amministrativo, ossia la proteiforme figura della PA ed il privato, sempre più utente e meno amministrato, dimostrano come potere ed interesse legittimo possano incontrarsi dando vita ad accordi aventi ad oggetto la funzione amministrativa, in cui la naturale opposizione tra queste due posizioni cede il passo alla cooperazione"*¹⁴.

Orbene, dalla trasformazione nel senso della evidenziazione dell'approccio partecipativo da parte del privato va di seguito esaminata sul versante della giurisdizione la possibilità dell'utilizzo dello strumento della mediazione, o della negoziazione c.d. assistita.

In questo senso da molti se ne è auspicata l'introduzione per tutte quelle controversie nelle quali il giudice amministrativo giudica nell'alveo della giurisdizione esclusiva, laddove diritto soggettivo ed interesse legittimo si sommano tra loro in contesti in cui il potere incide sul privato senza che sia possibile comprimere totalmente le sue prerogative.

Del resto, si è anche posto in evidenza come il fenomeno delle Alternative Dispute Resolutions (ADR) è al centro di grandi dibattiti per quanto concerne la sede amministrativa. A livello euro-unitario l'esempio del Mediatore europeo ex art. 228 TFUE è espressione di questa dinamica, giacché questa figura interviene a risolvere questioni di cattiva amministrazione, sulla base di denunce presentate da qualsiasi cittadino dell'Unione Europea o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato Membro; salvo la Corte di Giustizia dell'Unione nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali.

Ciò in quanto molte delle misure individuate come alternativa alla giurisdizione si pongono in un'ottica di tutela di diritti soggettivi del cittadino, il quale può rivolgersi alla potestà pubblica per giungere ad una soluzione di compromesso con la controparte, senza voler accedere alla tutela giurisdizionale, come accade, per es. in sede di regolamentazione dei conflitti in materia di *privacy* (d.lgs. n. 196/2003), ove un ruolo di primo piano viene affidato al Garante per la protezione dei dati personali verso cui il privato può ricorrere in via alternativa alla giurisdizione ordinaria (artt. 145 e ss. d.lgs. n. 196/2003).

Deve ritenersi, dunque, venuto meno il connubio Stato-giurisdizione, con la conseguente possibilità che la legge regolamenti strumenti alternativi al ricorso ad un giudice (neutro e distante tra le parti). Tale conclusione non solo si appalesa quale evidenza della crisi della concezione trilatera del potere sovrano, ma costituisce sintomo dell'evoluzione del concetto stesso di Stato, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, il cui nucleo essenziale è espresso nel comma 4 dell'art. 118 Cost..

Alla luce di tali considerazioni sembra che si aprano nuovi spazi per la definizione delle controversie in ambito extragiudiziario e non solo con riguardo alle posizioni soggettive qualificabili come diritti, ma anche con riferimento a quegli interessi legittimi che si confrontano tra di loro nella dinamica complessa della tutela dell'interesse pubblico della collettività.

¹⁴ P. Fulgenzi, Potere pubblico e Alternative Dispute Resolutions in Diritto & Giustizia/Diritto Amministrativo