

La mediazione “amministrativa” al vaglio del diritto comparato: spunti e paradigmi per il legislatore italiano¹.

Articolo di **Andrea GIORDANO**²

L'avvenuta reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione, operata dal c.d. “Decreto del Fare”³, recentemente convertito in legge⁴, induce a porre l'accento sull'estensibilità dell'istituto ai rapporti tra cittadini ed amministrazione pubblica.

Di particolare ausilio è l'esperienza degli ordinamenti giuridici stranieri, ove si riscontra un sempre maggiore *favor* per l'istituto, non solo in relazione ai rapporti di diritto privato, ma anche a quelli di diritto pubblico. L'invito, rivolto dal Consiglio d'Europa con la Raccomandazione del 5 settembre 2001, ad apprestare e potenziare modi alternativi di risoluzione delle controversie tra autorità amministrative e privati, non è rimasto inascoltato, ma ha, piuttosto, promosso, nei principali Stati membri, una cultura delle *alternative dispute resolutions* che già, prima del 2001, aveva dato i primi frutti⁵.

Paradigmatico, in materia, è l'ordinamento tedesco, per il quale l'ammissibilità della mediazione nei rapporti tra privati e p.a. deve ritenersi implicita all'avallo, prestato dal medesimo ordinamento, alla transazione di diritto pubblico.

Nota è, infatti, che la legge tedesca sul procedimento amministrativo abbia espressamente codificato, nell'ambito della disciplina dei contratti di diritto pubblico, l'accordo transattivo tra p.a. e privati. Stando al par. 55 della legge citata, è ammessa la conclusione di contratti di diritto pubblico che, mediante reciproche concessioni, pongano fine ad uno stato di

¹ Relazione che verrà svolta in occasione dell'Anno della Mediazione 2013.

² Avvocato del Foro di Roma, Dottore di ricerca in diritto processuale civile, Mediatore civile e commerciale.

³ D.L. 21 giugno 2013, n. 69.

⁴ L. 9 agosto 2013, n. 98. Per un primo commento, v. AA.VV., *Mediazione civile e commerciale, Sole 24 Ore - Guida al dir.*, 9 agosto 2013.

⁵ In argomento, S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004, 165 e ss. V., per un confronto tra ordinamenti, S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, *Public Law*, 2006, 320 e A. Masucci, *La procedura di mediazione come rimedio alternativo di risoluzione delle controversie di diritto amministrativo prima e nel corso del processo. Profili delle esperienze francese, tedesca ed inglese*, cit., 175.

incertezza, purché l'autorità, dopo debita valutazione, ritenga la stipulazione a tal fine adeguata⁶.

Quanto alla specifico della mediazione, non sono mancate le sue applicazioni, in particolare in ordine all'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione, oppure in presenza di concetti giuridici indeterminati.

Se lo strumento è stato, per lo più, impiegato in materia di definizione dei piani di programmazione urbanistica, oppure nelle controversie relative al risanamento dei centri storici o al diritto ambientale⁷, lo stesso ha trovato altresì terreno fertile con riferimento ad attività amministrative vincolate, in presenza di controversie sui presupposti del provvedimento emesso⁸.

Di momento è anche l'esperienza giuridica francese.

Argomenti a sostegno dell'impiego della mediazione discendono, indirettamente, dall'ammissibilità della transazione nelle liti "*en matière administrative*", al di fuori del circuito giudiziario e all'interno del giudizio, o, sempre più di frequente, dell'arbitrato in materia amministrativa e, direttamente, dal crescente impiego della mediazione al fini di comporre controversie tra cittadini e p.a.

Del resto, già con il *Rapport del Conseil d'Etat* del 1993, intitolato "*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*", e del quale è ampiamente tributaria la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 settembre 2001⁹, si era data manforte alle tecniche alternative di risoluzione delle controversie.

Non stupisce che, in un contesto siffatto, il ricorso alla *médiation* abbia, nella prassi, trovato ingresso in relazione alle liti concernenti i contratti amministrativi o la responsabilità dell'amministrazione pubblica¹⁰.

Peraltro, il *Conseil d'Etat* si è recentemente mostrato favorevole alla mediazione anche in relazione alla materia pubblicistica, ammettendo la possibilità di sollecitare l'amministrazione, con lo strumento in discorso, a rivedere scelte già compiute¹¹.

Altrettanto significativo è l'esempio dell'ordinamento inglese, ove viene particolarmente incoraggiato l'impiego delle tecniche alternative di risoluzione delle controversie e, fra queste, della mediazione.

La possibilità di avvalersi della *mediation* anche nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, già affermata da certa giurisprudenza all'avanguardia, ha trovato codificazione espressa nel *Government's Pledge* del 2001, per la promozione, presso tutti i *Government Departments* e le *Agencies* delle procedure di *alternative dispute resolution*.

⁶ V. anche il par. 40 della legge sul processo amministrativo, che prevede la possibilità di deferire le cause di diritto amministrativo ad un tribunale arbitrale. Si confronti, sul tema, L. Rosemberg - K. H. Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1986, 1144 e ss.

⁷ G. Spindler, *Mediation-Alternative zur justizförmigen Streiterledigung und rechtspolitischer Handlungsbedarf*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2008, 1025.

⁸ S. Boyron, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, cit., 331.

⁹ In argomento, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 193.

¹⁰ S. Boussard, *Modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Juris Classeur Justice Administrative*, 2005, 4.

¹¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006, 412.

Recentemente, con il *Dispute Resolution Commitment* del 2011¹², si è inteso impegnare agenzie e dipartimenti governativi all'impiego, prima di agire in giudizio, di strumenti di risoluzione alternativa delle liti¹³.

Ulteriori argomenti favorevoli all'uso della mediazione nella nostra materia possono, infine, trarsi dall'ampio ricorso, da parte dei Paesi europei, alla figura dell'*Ombudsman*, originariamente sorta, secondo il modello prospettato dalla Carta Costituzionale svedese del 1809, per limitare l'assolutismo monarchico, e successivamente impiegata, in molti Stati, per interporre, tra p.a. e privati, un mediatore *sui generis*, volto a tutelare questi ultimi nelle ipotesi di cattiva amministrazione.

Quanto all'esperienza francese, il *Médiateur de la République*¹⁴ ha il compito di ricevere i reclami dei cittadini, dialogando poi con le amministrazioni, nel tentativo di migliorare la loro condotta, in relazione ai profili invocati dai privati.

Anche nel diritto inglese, l'*Ombudsman* è figura di intermediazione tra cittadini e p.a., volta a ricevere i reclami dei primi ed indurre le amministrazioni pubbliche a rivedere i provvedimenti emessi ed, eventualmente, risarcire i danni cagionati¹⁵.

L'impiego virtuoso dell'*Ombudsman* in numerosi Paesi stranieri e la creazione di un vero e proprio *Médiateur* europeo, volto ad effettivamente garantire privati e persone morali nelle ipotesi di cattiva amministrazione degli organi comunitari, dimostra il potenziale della procedura conciliativa, in relazione alle controversie con la p.a., inducendo il legislatore italiano a muoversi in direzione analoga.

Non valorizzare, in sede di future riforme – al più tardi all'esito del periodo di sperimentazione individuato dalla L. n. 98/2013¹⁶ – la proficua, paradigmatica, esperienza degli ordinamenti stranieri significa arretrare nei livelli 'dovuti' di tutela delle situazioni soggettive, contraddicendo a un tempo i principi cardine dell'azione amministrativa¹⁷ e lo stesso connotato, ontologicamente paritario, del diritto amministrativo vigente.

¹² <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/mediation/drc-may2011.pdf>.

¹³ Così il DRC 2011: "*The Dispute Resolution Commitment (DRC) is aimed at encouraging the increased use of flexible, creative and constructive approaches to dispute resolution. It offers an opportunity to demonstrate a best practice approach to business and in particular to how disputes are managed and resolved. It allows governments departments and their agencies to demonstrate their commitment to resolving disputes quickly and effectively utilizing the most suitable dispute resolution mechanism*".

¹⁴ Su cui v., in particolare, I. Isaac - M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2006, 118.

¹⁵ W. Wade - C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 2000, 88.

¹⁶ V. l'art. 5, c. 1- bis, della legge n. 98 del 2013, a tenore del quale: "[...] La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla sua entrata in vigore".

¹⁷ Si veda, segnatamente, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché a fortiori l'art. 97 Cost.