

LA MEDIAZIONE AMMINISTRATIVA. L'ANGOLO VISUALE
COMPARATISTICO.

1. La ratio di una scelta. 2. La mediazione amministrativa in Germania. 3 La mediazione amministrativa in Spagna. 4. La mediazione amministrativa in Francia. 5. Conclusioni: l'istituto della mediazione e la democrazia amministrativa.

1. La ratio di una scelta.

Il presente lavoro andrà a delineare una breve panoramica dell'istituto della mediazione amministrativa in alcuni Stati Europei. Il *focus* sarà in particolare sulla Germania, sulla Spagna, sulla Francia.

Tale *focus* riveste un rilievo strumentale nel presente lavoro; esso è, infatti, idoneo ad una comparazione per assonanza.

Tale tipologia di comparazione è resa possibile, nel caso di specie, dall'appartenenza degli ordinamenti degli Stati suddetti alla stessa famiglia giuridica: quella della *civil law* con radici che traggono nutrimento nello stesso fertile terreno del Costituzionalismo.

Certamente affondano le loro radici nel costituzionalismo anche i sistemi giuridici appartenenti alla famiglia giuridica della *common law* ma in essi il formante giurisprudenziale è ancora differente; e i principi e le tecniche giuridico-processuali sono connessi, talvolta, a letture del rapporto Amministrazione, Giudice, amministrato divergenti rispetto a quelle dei sistemi di *civil law*. Tali elementi di differenziazione fondano, ragionevolmente, la scelta di prediligere i predetti modelli di comparazione.

Una comparazione, come detto, secondo la tecnica della assonanza, tecnica preferibile soprattutto quando si effettuano riflessioni su istituti de iure condendo senza, tuttavia, porre limiti di invalicabilità dei modelli divergenti, una volta esaminati quelli simmetrici.

L'assonanza dei modelli *de quibus* deriva, nell'ambito della microcomparazione, soprattutto da una costruzione dell'ordinamento giuridico, in ambito amministrativo, simile nei tre Stati di riferimento; comune, in essi, è, soprattutto, la visione, almeno storicamente, del rapporto fra Pubblica Amministrazione e cittadino.

Emblematico e significativo è il termine utilizzato in Francia per indicare la Pubblica Amministrazione: *Puissance Publique*. Trattasi di un retaggio che affonda le radici nell'epoca napoleonica e che in tutti e tre gli ordinamenti giuridici di riferimento ha conformato i rapporti

fra Amministrazione e amministrati ma anche fra amministrati e Giudice. Con tali occhiali perfino gli interpreti delle Carte Costituzionali Democratiche hanno letto la struttura e il ruolo della Pubblica Amministrazione.

Dottrina e Giurisprudenza per lungo tempo sono rimaste impigliate nelle maglie del modello amministrativo della forma di Stato liberale pur dopo la transizione nella nuova forma di Stato.

Quella democratica.

Noto è, tuttavia, proprio alla scienza comparatistica, che le transizioni costituzionali recano con sé dei tempi, purtroppo, di permanenza temporanea ma spesso prolungata, di visioni, di strutture e dinamiche legate al passato.

Tale settoreiale “*weltanschauung*” in ambito amministrativo subisce una iniziale ondata riformistica, a livello legislativo, in tutta Europa, come noto, negli anni '90 del secolo scorso.

Riforme dovute a molteplici fattori che affondano le radici nell'esigenza di modernizzazione. Esigenza presente sia nei cittadini che reclamano la cosiddetta libertà amministrativa, sia nelle imprese che temono l'eccesso crescente di regolazioni generatrici di un possibile nuovo dominio eminente, gravante sull'attività economica ma anche nelle stesse pubbliche amministrazioni cresciute a dismisura, costose ed impacciate (Sabino Cassese).

Aldilà delle ragioni ultime che generano tale ondata riformistica, qui rileva evidenziare che in tali anni vengono posti i semi per condurre a maturazione proprio una modifica della visione del rapporto autorità/cittadino nell'ambito dell'esercizio del potere pubblico¹.

Si apre la strada per la creazione, nel tempo, di un nuovo modello relazionale.

Il compito principale per tale intervento di ingegneria spetta e non potrebbe che spettare alla Dottrina e alla Giurisprudenza in una logica dinamica di positività delle evoluzioni originate *hominum causa*.

Nel caso specifico per un'evoluzione verso la democrazia amministrativa, nei termini che saranno esplicitati nel prosieguo del presente intervento.

2. La mediazione amministrativa in Germania

In Germania gradualmente si afferma, infatti, proprio in ambito dottrinale, la teorizzazione della cosiddetta *governance* collettiva cioè una condivisione di responsabilità fra cittadino e amministrazione.

Si parla, appunto, di *verantwortungverbund*.

¹ Si ritiene che fondamentale, per questa mutazione relazionale, sia stato, in primis, il riconoscimento del diritto di accesso agli atti della P.A. Il diritto all'informazione rappresenta, infatti, il cuore di un sistema squisitamente democratico. La conoscenza permette la partecipazione, la consapevolezza, il controllo.

Si ha, quindi, un terreno fertile per l'introduzione dell'istituto della mediazione amministrativa che, per la dottrina tedesca, è una regolazione autoregolata.

La concreta spinta riformista, in tale ambito, proviene non dal Legislatore ma dalla Giurisprudenza.

Si ha una riforma pretoria della giustizia: una *richterliche justizreform*.

Nel 2000, infatti, il Tribunale Amministrativo di Berlino introduce per la prima volta un giudice mediatore²

Tale creativa operazione di servizio alla Giustizia viene introdotta, un anno dopo, anche nel Tribunale Amministrativo di Friburgo ma essa è ostacolata dal Ministro della Giustizia del Land; dovrà intervenire il Consiglio Giudiziario del Tribunale Amministrativo dichiarando che la mediazione giudiziaria è parte integrante della giurisdizione affidata dalla Costituzione ai giudici.

Nel 2004 i Tribunali Amministrativi di Stoccarda e Karlsruhe si dichiarano solidali con i colleghi di Friburgo e organizzano insieme un corso di formazione di mediazione per cinque giudici amministrativi.

Come base legale per tale azione creativa invocano, in contrasto con il Ministro della Giustizia del Land, un'applicazione analogica di una disposizione del codice di procedura civile (l'articolo 278).

L'esperimento troverà condivisione in altri Tribunali Amministrativi e sarà riprodotto nei diversi Länder della Germania ed infine riceverà l'avallo costituzionale da parte dello stesso *Bundesverfassungsgericht* cioè dall'organo di giustizia costituzionale della Repubblica Federale di Germania, con ordinanza del 14 febbraio del 2007.

Nel frattempo, nella prima decade del nuovo millennio intervengono spinte europee nel settore delle *alternative dispute resolution*.

In particolare la direttiva 52/2008 sulla mediazione (preceduta da un libro verde del 2002 sulle ADR). La direttiva riguarda solo controversie a carattere transfrontaliero e in realtà esclude l'ambito amministrativo dalla sua applicazione né prevede la figura del giudice-mediatore ma il "vento" delle ADR soffia con forza innovatrice anche negli ambiti originariamente non previsti.

² In qualità di presidente di una delle Sezioni del Tribunale Amministrativo di Berlino, con competenza per l'urbanistica e i permessi di costruzione, Michael Ortloff aveva iniziato a risolvere gli arretrati della sua Sezione attraverso trattative con le parti, al fine poi, di intesa con il Vertice del suo Tribunale, di prendere in carico i casi di altre Sezioni, in vista della conciliazione, offrendo così mediazione giudiziaria soprattutto per i conflitti in campo urbanistico e di vicinato. Dal 2003 fino al suo pensionamento nel 2006 è stato liberato da ogni attività decisionale per potersi dedicare esclusivamente al suo compito di mediatore. Nel 2001 il Tribunale Amministrativo di Friburgo seguirà l'esempio di questo Presidente illuminato. E così poi, gradualmente, non senza conflitti, in tutti i Länder della Germania.

Tali spinte europee condurranno all'adozione, in Germania, della legge sulla mediazione (anche amministrativa) nel 2012.

Tale normativa prevede l'eliminazione della mediazione giudiziale siccome creata dal giudice amministrativo (con una fase transitoria di mantenimento della stessa fino al 2013) e l'introduzione di una mediazione precontenziosa e di una mediazione all'interno del processo con la creazione della figura del *güterichter* cioè del giudice-mediatore ma non come componente del collegio giudicante.

Tale normativa introduce, infatti, una sorta di sotto procedimento giurisdizionale affidato al giudice-mediatore.

Tale figura, nel caso di un accordo raggiunto, passerà la decisione sulla omologazione di tale accordo al collegio giudicante che, nel caso, andrà a dichiarare la cessata materia del contendere.

Il ricorso alla mediazione amministrativa è ritenuto possibile non per l'attività amministrativa vincolata bensì per l'attività amministrativa discrezionale. Le principali materie sono il diritto dell'edilizia, quello ambientale, la materia pianificatoria, il pubblico impiego, il diritto della previdenza sociale, le controversie sulle sovvenzioni.

La mediazione è condotta in porto anche attraverso l'utilizzo e il riferimento a parametri equitativi. La Dottrina ha spinto verso la sostituzione del ricorso amministrativo (obbligatorio rispetto all'azione di annullamento e di adempimento) con la mediazione.

3. *La mediazione amministrativa in Spagna*

Le spinte europee in materia di mediazione condurranno anche la Spagna all'approvazione, nel 2012, di una legge introduttiva dell'istituto della mediazione come ADR ma non in ambito amministrativo. Il campo di elezione sarà quello civile e commerciale.

Ma i semi innovatori delle riforme relative alla P.A., che, come già scritto, attraversano molti Stati Europei, germogliano inizialmente in ambito dottrinario e trovano terreno fertile nelle riflessioni della stessa Magistratura.

Il *Consejo General del Poder Judicial* si fa promotore di progetti pilota come, ad esempio, in Catalogna, a Valencia, a Madrid, nelle Isole Canarie.

In tali ambiti si ritiene che, all'interno della ley 39/2015 sul *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, vi siano basi normative per la costruzione di una mediazione amministrativa precontenziosa .

In particolare alla luce del combinato disposto degli articoli 86.1, 112.2 e 114.

Ugualmente, per una base normativa idonea alla costruzione della mediazione giudiziale, si fa riferimento all'art. 77 della *ley sulla Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 1998.

Tale impegno teorico della dottrina e della magistratura hanno trovato ostacoli in tutti questi anni nel principio di legalità dell'azione amministrativa e nella convinzione della non negoziabilità dell'interesse pubblico.

La spinta di tali forze per la costruzione di una *Administración concertada* e del superamento della concezione tradizionale del processo, caratterizzato da una parte vittoriosa ed una parte soccombente, hanno condotto recentemente ad esiti fruttuosi attesa, finalmente, la consapevolezza, anche da parte delle forze politiche, della necessità di garantire un sistema di giustizia efficiente.

La consapevolezza, in altri termini, che le risorse giudiziarie sono risorse limitate e che di esse va fatto un uso "razionale".

In Spagna si parla, infatti, di giustizia sostenibile.

L'intero contesto delineato, finalmente, ha condotto da un lato al *Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación*, approvato dal Consiglio dei Ministri a gennaio 2019 e poi, soprattutto, alla delineazione del *Plan Justicia 2030*.

La mediazione amministrativa è ritenuta, oramai in Spagna, uno dei tre assi portanti del *Plan Justicia 2030* per raggiungere una giustizia sostenibile, insieme al regio decreto legge 16/2020 sulle misure procedurali e organizzative per affrontare le gravi problematiche economiche e sociali generate dalla pandemia da COVID-19, unitamente ai piani di riattivazione nelle diverse giurisdizioni.

Il Ministro spagnolo della Giustizia, recentemente, in un convegno di giugno 2020 presso la camera di Commercio di Valladolid, ha affermato che "*la implantación de las soluciones amistosas de diferencias en el ámbito administrativo implica transformar la relación Administración-ciudadano de unidireccional a bidireccional a través del diálogo y desde la flexibilidad... ponderar y equilibrar el interés general y el reconocimiento del interés particular y legítimo de los ciudadanos en una Administración integradora y democrática, como reflejo de una buena gobernanza*".

4. La mediazione amministrativa in Francia

La Francia approda ad una implementazione della democrazia amministrativa tramite l'approvazione, nel 2016, della legge sulla mediazione che introduce modifiche all'interno del *Code de Justice Administrative* (CJA).

Trattasi della legge n. 1547/2016.

All'interno del Libro II, *Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel*, Titolo I *Attributions*, è stato introdotto il Capitolo III, *la médiation*, che disciplina il nuovo istituto dall'art. L213.1 all'art. L213.10.

Il Legislatore francese ha scelto una definizione di mediazione molto ampia.

A norma dell'art. L213.1, infatti, “*la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction*”.

La mediazione amministrativa può essere precontenziosa o può svilupparsi all'interno del processo. Nel caso in cui sia precontenziosa, le parti possono comunque ricorrere al Presidente del Tribunale Amministrativo o al Presidente della Corte Amministrativa di Appello perché vengano designate una o più persone incaricate di sviluppare una mediazione amministrativa.

L'attivazione della procedura di mediazione amministrativa ha come effetto quello di interrompere i termini di proposizione del ricorso e di sospendere i termini prescrizionali.

La loi n. 1547/2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, introduttiva, anche ma non solo, dell'istituto della mediazione amministrativa, ha stabilito, per tale istituto, un periodo di sperimentazione.

A partire dall'aprile 2018, e per quattro anni, in alcune materie quali la *fonction publique* e *les contentieux sociaux*, la mediazione amministrativa sarà *préalable obligatoire*.

Essa, in altri termini, dovrà necessariamente precedere l'attivazione di un processo giurisdizionale.

Nel 2018 sono state esperite 800 mediazioni e nel, 2019, 1000 mediazioni con il 68% di esiti favorevoli. I principali ambiti di ricorso alla mediazione amministrativa sono stati: *les marchés publics*, *la fonction publique*, *le domaine public*, *l'urbanisme*.

Un *trend* di successo soprattutto perché indice positivo di una nuova lettura della relazione fra Amministrazione e amministrati.

Come ha chiarito Bruno Lasserre, vice presidente del *Conseil d'État*, durante il convegno nazionale sulla mediazione amministrativa organizzato proprio dal *Conseil d'État* francese il 18 dicembre 2019, “*entretenir et restaurer une telle confiance apparaît crucial pour les juges qui promeuvent l'Etat de droit*”.

Uno Stato di Diritto che non può prescindere dalla democratizzazione di tutte le relazioni operanti al suo interno.

La presidente del CNB (equivalente al nostro CNF) ha infatti sottolineato che “*notre démocratie a besoin de dialogue et de médiation à tous les étages*”.

5. *L'istituto della mediazione e la democrazia amministrativa*

Negli ordinamenti di riferimento, proprio per il comune terreno del Costituzionalismo, è possibile teorizzare e realizzare la Democrazia Amministrativa di cui la mediazione rappresenta un buon arnese di realizzazione.

Si permetta qui di sottolineare che il Costituzionalismo richiamato non lo si intende solo come esito delle tre rivoluzioni dell'Occidente moderno quali la rivoluzione gloriosa inglese (con il fondamentale precedente della Magna Charta Libertatum), la rivoluzione americana e la rivoluzione francese. Il costituzionalismo è l'esito, anche, come magistralmente insegna Peter Häberle, della cultura giudaico-cristiana e, ancor prima, della civiltà greco-romana.

All'interno di tale importante e imponente tradizione giuridica risulta irrinunciabile la creazione di organizzazioni ed istituti nonché l'elaborazione di principi e regole *hominum causa*.

La Democrazia genera, infatti, uno Stato personalista oltre che pluralista e irrinunciabilmente sociale.

La pietra angolare di tutti gli edifici degli ordinamenti *de quibus* è e dev'essere sempre la Persona con la sua Dignità (Moro, La Pira).

È dovere di tutti gli attori politici e di tutti gli operatori giuridici agire, dunque, perché la forma di Stato Democratica innervi ogni parte dello Stato-Ordinamento.

Non solo. È fondamentale che essa riverberi i suoi effetti nella relazione fra Stato-apparato e Stato-comunità tramite una democratizzazione della Pubblica Amministrazione nei termini che ora si chiariranno.

In via preliminare va detto che per giungere ad una concettualizzazione della Democrazia Amministrativa va, necessariamente, abbandonata la lettura antagonista fra giurisdizione, amministrazione, autonomia privata.

Tale visione antagonista è legata a una rigida interpretazione ed applicazione del principio di separazione dei poteri e alla altrettanto rigida contrapposizione fra Stato-apparato e Stato-Comunità. Fra luogo dell'Autorità e luogo delle Libertà.

È fondamentale lavorare sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, “*in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo*” (Parere 515/2016, Sezione Consultiva del Consiglio di Stato).

E tale cambiamento di *Weltanschauung* è tanto più importante oggi, attesa la limitatezza della risorsa giurisdizionale.

In Spagna, come richiamato nel paragrafo relativo a tale ordinamento, è stato approvato nel 2020 el Plan Justicia 2030.

La nostra Corte di Cassazione, già con ordinanza n. 19501 del 6 settembre 2010 ha fatto emergere tale problematica.

In Francia tale sensibilità ormai è emersa in modo evidente.

Durante il convegno nazionale sulla mediazione amministrativa, organizzato dal Consiglio di Stato nel gennaio del 2020, è stato, infatti, sottolineato che « *l'intérêt pour la juridiction administrative est de recentrer le juge sur son office et de favoriser les bonnes relations avec les justiciables en les aidant à résoudre eux-mêmes leur litige* » per « *éviter les déperditions d'énergie* » (Dominique Bonmati, Presidente del Tribunal Administratif de Marseille).

Lo strumento della mediazione amministrativa, nell'accezione francese del termine³, può rappresentare un utile strumento per evitare lo sperpero della risorsa giurisdizionale, realizzando, nel contempo, la democrazia amministrativa intesa, in prima battuta, come democrazia deliberativa; deliberativa nel senso concettuale proveniente dai sistemi giuridici anglosassoni.

In altri termini un sistema di rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione improntato alla partecipazione del cittadino nella fase di formazione della decisione e, dunque, nella fase di risoluzione del conflitto, ove sorto.

Democrazia deliberativa nel senso dunque, di *to deliberate* cioè coinvolgere in una ponderazione dialogica tutti i soggetti portatori di interessi connessi ad una questione.

Risulta evidente, in tale contesto, la necessità di una sintesi con finalità risolutiva che, appunto, un terzo può effettuare e cioè il mediatore.

Il coinvolgimento e la presenza dell'interesse pubblico dovrebbe consigliare il ricorso a tecniche decisionali tipiche della giustizia costituzionale quale il bilanciamento delle situazioni giuridiche in conflitto alla luce del principio di proporzionalità come sviluppatosi nella tradizione tedesca del *Bundesverfassungsgericht*, all'interno del giudizio di proporzionalità (come in origine pensato da Robert Alexy) e poi sviluppato ed utilizzato dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, con i dovuti distinguo, senza necessariamente limitarsi all'applicazione dei soli canoni giuridici ma aprendo anche all'equità.

Questa via potrebbe condurre alla democrazia amministrativa nel senso, appunto, di una *verantwortungverbund* cioè di una amministrazione condivisa in attuazione del combinato

³ "tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur" art. L213.1 du Code de Justice Administrative.

disposto degli articoli 1,2,3,97 e 98 della Costituzione italiana consegnando finalmente al passato la declinazione della PA secondo canoni di stampo liberale che, in ultima analisi, realizzi, come indicato da Jürgen Habermas, il metodo discorsivo; *l'herrschaftsfreier*.

Tuttavia si ritiene che la democrazia amministrativa di stampo deliberativo/partecipativo non permetta di sciogliere tutti i nodi della questione.

La non negoziabilità dell'interesse pubblico, i soggetti portatori di interessi uguali e contrari al destinatario del provvedimento, il principio di legalità, la rigida separazione dei poteri, la giurisdizione in senso stretto rappresentano, ostacoli significativi a moduli di amministrazione condivisa, soprattutto in fase risolutiva dei conflitti.

I richiamati elementi ostativi alla mediazione amministrativa possono trovare, però, un adeguato comune e interconnesso spazio evolutivo nella cittadinanza amministrativa di ultima generazione. Una cittadinanza autenticamente conforme al diritto-dovere di effettiva partecipazione di cui al combinato disposto degli articoli 3 e 118 della Costituzione nella scia, mutatis mutandis, del concetto più ampio ed elastico di Giurisdizione delineato dalla Corte di Giustizia⁴⁴; magari tramite un'auspicabile azione creativa pretoria, sull'esempio tedesco avendo di mira un modello pluralista e paritario di rapporti fra Amministrazione e Cittadini, differenziati per funzioni, non per posizione.

⁴⁴ C.GUE, Causa C-69/96.