

# MEDIAZIONE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLE CONTROVERSIE CON LA P.A.:

## MODELLI A CONFRONTO \*

*Prof. Stefano Tarullo*

Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli»

**SOMMARIO:** *1. L'impostazione del dibattito tra teoria e legislazione - 2. Gli insidiosi nodi della mediazione amministrativa - 3. Un altro possibile scenario: la negoziazione assistita amministrativa (NAA). - 4. Disamina della disciplina positiva ed ipotesi di adattamento alle controversie amministrative. - 5. Osservazioni e proposte conclusive.*

### *1. L'impostazione del dibattito tra teoria e legislazione*

Negli ultimi anni è maturata, tra gli addetti ai lavori, una spiccata sensibilità per l'istituto della c.d. mediazione amministrativa. Come noto, il mediatore, soggetto terzo rispetto alle parti ed estraneo alla vicenda sostanziale (e perciò imparziale), ha il compito (conferitogli dalle parti stesse) di favorire il dialogo e la comunicazione tra i litiganti puntando al raggiungimento di un accordo che ponga fine stragiudizialmente alla controversia. Per conseguire l'obiettivo egli può anche tenere sessioni separate con ciascuna delle parti.

Le riserve teoriche invocabili relativamente a tale istituto, o meglio alla sua «importazione» all'interno del sistema di giustizia amministrativa, si basano in prevalenza sulla non negoziabilità del potere amministrativo e sulla «sacrale» preservazione del principio di autorità nei rapporti tra Enti pubblici e cittadini. Queste obiezioni sembrano però assai poco convincenti e meritano di essere definitivamente superate, specialmente alla luce dell'evoluzione normativa degli ultimi anni. Infatti,

---

\* Testo, riveduto ed ampliato, della relazione tenuta al *webinar* del 1 dicembre 2020 dal titolo «*La mediazione amministrativa: introduzione del modello e possibile impatto in termini di efficienza della giurisdizione amministrativa*», organizzato in collaborazione tra l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa ed il Gruppo di lavoro sulla giustizia amministrativa dell'Associazione «Lettera 150».

come il dibattito dottrinale ha messo ormai nitidamente in luce, la scelta e composizione discrezionale tra interessi compresenti e configgenti ben può avvenire con il coinvolgimento attivo del privato e sulla base di un incontro delle volontà. Lo dimostra plasticamente l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 recante la disciplina degli accordi amministrativi c.d. «verticali», oltretutto presente sin dalla formulazione originaria della legge, per tacere di tutti gli accordi «speciali» variamente presenti nelle discipline di settore (pensiamo a quella urbanistica). Né va dimenticato che la filosofia della consensualità nell'amministrare permea anche l'art. 15 della stessa legge sul procedimento, relativo agli accordi amministrativi c.d. «orizzontali»<sup>1</sup>.

In realtà, ciò che chiamiamo tralaticciamente ed enfaticamente «interesse pubblico» non è altro che un'«equilibrata sintesi» di tutti gli interessi in gioco, in cui entrano a pieno titolo anche gli interessi privati. Quindi l'esercizio del potere amministrativo, benché rimanga unilaterale nel momento della decisione (e nessuno può mettere seriamente in dubbio la «solitudine decisionale» dell'amministrazione, da cui discendono tutte le responsabilità che l'ordinamento vi riconnette), è nella sua stessa essenza attività di mediazione, conciliazione e composizione ragionevole di interessi compresenti e confliggenti; ed a dimostrarlo è appunto la possibilità di una convergenza tra interesse pubblico ed interesse privato verso un unitario e condiviso «assetto di interessi» implicita nel già richiamato art. 11 della legge n. 241 del 1990. Pertanto nulla osta sul piano dogmatico a ritenere che tale assetto di interessi possa essere ricercato consensualmente e negozialmente dalla p.a. e dal privato nell'ambito di una particolare procedura «concordata», anche nelle sue tempistiche e nel suo svolgimento, qual è quella della mediazione.

---

<sup>1</sup> Del resto, anche nel confronto scientifico prevale l'idea che l'interesse pubblico cui deve tendere l'azione amministrativa non sia «scritto nelle leggi», ma piuttosto «scritto nei fatti». Non esiste, cioè, un interesse pubblico da perseguire «a tutti i costi» prima dell'esercizio del potere; il vero interesse pubblico al quale la p.a. procedente deve mirare non è quello «astratto» o «normativo» scolpito nella norma di legge, ma è piuttosto l'«interesse pubblico specifico», ossia quello che concretamente si ricava dai fatti acquisiti in sede istruttoria in virtù del corretto uso della discrezionalità amministrativa, sostanziale ed ancor prima strumentale. Esso coincide con un dato ricavabile solo *a posteriori* grazie alla ponderazione, graduazione, gerarchizzazione e composizione di tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, che affluiscono al bacino delle informazioni procedimentali. Il tema è specificamente affrontato nella relazione svolta al citato *webinar* del 1 dicembre 2020 da S. COGLIANI, *La negoziazione e l'interesse pubblico*.

In siffatto quadro concettuale, la dottrina non da oggi caldeggia l'introduzione della mediazione in ambito amministrativo; strumento che, assieme ai ricorsi amministrativi (da non abbandonare ma semmai solo da ammodernare), potrebbe armonicamente comporre un sistema completo di ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Va rammentato in tale direzione un pregevole scritto del Prof. Vincenzo Caputi Jambrenghi su «*Giustamm.it*» n. 11/2017 che emblematicamente, già dal titolo, si proponeva di temperare possibili «ingiustizie» della sentenza («*Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*»).

Va d'altro canto tenuto conto di una considerazione di fondo e «di sistema» opportunamente evidenziata dal Presidente Filippo Patroni Griffi in un suo recente intervento. Come efficacemente evidenziato dal Presidente, l'azione amministrativa è in costante espansione, «perché sempre più è richiesta l'intermediazione amministrativa negli svariati campi della società»: vuoi nell'economia, là dove si registra «un'azione di regolazione e controllo dei mercati o di intervento diretto nella produzione a mezzo di figure soggettive pubbliche o di forme ibride con il privato o decisamente privatistiche»; vuoi nel settore dei diritti sociali e dei servizi pubblici, anche attraverso «forme di incentivazione o contribuzione di servizi offerti dai privati ma ritenuti rilevanti dal pubblico»; vuoi nel governo del territorio, che ormai assomma in sé un'articolata congerie di funzioni amministrative (e corrispondenti discipline) quali urbanistica, edilizia, espropriazione, attività di bonifica dei suoli, imposizione di vincoli territoriali di vario tipo (così in «*Le giurisdizioni "sconfinate"*», pubblicato il 13 novembre 2020 sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa). Se questo è vero – e lo è certamente – non si può pretendere di far defluire *sic et simpliciter* sul giudice amministrativo il copioso contenzioso scaturente da questa sempre più «dilatata» azione amministrativa, senza concepire filtri né momenti di decantazione antecedenti all'avvio del processo o, comunque, utili a preservarne la funzionalità complessiva.

A me questo sembra un punto di partenza ottimo per una discussione proficua: la mediazione amministrativa può effettivamente deflazionare il contenzioso giurisdizionale amministrativo, facendo in modo che sulla decisione dell'autorità

confluisca il consenso del cittadino (il che preclude le impugnazioni e quindi l'intasamento delle Aule di giustizia), così riducendo i tempi ed i costi delle controversie che realmente verranno all'attenzione dei Giudici. Né va sottovalutata l'estrema benevolenza con la quale anche il diritto della UE guarda alle ADR in generale ed alla mediazione in particolare. È a tutti nota la Direttiva n. 52 del 21 maggio 2008 del Parlamento e del Consiglio UE sulla mediazione in materia civile e commerciale, prontamente seguita nel nostro ordinamento dal D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.

Proprio facendo tesoro di queste riflessioni, a seguito di un dibattito interno e di alcuni *webinar* organizzati da un Gruppo di lavoro composto da autorevoli ed esperti giuristi, nel luglio 2020 l'Associazione «Lettera 150» ha avanzato alcune proposte tese all'inserimento di un apposito Capo sulla mediazione amministrativa nel c.p.a. del 2010 ed alla connessa riforma del D.M. 10 marzo 2014 n. 55 (Regolamento sui parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense), al fine di disciplinare in modo puntuale gli aspetti afferenti agli onorari dei mediatori.

L'istituto ha anche conquistato l'attenzione delle Associazioni rappresentative del Foro amministrativo, alcune delle quali hanno segnalato come il rimedio appaia particolarmente utile in relazione ai procedimenti ad istanza di parte privata. Esso potrebbe essere attivato a seguito dell'invio del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990; ossia il privato, una volta ricevuto il preavviso di rigetto, potrebbe rivolgere istanza di mediazione al responsabile del procedimento con conseguente sospensione del termine di conclusione del procedimento amministrativo. In questa ricostruzione l'istituto potrebbe essere applicato addirittura prima che il provvedimento venga emanato, ossia non per contestare una lesione già inferta bensì per prevenirla; si tratterebbe di una sorta di «mediazione amministrativa anticipata». Questo approccio potrebbe in effetti costituire un primo passo per applicare e sperimentare la mediazione nel campo della giustizia amministrativa, affinandone progressivamente i meccanismi di funzionamento per poi estenderla a regime a tutte le controversie proponibili innanzi ai TAR.

Alcuni «spunti» della nostra legislazione più recente interna già tendevano a rendere possibile la mediazione amministrativa, ma sono rimasti lettera morta. Ne ricordiamo due.

Anzitutto merita menzione la legge-delega (legge. n. 11 del 28 gennaio 2016) che ha poi condotto all'emanazione dell'attuale Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016). Tale legge, nel demandare al Governo l'attuazione delle direttive sugli appalti del 2014, prevedeva all'art. 1 lett. aaa) la «*razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto*». In nuce tale norma conteneva l'idea (suggerita da quell'«anche») di attivare la mediazione per i contratti pubblici quale forma di *non-judicial review* rispetto alla stessa aggiudicazione, quindi ben prima della fase esecutiva contrattuale. È da menzionare, sul punto, una pregevole riflessione del Presidente Giorgio Giovannini su «*Mondoadr*» del febbraio 2015 esplicitamente favorevole a questa soluzione. Alla base di tale intervento vi era una considerazione di tutta evidenza, che mantiene inalterata ancor oggi la sua persuasività: è vero che il giudice amministrativo riesce a far fronte ai ricorsi in materia contrattualistica pubblica in tempi estremamente celeri; l'esistenza di procedure giurisdizionali accelerate, tuttavia, porta con sé il rischio sempre incombente di posporre e ritardare la definizione del restante contenzioso.

Merita altresì un richiamo l'art. 29 co. 1 lett. n) della l. n. 247 del 31 dicembre 2012 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense), ove si prevede che ogni COA possa costituire camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie, conformemente ad apposito regolamento adottato con decreto del Ministro della Giustizia. Tale decreto è stato emanato con il D.M. Giustizia n. 34 del 14 febbraio 2017, che ha ottenuto nel 2016 i pareri favorevoli del CNF, delle Commissioni parlamentari e – si badi - del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi. Le aree di competenza professionale individuate dal D.M. sono sei: in quinta posizione – notazione fondamentale – è previsto proprio il diritto amministrativo. In base al D.M. citato, le camere arbitrali operano presso la sede del COA ove sono istituite e per il loro funzionamento si avvalgono del personale del COA; esse sono gestite da un consiglio direttivo (che elegge il suo presidente) e

tiene l'elenco degli arbitri e dei conciliatori, elenco che si forma a domanda documentata degli avvocati aspiranti.

Guardando fuori dai nostri confini, va poi osservato che sin dal 2016 l'istituto della mediazione esiste in un Paese tipicamente «a diritto amministrativo» quale la Francia, nella cui tradizione pubblicistica il principio di autorità riveste un'indubbia forza pervasiva. È quasi paradossale, anzi, dover constatare come il modello più completo e recente di mediazione nel campo amministrativo si rinvenga proprio nell'ordinamento francese.

Il riferimento è, più precisamente, alla legge francese n. 1547 del 18 novembre 2016, che si basa su alcuni principi molto chiari ai quali è utile in questa sede fare brevemente cenno: *i) volontarietà/consensualità*, nel senso che la mediazione avviene sempre su accordo delle parti. Neppure il giudice può «imporre» la mediazione alle parti; *ii) informalità*, ossia libertà di organizzazione della mediazione ad opera delle parti, che possono scegliere la mediazione monocratica o collegiale e la relativa procedura; *iii) flessibilità* della mediazione, che è prevista in due forme, ossia come mediazione *preprocessuale* su iniziativa delle parti, e come mediazione *endoprocessuale* disposta dal Giudice (TAR, Corte amministrativa d'appello o Consiglio di Stato se adito in unico grado), sempre su accordo delle parti; *iv) gratuità* della mediazione, quando è resa obbligatoria per legge; *v) confidenzialità/riservatezza* dell'incarico del mediatore. È infatti previsto che il mediatore svolga il proprio incarico con imparzialità, competenza e diligenza, secondo il principio di confidenzialità. Le opinioni 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<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Nel sistema francese la mediazione ad iniziativa delle parti segue uno schema molto «libero» ed elastico. 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 giudice può omologare ed attribuire forza esecutoria all'accordo raggiunto attraverso la mediazione (l'accordo di mediazione è quasi assimilato ad un lodo arbitrale). I termini del ricorso giurisdizionale sono interrotti e le prescrizioni sono sospese a partire dal giorno nel quale le parti abbiano convenuto di ricorrere alla mediazione. Anche la mediazione ad iniziativa del giudice segue in Francia regole molto semplici. Quando un TAR o una Corte amministrativa d'appello è investita di una

## **2. Gli insidiosi nodi della mediazione amministrativa**

Sin qui le doverose osservazioni e riflessioni sul duplice piano teorico e normativo. Permane però la domanda di fondo: nel nostro ordinamento la mediazione in campo amministrativo può realmente funzionare?

Ad avviso di chi scrive il modello della mediazione amministrativa pone, sostanzialmente, due ordini di problemi. Perché esso possa realmente attecchire, infatti, occorre stabilire con estrema avvedutezza a quale soggetto affidare la mediazione e, soprattutto, organizzare in modo efficiente la procedura, se possibile evitando di irrigidirla eccessivamente (in ciò sarebbe bene fare tesoro del virtuoso esempio francese).

Quanto al primo problema, rimane aperta la discussione se incardinare ed «accentrare» la procedura, almeno per settori specifici, presso appositi organismi pubblici diversi dalla p.a. il cui provvedimento risulti contestato (quale potrebbe essere l'ANAC per la materia dei contratti pubblici), ovvero mantenere una disciplina unitaria basata sull'attività di collegi di mediazione privati nominati dalle parti (anche sotto l'egida dei COA territoriali). Personalmente sono contrario ad istituire mediazioni di tipo «speciale» per singoli settori normativi, men che meno con obbligo di rivolgersi ad Autorità predeterminate *ex lege*, preferendo modelli pienamente informati alla libera scelta delle parti. Non sono neppure molto convinto dell'opportunità di istituire liste di mediatori nell'ambito delle quali scegliere le persone incaricate (liste evidentemente compilate previa apposita valutazione di professionalità degli iscritti da parte di soggetto a ciò deputato); ciò in quanto nell'attività mediatoria la componente fiduciaria della scelta conta almeno quanto la competenza professionale settoriale del mediatore. In ogni caso la regola aurea da tenere a mente *de iure condendo*, a mio

---

controversia, se sussiste un accordo tra le parti per tentare la mediazione il presidente dispone che vi si faccia luogo. Lo stesso fa il Consiglio di Stato quando è giudice di unico grado. È istituita una lista di mediatori redatta da ciascuna Corte d'appello. Spetta poi al mediatore raccordarsi con il giudice, comunicandogli se le parti sono pervenute o meno ad un accordo al termine del loro percorso negoziale. Per ulteriori notazioni sulla legge francese v. la relazione al già richiamato *webinar* di I. LOIDICE, *La mediazione amministrativa. L'angolo visuale comparatistico*, in part. § 4.

personale modo di vedere, è la seguente: più si ingessa l'istituto sul piano soggettivo ed oggettivo, più si disincentiva il ricorso ad esso vanificandone lo scopo deflattivo.

Quanto al secondo problema (inerente al «come» strutturare la procedura stragiudiziale qui in analisi), va premesso che astrattamente l'istituto della mediazione amministrativa potrebbe essere introdotto nel c.p.a. in due forme: *a)* quale mediazione *preprocessuale* o «preventiva», ossia quale passaggio preliminare rispetto all'accesso alla giurisdizione amministrativa; *b)* quale mediazione *endoprocessuale* o «successiva», ossia da svolgersi in corso di giudizio, su accordo delle parti o dietro invito del giudice. A tal fine si potrebbe prendere spunto dal modello nordamericano del c.d. «*nudging*»: una sorta di «spinta gentile», di «autorevole invito» che il giudice rivolge alle parti perché tentino la conciliazione della lite.

In ambedue le ipotesi (che teoricamente possono anche ammettersi in via concorrente) emergono alcuni nodi da sciogliere.

Iniziamo dalla mediazione *preventiva*.

Se costruiamo la mediazione quale *scelta libera delle parti* (ossia, escludendo che essa sia condizione di procedibilità del ricorso al TAR), l'istituto (in quanto concepito come mediazione puramente *facoltativa*) rischia di produrre esiti deludenti in termini di effettività, apparendo altamente probabile che nella gran parte dei casi i contendenti finiranno per prediligere l'accesso diretto al giudice. Come è ampiamente emerso nel dibattito in corso, nel nostro Paese le parti e gli stessi professionisti legali risultano parecchio condizionati dalla «cultura del conflitto», per cui occorrono dei meccanismi che possano spingerli con decisione verso l'uso di strumenti di mediazione e negoziazione.

Se viceversa strutturiamo diversamente la mediazione (il riferimento è sempre a quella preventiva), elevandola a *condizione di procedibilità* del ricorso al TAR (mediazione *obbligatoria*), dobbiamo fare i conti con i limiti dettati dalla Corte costituzionale in relazione alla c.d. «giurisdizione condizionata», posto che non sempre (e comunque non arbitrariamente) è consentito subordinare l'accesso al giudice al previo esperimento di procedure stragiudiziali.

Sul punto si registra una vasta giurisprudenza della Consulta sviluppatasi a partire dagli anni '60 dello scorso secolo e specificamente incentrata sui ricorsi

amministrativi. Con la necessaria sintesi, quale imposta dall'economia del presente contributo, possiamo dire che secondo la Corte gli artt. 24 e 113 Cost. non impongono l'*immediatezza* della tutela giurisdizionale nei riguardi della PA, ma una garanzia di *indefettibilità* dell'azione. L'esercizio del diritto di azione può perciò essere differito o subordinato al previo esperimento di ricorsi amministrativi, ma solo quando ricorrano interessi generali e rilevanti obiettivi di giustizia, fermo restando che, pur nel concorso di tali circostanze, il legislatore deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile, ossia non deve rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa né differirla irrazionalmente o *sine die*. Per usare le parole testuali della Corte, il «condizionamento» dell'azione giudiziaria deve risultare «*giustificato da esigenze di carattere generale o da superiori finalità di giustizia*» e non deve produrre «*l'effetto di rendere eccessivamente difficoltosa la tutela dei diritti*» (sentenza n. 233 del 4 luglio 1996).

Il rimedio condizionante, nella giurisprudenza costituzionale, deve essere mera condizione di *procedibilità* del ricorso giurisdizionale e non di *inammissibilità*. Quindi, se l'azione è proposta senza aver prima esperito lo strumento condizionante, il giudice non potrà dichiarare inammissibile la domanda, ma dovrà sospendere il giudizio ed assegnare all'attore un termine per dare corso all'adempimento omesso; la parte, nel termine assegnato, potrà attivare lo strumento e, una volta esaurita questa fase preprocessuale, il giudizio potrà riprendere. L'accesso al giudice deve sempre essere ammesso per la *tutela cautelare*. Inoltre, gli *effetti sostanziali* prodotti dallo strumento condizionante devono essere i medesimi ottenibili con la domanda giudiziale; diversamente, secondo il Giudice delle leggi, la deflazione dell'attività giurisdizionale non verrebbe realmente conseguita, non essendo lo strumento condizionante in grado di garantire una tutela equipollente sulla situazione sostanziale rispetto a quella che si sarebbe ottenuta proponendo un'azione giurisdizionale fondata su analoghi *petitum* e *causa petendi*. Come noto, in applicazione di tali parametri è stata ritenuta legittima la norma che prescrive il ricorso gerarchico obbligatorio avverso le sanzioni di corpo dei militari (sentenza n. 113 del 22 aprile 1997).

E veniamo alla mediazione *successiva*.

Nella pratica delle aule giudiziarie amministrative qualcosa di molto vicino al «*nudging*» già esiste: allorché in sede cautelare le parti prospettino un possibile provvedimento di autotutela o una possibile soluzione stragiudiziale della lite, è agevole riscontrare una certa disponibilità dei giudici amministrativi a concedere un rinvio della camera di consiglio. Sovente ciò accade anche in sede di udienza di merito. Naturalmente, il collegio non manifesta mai un invito esplicito a ricercare l'accordo, ma indubbiamente il fatto stesso che il rinvio venga accordato favorisce la composizione della controversia, compatibilmente con le strette maglie della legge Pinto. Ed a premere affinché questa implicita sollecitazione sia raccolta e portata a buon fine c'è pur sempre il potente strumento della condanna alle spese, con cui il giudice può sanzionare eventuali condotte non collaborative di una delle parti (art. 26 co. 1 c.p.a.), accompagnato peraltro nell'attuale disciplina codicistica da un potere ancora più incisivo, consistente nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria per lite temeraria (art. 26 co. 2 c.p.a.).

È intuitivo che i meccanismi instauratisi nella prassi, comunque affidati alla sensibilità ed alla propensione «conciliativa» dei collegi giudicanti (ma vorrei quasi dire alle soggettive inclinazioni dei loro presidenti), non possono raggiungere lo stesso grado di efficacia ed uniformità cui perverrebbe una disciplina formalizzata della mediazione; una disciplina, cioè, fondata su un intervento sollecitatorio esplicito del giudice amministrativo per le liti che secondo il suo prudente apprezzamento appaiano «agevolmente componibili» ovvero «preferibilmente componibili» fuori udienza, magari perché connotate da alto tasso di discrezionalità tecnica. Per altro verso, è evidente che se il collegio in corso di causa invita le parti alla mediazione lo fa perché prefigura una decisione sfavorevole per la p.a., che evidentemente non è riuscita a suo avviso a comporre correttamente e ragionevolmente gli interessi in gioco, ovvero a corredare la motivazione provvedimentoale di un supporto logico-argomentativo adeguato.

Se è vera questa premessa, occorre fare in modo che le formule del possibile «*nudging*» non collidano con il divieto di prevenzione del giudice: questi, nel momento in cui esaminerà la lite nel merito, dovrà essere sereno, obiettivo, non prevenuto e non condizionato dalla sollecitazione precedentemente espressa. In tal

senso depone il principio costituzionale del giusto processo, del quale sono elementi costitutivi i doveri di terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111 co. 2 Cost.). In altri termini, se il giudice ha «spinto» per la mediazione e questa fallisce, non deve essere scontato che il ricorso venga successivamente accolto, anche perché un tale stato di cose porrebbe la p.a. in condizione di inferiorità nel successivo negoziato mediatorio. Per superare l'ostacolo si potrebbe immaginare che il collegio giudicante del merito della controversia debba essere diverso, nella sua composizione, da quello che ha effettuato il «*nudging*»; ma siffatta soluzione potrebbe generare altri problemi, soprattutto di indole organizzativa, specie nei TAR più piccoli.

Al di là di questo rilievo preliminare (ma non per questo secondario), l'intervento sollecitatorio del giudice genera un profluvio di domande di taglio più squisitamente processuale. Alcune attengono al momento processuale in cui l'istituto è destinato ad operare. Ci si chiede, infatti, in quale fase processuale si debba collocare il «*nudging*»: in un'apposita udienza-filtro, che attualmente il c.p.a. non prevede e che dovrebbe quindi essere appositamente introdotta (magari anche con funzione di vaglio preventivo sulla ricevibilità ed ammissibilità del ricorso), oppure nella fase cautelare del giudizio? In questo secondo caso, se il ricorrente non chiede la misura cautelare, come è possibile recuperare, prima dell'udienza di merito, un frangente processuale idoneo per orientare le parti verso la mediazione? E se ciò non fosse effettivamente possibile, non risulterebbe irragionevole precludere l'applicabilità dell'istituto deflattivo unicamente in ragione della soggettiva strategia processuale di una sola di esse (la scelta del ricorrente di non chiedere la misura cautelare)? Anche a voler superare questi ostacoli, come dovrebbe atteggiarsi nell'ambito della procedura mediatoria il ruolo del terzo controinteressato che - non lo si trascuri mai - quando esiste è parte necessaria del processo nell'ambito di un litisconsorzio passivo obbligato con l'amministrazione resistente?

Ed ancora: l'invito alla mediazione da parte del giudice è alternativo alla misura cautelare o si accompagna ad essa? In questa seconda eventualità, e tanto più quando il provvedimento interinale sia articolatamente motivato sul *fumus boni iuris*, non si rischia di mettere il privato in una posizione di forza di fronte alla p.a. nella futura negoziazione mediatoria?

Peraltro, se già nell'ordinanza cautelare si forniscono i criteri per la composizione degli interessi in gioco atti a rendere legittimo il successivo esercizio del potere (come spesso accade, sotto forma di indicazione degli interessi che sono stati pretermessi o sottovalutati nel provvedimento gravato), la mediazione svolge una funzione realmente utile o rischia piuttosto di tradursi in un allungamento dei tempi della controversia? Detto altrimenti: in presenza di un'ordinanza recante precise *normae agendi* per la ripetizione (totale o parziale) del procedimento amministrativo, non sarebbe più appropriato immaginare che la p.a. possa continuare ad agire al di fuori di uno schema formale di ADR, semplicemente adeguandosi alle indicazioni ricevute (nel rispetto delle consolidate garanzie partecipative e di contraddittorio procedimentale sancite dalla legge n. 241 del 1990) e salva la facoltà per il ricorrente insoddisfatto di contestare il nuovo provvedimento in sede di ottemperanza cautelare (deducendone l'inefficacia ai sensi dell'art. 114 co. 4 lett. c) c.p.a.)?

### ***3. Un altro possibile scenario: la negoziazione assistita amministrativa (NAA)***

Gli interrogativi di cui sopra non sono certo insolubili, ma danno il senso della difficoltà di armonizzare la mediazione amministrativa con le prassi ed i meccanismi più o meno «codificati» di cui vive il nostro giudizio amministrativo. E questa è una seria difficoltà di ordine normativo, irta di insidie processuali. Ma accanto ad essa, a ben vedere, si può presentare anche una non trascurabile difficoltà di tipo «culturale», che rischia di vanificare definitivamente l'istituto nella sua pratica operatività.

Non è peregrino, infatti, immaginare un'intuitiva resistenza delle nostre p.a. ad accettare il principio secondo il quale a forgiare l'assetto e composizione degli interessi in gioco debba essere (sia pure con il concorso e la collaborazione delle parti) un soggetto terzo (collegio di mediazione o mediatore singolo) estraneo all'apparato da cui promana il provvedimento in contestazione. Si può cioè prefigurare, non senza ragione, una qualche «gelosia» dei nostri apparati pubblici a cedere ad altri organismi (nella sostanza, anche se non nella forma) quel peculiare e delicato potere di ricercare la «sintesi degli interessi» che costituisce il già richiamato «interesse pubblico specifico» della singola vicenda oggetto di amministrazione. La mediazione, in questo scenario, sarebbe vissuta dalla parte pubblica come un «passaggio obbligato» da

scontare in attesa della «vera» soluzione della controversia da parte del giudice; un approccio, questo, che depotenzierebbe sul nascere ogni eventuale riforma incentrata su questa tipologia di ADR.

Di qui la necessità di esplorare soluzioni che puntino non solo alla teorica armonia sistematica ed ordinamentale, ma anche e soprattutto all'effettività applicativa; soluzioni suscettibili cioè di attrarre il consenso degli operatori del diritto, soddisfare le esigenze ultime degli utenti del servizio giustizia e, in tal modo, sottrarsi agli insuccessi che i diversi esperimenti sinora susseguitisi sul terreno della mediazione, della mediaconciliazione *et similia* (penso all'ambito delle controversie del lavoro) hanno troppo spesso incontrato nelle esperienze civilistiche.

Per sintetizzare il discorso: ove il legislatore introducesse la mediazione quale condizione di procedibilità del giudizio amministrativo (c.d. mediazione obbligatoria), essa dovrebbe ovviamente essere esperita quale presupposto necessario per l'accesso al giudice, e quindi l'istituto sarebbe per forza di cose «applicato»; ma sarebbe destinato al sicuro fallimento pratico se una delle parti (quella pubblica) non «credesse» veramente nello strumento e finisse per affrontare il percorso mediatorio senza una seria e convinta volontà (almeno iniziale) di giungere alla composizione stragiudiziale della controversia. L'istituto si tradurrebbe così in un vano orpello legislativo, se non in un vero e proprio appesantimento procedurale, utile forse a rivendicare sul piano teorico e comparatistico la modernità del nostro sistema di giustizia amministrativa, ma in concreto foriero di indesiderabili lungaggini nella definizione delle liti. Qualora, insomma, le p.a. affrontassero le procedure di mediazione senza la giusta convinzione, la «vera» soluzione della controversia continuerebbe ad essere demandata al giudice, con l'aggravante ulteriore del tempo perduto prima di poter adire l'organo giurisdizionale statale. Assisteremmo così ad una «vittoria di Pirro» e quindi ad una delle tante riforme che, come spesso è accaduto nella legislazione pubblicistica, si sono dimostrate brillanti ed innovative solo sulla carta. Sia ben chiaro: non si vuole addurre qui una certezza di fallimento, ma solo un rischio; un rischio, però, molto concreto e da valutare assai attentamente nel momento in cui si suggerisce al legislatore un'innovazione così profonda.

Ed allora, viene da pensare che l'accennata resistenza degli enti pubblici potrebbe forse venir meno rivolgendo lo sguardo ad un diverso paradigma di ADR che tragga ispirazione da un diverso principio-guida: la nuova composizione degli interessi, anziché essere affidata ad una procedura governata da un soggetto terzo (il mediatore singolo o collegiale), potrebbe confluire nella gestione professionalmente qualificata del legale interno ovvero del legale di fiducia dell'ente, già operante nell'ambito dei suoi apparati (pensiamo ai molti enti, territoriali e non, che hanno istituito uffici legali nelle proprie organizzazioni), ovvero destinato ad agire comunque in stretto raccordo con essi (come avviene per il legale esterno del libero foro o per l'Avvocatura dello Stato nel caso di patrocinio obbligatorio o autorizzato di questa).

In questo senso, *mutatis mutandis*, potrebbe essere utile considerare il modello della negoziazione assistita come opzione preferenziale rispetto a quella della mediazione amministrativa. Si potrebbe cioè iniziare a ragionare attorno ad un istituto specifico e «dedicato» di negoziazione assistita amministrativa (NAA).

Mediazione e negoziazione assistita, come si accennava, rientrano entrambe nell'ambito dei sistemi di ADR, avendo in comune la finalità deflattiva delle liti giudiziarie. Nelle controversie di diritto privato i due istituti condividono l'obiettivo finale: risolvere la lite mediante un accordo di natura privatistica tra le parti. Peraltro in ambito privatistico non rappresentano rimedi alternativi ma possono convivere anche per la risoluzione della stessa controversia, connotazione questa difficilmente concepibile per il sistema della giustizia amministrativa.

Senonché, sussiste una profonda e decisiva differenza procedurale tra i due meccanismi, ben focalizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 97 del 18 aprile 2019: mentre nella mediazione «*il compito – fondamentale al fine del suo esito positivo – di assistenza alle parti nella individuazione degli interessi in conflitto e nella ricerca di un punto d'incontro è svolto da un terzo indipendente e imparziale*», viceversa nella negoziazione «*l'analogo ruolo è svolto dai loro stessi difensori: è conseguentemente palese come, pur versandosi in entrambi i casi in ipotesi di condizioni di procedibilità con finalità deflattive, gli istituti processuali in esame siano caratterizzati da una evidente disomogeneità*».

#### ***4. Disamina della disciplina positiva ed ipotesi di adattamento alle controversie amministrative***

La normativa di riferimento per la negoziazione assistita è rappresentata dal d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito nella legge n. 162 del 10 novembre 2014 («*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*»). Si tratta di una disciplina agevolmente adattabile al campo del diritto amministrativo, con le opportune modificazioni che una commissione di esperti potrebbe individuare senza eccessive difficoltà.

I «pilastri» della disciplina qui in esame sono i due contratti che gli avvocati devono predisporre per renderla concretamente operativa, ossia: *i) la convenzione di negoziazione assistita*, che è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia (art. 2 co. 1 del d.l. n. 132 del 2014), stabilendo consensualmente una certa data finale da osservare ed eventuali regole di comportamento da seguire; *ii) l'accordo di conciliazione* (definito dall'art. 5 co. 1 del d.l. n. 132 del 2014 come «*accordo che compone la controversia*»), che interviene all'esito delle trattative *inter partes* e che si presenta come l'esito di una sostanziale transazione gestita dagli avvocati. Difatti l'accordo, analogamente alla transazione, risolve stragiudizialmente la lite secondo le clausole contrattuali stilate dai legali dei contendenti e da questi ultimi accettate mediante la sottoscrizione.

Nel diritto amministrativo, fermo il necessario presupposto della reciproca buona fede in senso oggettivo (correttezza nei comportamenti, divieto di suscitare falsi affidamenti, ecc.), la convenzione non punterebbe tanto ad una composizione amichevole del conflitto «come che sia», quanto piuttosto ad un'elaborazione congiunta, nel contraddittorio collaborativo tra le parti, della migliore sintesi degli interessi. La trattativa mira cioè a trovare un assetto di interessi (il già ricordato «interesse pubblico specifico») che sia ad un tempo di reciproca soddisfazione, equilibrato e ragionevole, nell'assoluto e pieno rispetto della legge e dei vincoli in cui essa «ingabbia» la discrezionalità amministrativa.

Già attualmente è fatto obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 co. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 (che costituiscono un elenco assai nutrito), di affidare

la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove presente (art. 2 co. 1-*bis* del d.l. in esame). La disposizione merita certamente di essere reiterata in una futura legge di estensione dell'istituto alle controversie di diritto amministrativo.

La convenzione di negoziazione assistita può concludersi in forma *congiunta* o *disgiunta*.

Nel primo caso (forma congiunta) le parti firmano assieme il documento che contiene la convenzione. In virtù dell'art. 2 co. 2 del d.l. n. 132 del 2014, se si perviene alla stipula della convenzione di negoziazione, che richiede la forma scritta a pena di nullità ed esige obbligatoriamente l'assistenza di un avvocato (o di più avvocati), questa deve precisare: *a*) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti; *b*) l'oggetto della controversia (che in sede civile non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro). I legali officianti certificano sotto la propria responsabilità professionale l'autografia delle sottoscrizioni alla convenzione apposte dagli interessati.

Nel secondo caso (qualora cioè si opti per la forma disgiunta) una delle parti invita l'altra alla stipula della convenzione e questa, se lo ritiene utile e senza obblighi di sorta, aderisce a tale invito. L'avvocato che formula l'invito ha anche facoltà di certificare l'autografia della firma ad esso apposta dalla parte che assiste. Va da sé che nelle controversie di diritto amministrativo ad assumere l'iniziativa sarà nella gran parte dei casi il soggetto pregiudicato dal provvedimento; non può tuttavia escludersi che possa assumerla la p.a. da cui promana l'atto, magari a fronte di fondate contestazioni del privato (pensiamo ad un'istanza di autotutela) e nel tentativo di scongiurare un giudizio amministrativo che si profili come particolarmente aleatorio.

Ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 132 del 2014 l'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto potrà essere valutato dal giudice, specie ai fini delle spese del giudizio. In sostanza, se è vero che non esiste un obbligo di accettare l'invito in capo al suo destinatario, è sempre consigliabile per la parte che intenda rigettarlo offrire un minimo di giustificazione a sostegno di tale scelta, onde temperare l'eventuale impatto negativo di tale condotta sul regolamento

delle spese di lite (condotta che di fatto rileva del processo ancorché formalmente extraprocessuale). La norma appare di proficua applicazione anche nelle controversie di diritto amministrativo, posto che il suo scopo è quello di incentivare l'adesione alla NAA e, di conseguenza, l'effettività concreta dell'istituto di ADR qui in esame.

Ove ad assumere l'iniziativa (come di norma accadrebbe) fosse il soggetto leso dal provvedimento (titolare dell'interesse legittimo pretensivo o oppositivo), nulla vieta che costui, unitamente all'invito, possa formalizzare anche un'istanza di autotutela o avanzare una proposta di accordo sostitutivo, onde prefigurare già in quella sede un assetto differente ed ottimale degli interessi sul quale potrebbe essere disposto a convergere. La p.a. che intendesse «aprire» al privato potrebbe quindi valutare se eliminare direttamente il provvedimento (in via di autotutela), eventualmente riformulandolo conformemente ai *desiderata* espressi nell'istanza, concludere con il proponente un accordo sostitutivo fuori dalla procedura negoziatoria (in modo da conseguire uno stabile assetto di interessi grazie al definitivo e completo incontro delle volontà), ovvero semplicemente raccogliere l'invito rivoltole e procedere di conseguenza alla negoziazione assistita.

Se l'accordo conciliativo non viene raggiunto per scadenza infruttuosa del termine concordato (ed eventualmente prorogato) o per insanabile contrasto tra le parti che (anche prima dello spirare del termine) non riescano a colmare le distanze tra loro, occorre stilare un apposito documento, detto «*dichiarazione di mancato accordo*»; esso viene certificato dagli avvocati designati (art. 4 co. 3 del d.l. n. 132 del 2014).

Secondo la prevalente interpretazione, a gestire la procedura negoziatoria può essere anche un unico avvocato per entrambe le parti (la normativa esclude questa possibilità, in effetti, nella sola materia della separazione personale e del divorzio, cfr. art. 6 co. 1 del d.l. 132). Questo regime, proprio perché ispirato alla massima libertà di autorganizzazione dei contendenti (anche nell'ottica di ridurre gli oneri economici connessi alla lite), può essere trasposto anche nella negoziazione amministrativa. È però agevole ipotizzare che la p.a. difficilmente rinuncerà all'assistenza di un proprio legale: se l'avvocato dovesse essere unico, sarebbe quasi sempre quello della parte pubblica.

La normativa nulla dice circa la facoltà per gli avvocati di farsi assistere da consulenti di parte nella procedura (pensiamo, tra i molti esempi possibili, al prezioso ausilio dei tecnici per le controversie urbanistiche), ma certamente la convenzione può ammetterlo. Le p.a. in particolare, potrebbero impiegare i propri esperti tecnici interni.

Va anche segnalata la rilevante protezione economica di cui godono, nella procedura in esame, i meno abbienti. Come infatti è stato riconosciuto di recente dalla giurisprudenza civile, l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato si estende anche alle procedure stragiudiziali connesse alla successiva azione in giudizio (novero nel quale rientra certamente la negoziazione assistita); sicché in relazione ad essa il professionista non può chiedere il compenso al cliente ammesso al beneficio in questione (Cass., SS.UU., 19 aprile 2013 n. 9529).

In ambito civile, la negoziazione assistita conosce due forme: quella *facoltativa* e quella *obbligatoria*.

L'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 riguarda la negoziazione assistita *facoltativa*; qui l'utilizzazione dell'istituto è affidata ad una scelta libera delle parti, che unitamente ai propri legali valutano se sia per esse conveniente farvi luogo considerando anche i margini di successo dell'azione in giudizio. Questa tipologia di negoziazione opera in campo matrimoniale. I coniugi possono infatti concluderla al fine di raggiungere una soluzione consensuale per la regolare separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento del matrimonio, ovvero per modificare le condizioni di separazione o di divorzio.

Nella negoziazione assistita *obbligatoria*, viceversa, il legislatore impone l'espletamento della procedura come condizione di procedibilità dell'eventuale e successiva azione giurisdizionale. Se ne occupa l'art. 3 del d.l. n. 132 del 2014, a mente del quale l'obbligo sussiste in due casi: per le domande di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti € 50.000. A mio parere è questa seconda (ossia quella obbligatoria) la forma che sarebbe opportuno prescegliere in campo amministrativo, per spingere le parti ad abbracciare quella «cultura» della composizione stragiudiziale delle liti che, come già detto, nel nostro Paese stenta ad affermarsi. Pertanto, l'obbligo di procedere all'invito dovrebbe gravare per legge sul soggetto che intendesse

contestare il provvedimento amministrativo, mentre com'è ovvio resterebbe facoltativa un'analogia iniziativa eventualmente attivata dalla p.a. in sede di revisione dell'atto.

Nella negoziazione obbligatoria il danneggiato, tramite il suo avvocato, è tenuto per legge ad invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. L'improcedibilità derivante dalla mancata osservanza di tale obbligo deve essere eccepita dal convenuto (a pena di decadenza), o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, quando accerta che la negoziazione assistita non è stata esperita, assegna alle parti un termine per la comunicazione dell'invito (art. 3 co. 1 d.l. n. 132 del 2014).

Nel processo amministrativo il termine per sollevare (da parte della p.a. resistente o del controinteressato) l'eccezione di mancato invito potrebbe individuarsi in quello della prima difesa utile, ossia in quello della memoria da depositare in vista della camera di consiglio cautelare (due giorni liberi, *ex art. 55 co. 5 c.p.a.*). Qualora manchi l'istanza cautelare, l'eccezione dovrebbe essere prospettata entro il termine di costituzione in giudizio a disposizione di ciascuna delle parti intimare (sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, *ex art. 46 co. 1 c.p.a.*). Va da sé che, in conformità della consolidata giurisprudenza costituzionale, rimane impregiudicato il potere del giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari pur quando sia in corso la negoziazione *inter partes*, onde assicurare l'effettività della tutela del ricorrente.

Secondo la disciplina processualcivile, l'attore può procedere in giudizio (ossia la condizione di procedibilità si considera inverata) in tre casi: se l'invito regolarmente comunicato non è seguito da adesione della controparte entro trenta giorni dalla sua ricezione (rifiuto implicito); se l'invito è seguito da un rifiuto esplicito, vale a dire manifestato in forma scritta; se la negoziazione ha inizio, ma non si conclude nel termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura (minimo un mese, massimo tre mesi, salvo proroga). Anche questo regime sembra estensibile senza difficoltà al campo delle liti amministrative.

Nel caso della negoziazione assistita obbligatoria per danno da circolazione di veicoli o natanti merita ricordare un puntuale ed assai significativo pronunciamento della Corte costituzionale: nella sentenza n. 162 del 7 luglio 2016 il Giudice delle leggi

ha ritenuto che il meccanismo normativamente stabilito dal d.l. del 2014 rifletta un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di tutela del danneggiato e quella (di interesse generale), che il differimento dell'accesso alla giurisdizione intende perseguire, di contenimento del contenzioso; e ciò anche in funzione degli obiettivi del «giusto processo» con particolare riguardo alla ragionevole durata delle liti, oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse.

A giudicare da questa sentenza, il *favor* della Consulta per gli istituti deflattivi del contenzioso può dirsi inequivocabile. Ed anzi, valorizzando correttamente il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e prendendo atto del «dato di realtà» rappresentato dalla scarsità della risorsa giurisdizionale in termini di uomini e mezzi, potrebbe sposarsi una lettura evolutiva tesa ad elevare il contenimento dei tempi del giudizio in sé considerato a «superiore finalità di giustizia» o comunque ad «esigenza di carattere generale» immanente nell'ordinamento (cfr. Corte cost., sentenza n. 233 del 4 luglio 1996 cit.); ossia ad interesse pubblico apicale (in quanto costituzionalmente sancito) e dunque tendenzialmente idoneo, nei limiti della ragionevolezza legislativa e della tutela del diritto di difesa, a giustificare la «giurisdizione condizionata» quale derivante dall'imposizione della condizione di procedibilità (v. *supra*, § 2). Il che aprirebbe la strada, senza eccessivi ostacoli, anche alla negoziazione assistita amministrativa in qualsiasi tipologia di controversia.

Valga, a conferma di questa conclusione, un'ulteriore osservazione: la stessa Corte costituzionale, nelle sentenze n. 77 del 19 aprile 2018 e n. 266 del 12 dicembre 2019, ha rilevato come la negoziazione assistita, in quanto istituto volto a favorire la composizione stragiudiziale della lite, sia legata alla «*consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera*». Ebbene, sarebbe a mio parere alquanto arbitrario negare l'estensione di questo ragionamento al terreno della giurisdizione amministrativa, considerando l'imperativa necessità di preservare al massimo grado l'impegno e l'operatività di una risorsa limitata (in termini numerici) ed altamente professionalizzata qual è quella della magistratura amministrativa.

L'art. 5 del d.l. n. 132 del 2014 regola le formalità e l'esecutività dell'accordo. L'accordo che compone la controversia deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono (co. 1). O meglio: le parti sottoscrivono personalmente l'accordo e gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico (co. 2).

Si noti che l'avvocato non può impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato (co. 4): tale condotta si tradurrebbe in un illecito deontologico. La norma sottende la regola che l'accordo possa effettivamente essere impugnato da ciascuna delle parti purché tramite un diverso legale; tuttavia, qualora dell'accordo sia parte una p.a. (e la controversia verta sulla coppia concettuale potere amministrativo/interesse legittimo) è proprio questo rischio che va scongiurato, dovendosi assicurare la stabilità del *pactum* anche in vista della continuità della successiva azione amministrativa. Come tra breve si preciserà (v. *infra*, § 5), si dovrebbe fare riferimento, in tal senso, alla giurisprudenza in tema di limitata impugnabilità degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (ad es. nullità, incapacità di una delle parti e vizi della volontà quali errore, violenza e dolo ex art. 1427 c.c., ecc.).

Nella negoziazione assistita civile l'accordo è titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5 co. 1 d.l. n. 132 del 2014); non occorre cioè una omologazione giudiziale per dare esecutività all'accordo. La norma non sembra poter trovare ampio spazio nelle controversie amministrative impugnatrici (anche se potrebbe forse applicarsi nella giurisdizione esclusiva o nelle controversie risarcitorie). Difatti, a parere di chi scrive, l'accordo dovrebbe costituire solo il presupposto del successivo provvedimento unilaterale volto al suo recepimento (v. *infra*, § 5).

L'art. 8 del d.l. n. 132 del 2014 si occupa dell'interruzione della prescrizione e della decadenza. Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza. Seguendo questo regime, nel sistema di giustizia amministrativa l'avvio della procedura di negoziazione dovrebbe interrompere il termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti avanti ai TAR, con suo decorso *ex novo* nel caso in cui l'invito non sia seguito da adesione nel

termine (ossia entro trenta giorni o entro il diverso termine che il legislatore intenda stabilire), ovvero venga opposto un rifiuto esplicito. Nella prima evenienza il termine decadenziale per adire il giudice dovrebbe decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine utile per accettare; nella seconda dalla data di notificazione del rifiuto esplicito. Può accadere che la negoziazione prenda effettivamente avvio, ma l'accordo non sia raggiunto entro il termine concordato, ovvero che la trattativa fallisca prima dello spirare del termine stesso. In tali casi il termine per ricorrere al giudice amministrativo dovrebbe prendere avvio dalla data di sottoscrizione della «dichiarazione di mancato accordo», certificata dagli avvocati delle parti.

L'istituto della negoziazione assistita chiama in causa in vario modo la responsabilità degli avvocati. Sussiste ovviamente la responsabilità penale per falsa attestazione dell'autografia della firma della parte (in calce all'invito alla negoziazione, in calce alla convenzione ed in calce all'accordo finale), ma sotto diversi profili rileva anche la responsabilità deontologica. A tale riguardo, se vanno sempre osservati i doveri generali di competenza (il legale deve occuparsi di una materia con cui abbia dimestichezza, senza improvvisarsi esperto se non lo è), di fedeltà, di trasparenza e di informazione (il legale deve costantemente notificare il suo assistito circa lo stato delle trattative e mantenere quale stella polare del suo operato l'interesse di quest'ultimo e non il proprio tornaconto), merita porre l'accento sulle due puntuali ipotesi che risultano esplicitamente codificate dal d.l. n. 132 del 2014. Come si è ricordato più sopra, è dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita (art. 2 co. 7); inoltre, costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione abbia preso parte (art. 5 co. 4).

In tema ha grande importanza anche l'art. 9 del d.l. n. 132 del 2014, che regola le condotte dei difensori e delle parti. È fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà ed inoltre l'avvocato è astretto al dovere di riservatezza, dovendo «*tenere riservate le informazioni ricevute*» (co. 2). La violazione di tali obblighi costituisce per il professionista un ulteriore illecito disciplinare. L'art. 9 in esame, che andrebbe sicuramente applicato anche nella giustizia amministrativa, introduce anche (al co. 3) dei limiti alla testimonianza processuale: i difensori delle

parti e coloro che partecipano al procedimento (ad es. i consulenti) non possono essere obbligati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.

### ***5. Osservazioni e proposte conclusive***

Percorrendo la strada dell'introduzione della negoziazione assistita amministrativa (NAA) in luogo della mediazione amministrativa sembra anzitutto stemperarsi il problema generale - già accennato e tutt'altro che marginale - dell'adesione «culturale» di privati ed Enti pubblici ai paradigmi di composizione stragiudiziale delle liti. Ciò in quanto nella NAA l'opera dei difensori viene svolta sotto l'immanente e continuativa «vigilanza» delle parti (specie delle p.a., gelose custodi dei propri poteri), che pertanto si sentono ed obiettivamente risultano maggiormente coinvolte nella ricerca del reciproco consenso.

In secondo luogo la scelta di questo istituto, la cui conformazione normativa può trarre largamente spunto dal più volte richiamato d.l. n. 132 del 2014, sembra consentire una notevole semplificazione della disciplina. La negoziazione assistita, infatti, è un istituto per definizione *preprocessuale* (in tal senso depone l'intero impianto del d.l. n. 132 del 2014) e non se ne può agevolmente concepire un suo impiego a processo iniziato, almeno nel nostro sistema: quando le parti sono entrate in conflitto davanti al giudice amministrativo, sarebbe stravagante immaginare che un organo deputato a rendere giustizia possa deflettere dal pronunciarsi (in sede cautelare e/o di merito) per spingere i contendenti ad un accordo (tardivo) mediato proprio dagli avvocati che hanno già messo in tavola le rispettive difese e che si fronteggiano, magari aspramente, nell'aula di giustizia.

La preferenza per la negoziazione assistita, dunque, consente di elidere alla radice le difficoltà normative legate all'innesto di un istituto di ADR all'interno del processo amministrativo e «nel pieno» del suo svolgimento, evitando che si provochi una brusca «interruzione» di questo «a carte scoperte» ed a fronte di esiti inevitabilmente aleatori. Inconveniente, questo, sicuramente presente nel modello della mediazione endoprocessuale o «successiva», affidata ad una figura terza, specificamente invocata dal giudice del «*nudging*», per riavvicinare le posizioni dei

litiganti nell'auspicio che possa riannodare il filo di un dialogo extraprocessuale reso come minimo complicato dal conflitto processuale già in atto.

Rimane da esaminare un ultimo ma relevantissimo profilo: a seguito della negoziazione assistita con la p.a., come si dovrebbe concludere la controversia?

Naturalmente le opinioni e le soluzioni possono essere molteplici ed eterogenee; esprimo perciò una visione che mi rendo conto essere del tutto personale. Poiché l'esito naturale della negoziazione in ambito privatistico è un accordo delle parti, quando l'assetto degli interessi sia forgiato dall'incontro della volontà di privato e p.a. questo dovrebbe verosimilmente essere trasfuso in un accordo procedimentale, ossia *integrativo* del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990. Questa opzione mi sembra preferibile in quanto un accordo di tipo addirittura *sostitutivo* richiederebbe un grado di puntualità ed analiticità forse eccessivo e non sempre compatibile con i tempi brevi della NAA, soprattutto in presenza di vicende amministrativamente e/o tecnicamente complesse.

L'applicazione del regime normativo di cui alla legge n. 241 del 1990 comporta che tale accordo integrativo: non sarà impugnabile ad opera delle parti (in questo modo la p.a. si assicura la fedeltà del privato al *pactum*, visto che questi non potrà ricorrere al TAR); dovrà essere motivato ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 241 cit.; dovrà essere stipulato, a pena di nullità, per atto scritto (art. 11 co. 2); sarà soggetto, nei limiti della compatibilità, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (art. 11 co. 2), ad esempio alle norme in tema di interpretazione dei contratti ex art. 1362 c.c. ed alla sanzione della nullità per contrarietà a norme imperative (esemplificativamente: in campo urbanistico, qualunque cosa stabilisca l'accordo sono norme imperative quelle sulle distanze tra edifici).

Secondo la regola generale, la stipulazione dell'accordo (anche di quello integrativo) non potrà avere luogo senza la determinazione preliminare dell'organo competente per l'adozione del provvedimento, e ciò a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 11 co. 4-*bis*).

La p.a. potrà recedere unilateralmente dal *pactum* solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (c.d. «autotutela legata»), salvo l'obbligo di provvedere alla

liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato (art. 11 co. 4 l. n. 241 del 1990).

Le controversie in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi in sede di NAA resteranno devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi pur sempre di esercizio «negoziato» della potestà pubblica (art. 133 c.p.a.).

La trasposizione dell'accordo nel provvedimento di recepimento dovrebbe escludere, per espresso disposto di legge, ogni forma di responsabilità erariale in capo al dirigente autore di quest'ultimo, salvo che per dolo; una siffatta cautela, peraltro, contribuirebbe a superare le eventuali ma comprensibili remore dei funzionari amministrativi in sede di attuazione del modello.

Sotto altro profilo, ove si volesse predisporre una tutela *ad hoc* a favore dell'eventuale controinteressato, si potrebbe obbligare la p.a. a sottoporre a tale soggetto il progetto di accordo integrativo (prima del suo recepimento) per acquisirne le osservazioni o, in alternativa, per provocare la preventiva (e motivata) opposizione del terzo alla stipula. La relativa disciplina, con tutte le dovute differenze, potrebbe mutuarsi dall'art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006 concernente l'opposizione all'istanza di accesso ai documenti amministrativi da parte del titolare del diritto alla riservatezza. La dichiarata contrarietà del terzo, naturalmente, non vincolerebbe l'amministrazione procedente, cui spetterebbe comunque l'ultima parola sulla «tenuta» dell'assetto degli interessi così come in precedenza negoziato e concordato con il soggetto leso.

Ma *quid iuris* se la PA disattende l'accordo, non trasfondendolo nel provvedimento di recepimento o adottando un provvedimento c.d. «infedele», ossia non conforme a quanto convenuto tra le parti in sede di negoziazione?

A mio modo di vedere, il privato potrà proporre avanti al competente TAR un'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole, in due forme.

a) Se la p.a. rimane inerte, omettendo di trasfondere l'accordo nel provvedimento di recepimento, si applicherà l'art. 31 co. 3 c.p.a. e sarà quindi esperibile l'azione avverso il silenzio ivi disciplinata, destinata a concludersi con una pronuncia del giudice amministrativo incentrata sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio. Si rammenti che il co. 3 ora citato ammette una sentenza di tal genere

quando si tratti di attività vincolata o quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Nel caso di specie l'autorità procedente, stipulando l'accordo all'esito della NAA, ha «consumato» la propria discrezionalità (il fenomeno è noto come «consunzione» della discrezionalità amministrativa) e si è autovincolata all'adozione del provvedimento conforme a conclusione del procedimento. Non mi pare perciò dubitabile che il giudice amministrativo possa pronunciare sentenza di condanna affinché l'amministrazione resistente emani un provvedimento aderente all'assetto degli interessi già formalizzato *inter partes*.

b) Se la PA con proprio provvedimento espresso disattende l'accordo (è l'ipotesi del provvedimento «infedele») il privato potrà invocare l'art. 34 co. 1 lett. c) c.p.a.; potrà cioè esperire azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento lesivo, nei limiti dell'art. 31 co. 3 già ricordato.

**ABSTRACT:** Il contributo affronta il tema della possibile estensione della mediazione al campo del diritto e del processo amministrativo, analizzando alcuni profili problematici della tematica sul piano teorico ed applicativo. Si propone quale alternativa a tale strumento di ADR, non esente da rilevanti criticità sul piano anche pratico, l'impiego del più duttile istituto della negoziazione assistita, la cui disciplina positiva (risalente al 2014) potrebbe essere agevolmente adattata alle controversie tra privato e pubblica amministrazione. Si esaminano i tratti salienti della normativa vigente e si avanzano alcuni suggerimenti *de iure condendo* per l'introduzione della negoziazione assistita amministrativa (NAA) quale precipuo ed innovativo strumento di deflazione delle liti innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali.