

“Mediazione amministrativa”, *Incontro a cura dell’Ufficio Studi del Consiglio di Stato e della Associazione Lettera 150-Roma, 1^a dicembre 2020.*

Intervento dell’ avv. Luigi M. D’Angiolella, Foro di Napoli, Vice Presidente UNAA

1.- La Mediazione amministrativa è un tema ad ampio raggio che coinvolge varie componenti, dall’ampia categoria dell’apparato della Pubblica Amministrazione, fino all’Avvocatura ed alla Magistratura, parti necessarie non solo della giurisdizione, ma anche del dibattito che ruota intorno a questo argomento.

Il punto di vista dell’Avvocato, accanto al tema di diritto in senso tecnico, tiene conto, più di altri, dell’esperienza sul campo e soprattutto delle esigenze dell’utente, di chi richiede il servizio giustizia.

La parte più nobile del ruolo di Avvocato, del resto, è proprio quella della mediazione tra cittadino e le istituzioni. Mediazione sociale che quindi è proprio alla base della nostra funzione.¹

2.- Il breve intervento sul tema assegnatomi non si sofferma su questioni fondanti come la *disponibilità* dell’interesse pubblico, trattata mirabilmente nell’introduzione del Presidente Patroni Griffi e poi da gli altri relatori, nè su alcuni rimedi come il ricorso gerarchico e quello straordinario, che in senso lato possono dirsi gli archetipi della mediazione amministrativa.

Tratterà più nello specifico le c.d. ADR (acronimo di *alternative dispute resolution*) con la Pubblica Amministrazione, che da qualche anno animano la discussione.

Ho ascoltato, naturalmente, con estremo interesse gli interventi che mi hanno preceduto e da tutti ho tratto qualche spunto.

Sarà difficile riferire qualcosa di originale, quindi, perché il tema, anche se è per lo più *de iure condendo*, è stato trattato qui in maniera già completa.

Inoltre sono intervenuti sulla mediazione amministrativa in molti, e sempre con grande perizia. Ricordo, tra i tanti, gli interventi dei Presidenti C. Volpe²

¹ Sul ruolo di mediatore sociale dell’avvocato, si vedano i contributi decisivi di G. Abbamonte, intervento del 12.2.2014 all’VIII Forum Nazionale dei Mediatori professionisti; F. Benvenuti in “L’Avvocato è qualcuno”, *pamphlet* a cura dell’Associazione degli Amministrativisti Veneti, 2016

² C.Volpe, Università di Cagliari Convegno “Mediazione e giudizio amministrativo”, 2018

e G. Giovannini³, del prof. V. Caputi Jambrenghi⁴ oltre che le molte discussioni che si sono avute in seno al Consiglio Direttivo di UNAA (Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti) ed in alcuni nostri convegni dedicati al tema⁵

Argomento dunque non nuovo e che ha avuto i primi riscontri in termini legislativi o regolamentari da qualche anno.

La mediazione anche alle controversie che coinvolgono la pubblica amministrazione infatti, era già stata ammessa, in particolari e limitate forme, attraverso la previsione di una particolare disciplina dall'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione Pres. Filippo Patroni Griffi, con la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 10 agosto 2012 n. 9/2012.

Quella Circolare limitava la possibilità di mediazione alle ipotesi in cui l'Amministrazione non svolgesse attività autoritativa, così interpretando la prima previsione contenuta nella direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, che escludeva la mediazione nella "*materia amministrativa*".

Intervenivano poi ulteriori direttive comunitarie (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014) che nei vari settori degli appalti pubblici, disponevano forme di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale.

Il Ministro della Giustizia nel marzo 2016 insediava una Commissione di studio con lo scopo dichiarato di formulare una ipotesi di disciplina organica e di riforma che sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riferimento alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato.

La Commissione, presieduta dal Prof. Alpa concluse i propri lavori presentando una proposta articolata in dieci punti nel gennaio del 2017,⁶ che è stato un ottimo punto di partenza per molti studi successivi.

³ G. Giovannini, intervento in Senato sul disegno di legge delega di attuazione delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014

⁴ V. Caputi Jambrenghi, approfondimento in Giust.Amm. n°11/2017

⁵ Convegno Nazionale di UNAA, 2018, Bologna.

⁶ Commissione presieduta dal prof. G.Alpa presso il Ministero Grazia e Giustizia per le proposte di modifica al D.Lgs 28/2010

La possibilità che anche le controversie di diritto amministrativo fossero risolte in via conciliativa stragiudiziale emergeva, altresì, dal regolamento del Ministro della Giustizia 14 febbraio 2017, pubblicato su G.U. del 24 marzo 2017 n. 70 che disciplinava la costituzione di camere arbitrali e di conciliazione presso i Consigli dell'Ordine degli Avvocati, inserendo, nella tabella A allegata, anche l'area di competenza professionale "*diritto amministrativo*".

Lo strumento che certo ha avuto maggior successo pratico nell'ampio ventaglio di intese con la P.A., è sicuramente l'accordo procedimentale ex art. 11 L. 241/90, abito formale a cui si sono ispirati anche molte proposte successive di possibile disciplina delle ADR

Inoltre, specie nella materia degli appalti, sono già presenti da tempo rimedi alternativi alla giurisdizione.

Si tratta di istituti ormai entrati nel linguaggio comune e nella prassi, come l'accordo bonario, i pareri di pre-contenzioso dell'Anac ed altre forme tese a deflazionare il contenzioso innanzi all'Autorità Giudiziaria statale.

Di recente, nell'ultimo decreto semplificazioni 76/2020 convertito in legge 120/2020, all'art. 6, si prevede il c.d. Collegio Consultivo per risolvere questioni tecniche per l'esecuzione dei contratti pubblici.

Al di là delle tantissime questioni che pone questo nuovo istituto, con seri dubbi applicativi, e della sua durata limitata nel tempo per l'emergenza Covid (per ora), non vi è dubbio che tale novità è un altro passo verso le soluzioni alternative al contenzioso di cui è parte una P.A..

La Francia, con sistemi di giustizia amministrativa come il nostro, ha approvato sin dal 2016 una normativa in tal senso, pur se con una opportuna e lunga fase sperimentale⁷ che è stata oggetto di approfondimento e studio.

Si tratta di elementi importanti che testimoniano una strada già segnata verso un sistema della mediazione anche con la Pubblica Amministrazione, ove la controversia può essere risolta in maniera diversa dalla causa vera e propria davanti ai giudici preposti.

Ciò sia per alleggerire il pubblico ed i cittadini di cause che potrebbero essere risolte con il semplice interfacciarsi, sia per deflazionare il contenzioso ed

⁷ L. 18.11.2016 n° 2016/1547 che consente la mediazione amministrativa nei rapporti con la Pubblica Amministrazione

evitare costi che non tutti si possono permettere per accedere alla giurisdizione, specialmente in alcuni settori.

Forse il costo ed anche la imprevedibilità degli esiti in alcune materie - si pensi agli appalti - sono le ragioni che più convincono gli avvocati che questa sia una strada da percorrere.

Questo tipo di soluzione preventiva e/o alternativa al contenzioso classico è già presente in altre giurisdizioni, quelle civili e tributarie, come è noto, con alterne fortune.

Soprattutto la mediazione in materia tributaria, per le sue peculiarità, il sistema giurisdizionale e burocratico più vicino a quello amministrativo, è di particolare interesse⁸.

3.- Le proposte che sono in campo, intanto, hanno il retroterra che si è riportato al capo che precede.

Esse, facilmente rinvenibili, sono varie e molteplici, anche perché non si vedono particolari limiti se non quello dell'art. 24 Cost. per cui deve essere garantito comunque la possibilità di ricorrere alla giurisdizione dello Stato se non si raggiunge l'intesa.

Riteniamo che in questo ridisegno, il ruolo dell'avvocato comunque debba essere centrale, sia per la funzione di mediazione sociale che per sua natura svolge, come detto all'inizio, sia per la necessità di una mediazione tecnica, affidata a professionisti che per legge hanno la necessaria competenza nei rapporti con la P.A. .

Avvocati nel ruolo di mediatori o comunque che devono assistere le parti nell'ambito dei procedimenti di mediazione per garantire il funzionario -anche per tranquillizzarlo- ed il cittadino.

4.- Sull'utilità dello strumento gli Avvocati hanno pochi dubbi e come si dirà.

Preoccupa però la mancanza di cultura della mediazione in Italia.

Sarebbe efficace l'istituto dei rimedi alternativi quando è parte una p.a. e cioè una *burocrazia* come la nostra ?

⁸ La mediazione è stata introdotta dal legislatore per i giudizi avanti le Commissioni Tributarie, in forza dell'art. 17 bis del d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546, poi modificato dalla legge 27 dicembre 2013 n. 147. La mediazione tributaria sulla quale la Corte costituzionale si è espressa favorevolmente già con la sentenza 16 aprile 2014 n. 98 e poi con l'ordinanza 15 febbraio 2017 n. 38 è stata resa obbligatoria dal 1 gennaio 2016 per tutti i tributi con valore sino a 50.000,00 euro in forza del disposto del d.lgs n.156 del 2015

Non v'è dubbio che, intanto, la burocrazia italiana è poco propensa ad assumersi le responsabilità a maggior ragione quando si tratta di riconoscere al cittadino o all'impresa vantaggi economici.

Nella migliore delle ipotesi è un atteggiamento prudente, ed in alcuni casi preoccupato di interventi esterni sia del giudice penale che del giudice contabile, e non riguarda ovviamente solo il tema in esame.

Si badi che tale riflessione non concerne solo il rischio di responsabilità, ma piuttosto una cultura che permea l'agire dei nostri funzionari ⁹.

Con immagine efficace, si parla di *paura della firma*, oppure *burocrazia difensiva* come la medicina difensiva e cioè quella che svolge approfondimenti istruttori, complessi e non sempre utili per poi frapporre ostacoli spesso solo di carattere formale per non arrivare ad una decisione.

Più in generale questo è anche il tema della capacità di gestire, di fare le cose, di lavorare cioè per far diventare realtà concrete ciò che si programma : è un grande tema politico oltre che strettamente giuridico.

Si aggiunga che il nostro sistema è formalistico e le forme superano e talvolta schiacciano la sostanza.

Nonostante le semplificazioni che sono intervenute a partire dalla legge 241/90, non v'è dubbio che il nostro Ordinamento tende a privilegiare soluzioni formalistiche e, del resto, in alcune materie (non posso fare a meno di pensare agli appalti), anche molte decisioni sono spesso informate da questo spirito che pervade la nostra legislazione e, come detto, di riflesso, la cultura stessa della nostra burocrazia

Dunque, da un lato vi è l'idea, certo forte, che la mediazione amministrativa possa essere utile al cittadino, ed anche fortemente conveniente per il funzionamento della macchina amministrativa.

Dall'altro temo che lo spirito innovatore possa scontrarsi con la realtà che si è descritta.

5.- Le proposte di UNAA ¹⁰

⁹ Tema comunque al tal punto sentito che la Commissione Alpa ha previsto una ipotesi di espressa esimente da responsabilità contabile per i funzionari pubblici sottoscrittori di un accordi di mediazione

¹⁰ Per una rapida consultazione delle proposte di UNAA, si veda Dizionario di Giustizia Amministrativa 2019 Ed. La Tribuna, a cura del Consiglio Direttivo UNAA triennio 2016-2019, voce curata da T.Pallavicini

L'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti, ha da tempo elaborato, sulla base di quanto detto, delle possibili soluzioni o campi di indagine, che tengano conto di tutto quanto appena detto, e che si offrono al dibattito.

a) La prima di esse, è volta ad intervenire nella fase del procedimento di prima dell'emanazione di un provvedimento amministrativo formale e conclusivo, potenziando un istituto già presente all'interno della legge n. 241 del 1990, quale è il preavviso di rigetto *ex art. 10 bis*. Tale istituto, oggi applicabile ai soli procedimenti amministrativi ad istanza di parte, potrebbe, se opportunamente modificato, contribuire a risolvere le esigenze di mediazione che sono state illustrate.

b) Un'altra proposta è quella di istituire una specifica procedura di mediazione attivabile dal responsabile del procedimento, una volta ricevute le deduzioni dell'interessato -e su richiesta di quest'ultimo- a seguito della comunicazione dei motivi ostativi. Tale procedura, che avrebbe effetti interruttivi della prescrizione ed impeditivi (per una sola volta) della decadenza, dovrebbe consentire all'amministrazione una migliore valutazione della fondatezza delle pretese vantate dalla controparte privata, prevedendo altresì un termine per la conclusione pari a 30 giorni nonché la garanzia che la presentazione dell'istanza di mediazione non vada ad incidere sulla possibilità di ottenere dal TAR provvedimenti cautelari.

c) Con riguardo invece alla materia degli appalti, è stata elaborata una proposta di risoluzione alternativa alle controversie aventi le seguenti caratteristiche:

- evitare e/o comunque ridurre il pagamento del contributo unificato nella materia in questione che, come è noto, è eccessivamente elevato in misura tale da comprimere il diritto alla difesa costituzionalmente garantito;

- ridurre o quantomeno offrire un'alternativa al rimedio previsto dal Codice dei contratti di ricorrere, quale ADR, ai pareri di precontenzioso espressi da Anac, trattandosi di procedura che non garantisce tempistica e contraddittorio adeguati;

- snellire il procedimento, riducendo i tempi di decisione, anche omettendo un grado di giudizio pur nel rispetto delle prerogative costituzionali.

d) Infine, un'ulteriore proposta riguarda la valorizzazione dell'udienza cautelare, posto che essa rappresenta la prima e più preziosa occasione di incontro tra le parti e il giudice, nonché il luogo della verifica delle esigenze

concrete di tutela e dello stato del processo, così da consentire l'adozione di tutte le misure necessarie per un'efficace protezione degli interessi in gioco e per una celere conclusione del processo, per una definizione conciliativa senza la sentenza.

6.- In conclusione, si auspica che vi sia spazio alla creazione di nuove forme e modelli decisionali, più dialettici, consensuali, sia nell'ambito del procedimento amministrativo che fuori dal processo stesso, in modo che la celerità nella composizione di un potenziale conflitto, ovvero la sua prevenzione, renda più efficiente anche l'azione amministrativa.

Sono cosciente di quella che è la realtà italiana, difficile da scalfire sul piano culturale, ma gli avvocati ritengono che si debba insistere in tal senso, per affrontare le esigenze che appaiono comunque ineludibili ai nostri occhi, e cioè la riduzione dei costi, la necessità di deflazionare il contenzioso non rinunciando però ad offrire un servizio serio e rapido.

Spingendo in questa direzione speriamo si possa, anche lentamente, cambiare la mentalità e giungere così ad un più sereno rapporto tra amministrazione pubblica e cittadino.