

# OSSERVATORÎ SULLA GIUSTIZIA CIVILE LABORATORIO SU GIURISDIZIONE E ADR

## LA PARTE PUBBLICA IN MEDIAZIONE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA: RIFLESSIONI GENERALI

### IL RUOLO DELLA AVVOCATURA DELLO STATO

Negli ultimi anni, come noto, anche nell'ordinamento processuale italiano si è assistito alla introduzione di varie misure volte a garantire i principi costituzionali in tema di celebrità ed effettività della tutela giurisdizionale, attraverso metodi alternativi per la prevenzione del contenzioso e la risoluzione delle controversie (cosiddetti "ADR": *alternative dispute resolution*).

Nel regolamentare tali procedure (e si pensa qui, in particolare, alla **mediazione finalizzata alla conciliazione** di cui al D. Lgs. 04.03.2010 n.28, al D.L. 12.09.2014, n.132 in tema di degiurisdizionalizzazione e definizione dell'arretrato in materia di processo civile, che regola il **trasferimento dei procedimenti pendenti in sede arbitrale** e la **negoiazione assistita**, al D. Lgs. 06.08.2015, n.130 sulla **risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori**), mezzi di portata generale ed applicabili in linea di principio a tutti i soggetti potenzialmente parti di una controversia, sembra, però, che il Legislatore non sempre si sia posto nell'ottica delle modalità di applicazione degli stessi ai soggetti pubblici. Basta pensare, a questo proposito, alla presenza di norme "premiali" con riflessi tributari per le parti che si accordano; agli obblighi relativi alla informazione che il difensore deve fornire alle parti assistite; a quelle disposizioni che presuppongono la iscrizione del difensore stesso all'albo professionale, per comprendere che siamo in presenza di previsioni evidentemente non applicabili alle parti pubbliche e ai loro difensori; e, d'altro canto, le disposizioni del diritto dell'Unione che sono in gran parte ispiratrici degli ADR sembrano anch'esse escludere la presenza nelle controversie in atto o in potenza di una parte pubblica.

Ora, le peculiarità che innegabilmente caratterizzano l'operare di tali soggetti, e in particolare le modalità con le quali gli stessi sono assistiti e difesi in giudizio, hanno creato e creano una serie di problemi concreti, dei quali si è dovuta fare carico anche l'Avvocatura dello Stato, difensore *ex lege* delle Amministrazioni statali e di altri enti pubblici, finendo col dare talvolta l'impressione di un preconcetto rifiuto di tali strumenti: rifiuto che invece, a ben vedere, non c'è.

Tali vie alternative non possono non essere viste anche dalla parte pubblica come fondamentali, potenzialmente decisive per il raggiungimento di scopi (generali e particolari) certamente condivisi. Ma un reale contributo alla loro effettività anche nei confronti di quelle parti non può che passare attraverso una condivisione delle difficoltà che essi pongono.

Un costruttivo confronto dialettico tanto con il Foro libero quanto con la Magistratura, finalizzato ad una intelligente, reciproca comprensione delle problematiche – problematiche reali, e non mero "scudo" sintomatico di un gretto rifiuto della novità –, può e deve allora contribuire a rendere quegli strumenti realmente utili ed efficaci per il raggiungimento delle fondamentale finalità di abbattimento del contenzioso.

Altrimenti, è inutile nascondere, la mancata "reciproca comprensione" non può che condurre ad un risultato addirittura opposto, costituendo gli strumenti ipoteticamente deflat-

tivi un passaggio meramente formalistico, utile solo ad un ulteriore allungamento dell'*iter* processuale: il che sarebbe una sconfitta per tutti, anche, e si vorrebbe dire in primo luogo, per il soggetto per definizione portatore di interessi collettivi.

\* \* \* \* \*

L'atteggiarsi delle Amministrazioni pubbliche nei confronti degli strumenti deflattivi del contenzioso è caratterizzato da due ordini di distinte problematiche, da affrontare e risolvere con approcci diversi.

Vi è, per così dire, un aspetto "soggettivo": meno serio, certamente, sotto il profilo giuridico, ma tutt'altro che trascurabile, poiché può costituire di fatto un ostacolo difficilmente sormontabile: il timore che nutre il funzionario pubblico nell'addivenire ad una composizione della controversia.

E ciò per due ordini di ragioni.

Uno, per così dire, è psicologico, e di "educazione": spesso, i vertici delle Amministrazioni - quelli che, naturalmente, si trovano a dover assumere la decisione finale sulla definizione della controversia avendo la disponibilità del diritto - provengono da una formazione culturale tradizionalmente sospettosa di fronte ad accordi che precedano o sostituiscano una statuizione giurisdizionale.

L'altro, al primo collegato, ma ben più concreto, è costituito dal timore che concludere una transazione possa essere per il funzionario fonte di responsabilità. E occorre dire che l'assunzione di atteggiamenti rigidi da parte del Giudice contabile cui non di rado si è assistito possono avere decisiva influenza in questo senso.

Sono, questi due profili "soggettivi", aspetti sui quali si può certamente lavorare, e l'Avvocatura dello Stato a questo fine concretamente si sta impegnando. Occorre cioè far comprendere che una buona, o comunque una ragionevole transazione, lungi dal comportare responsabilità, può anzi prevenire un addebito di *mala gestio* della cosa pubblica. Rifiutare un accordo in una situazione dove l'accordo appare consigliabile per prevenire più gravi conseguenze per l'Erario costituisce propriamente una scelta di "buona amministrazione" da assumere proprio nel corretto perseguimento dell'interesse pubblico. L'assistenza del difensore, che chiarisca caso per caso questo punto, può certamente essere fondamentale, come altrettanto utile può essere la disponibilità e la collaborazione dell'Autorità giudiziaria, laddove in qualche modo investita della questione, e degli stessi difensori di controparte. Anche per il privato un accordo rapido e ragionevole può essere preferibile, pur se in termini magari meno vantaggiosi, ma più facilmente accettabili da parte dell'Amministrazione.

\* \* \* \* \*

Tuttavia, accanto a questi profili che abbiamo definito "soggettivi", ben più serie problematiche "oggettive" vanno ad incidere sulla partecipazione delle Amministrazioni pubbliche e dei loro difensori ai procedimenti deflattivi del contenzioso.

È su questi aspetti che una piena comprensione e collaborazione da parte di tutti gli altri soggetti che intervengono negli ADR possono fornire il contributo decisivo per la effettiva utilità del rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale.

Con più specifico riferimento alla mediazione, un primo ordine di problemi deriva dai **limiti di applicabilità** normativamente posti al ricorso a quello strumento deflattivo.

**a.** La normativa vigente, correttamente, ritiene percorribile la strada della mediazione limitatamente ai soli **diritti disponibili**.

Con riferimento ai soggetti pubblici, ciò si traduce in una limitazione per tutta una serie di vicende che, *ratione materiae*, non sono suscettibili di accordo. Considerato anche il testuale riferimento alle “controversie civili e commerciali”, si deve dunque escludere che possano essere oggetto di mediazione (perché non possono essere oggetto di accordo):

- i. le **controversie in materia di diritto amministrativo**, laddove cioè l’Amministrazione abbia esercitato o debba esercitare potestà pubbliche;
- ii. le **controversie tributarie** (evidentemente comprese quelle in materia **doganale**);
- iii. le **controversie in tema di responsabilità dello Stato per atti compiuti iure imperii**. Tra queste devono ritenersi evidentemente rientrare le (non transigibili) controversie in materia di responsabilità per l’eccessiva durata del processo (cd. “*legge Pinto*”);
- iv. le pretese civili azionate a mezzo della **costituzione di parte civile** nel procedimento penale;
- v. le controversie relative a **diritti reali “pubblici”** (si pensi a vicende involgenti la demanialità o la natura patrimoniale indisponibile di un bene).

In tutti questi casi, è evidente (e deve essere compreso dalle stesse controparti e dai Giudici) che l’opposizione di un rifiuto alla mediazione/negoziazione discende da un preciso obbligo di legge e non da un “capriccio” di un’Amministrazione neghittosa.

**b.** Ma a queste ipotesi devono affiancarsene logicamente altre, pur vertenti in materia “*civile e commerciale*”, nelle quali l’Amministrazione non può logicamente addivenire ad accordo alcuno, poiché in realtà la atipicità del suo operare non consente di ricomprendere la controversia, se non attraverso una lettura superficiale, in tale novero.

Si pensi, così, ai casi in cui vi sia stretta commistione tra la materia civilistica e quella pubblicistica, laddove cioè l’Amministrazione si trovi ad agire sì, formalmente, sul piano privatistico, ma attraverso una commistione con attività e strumenti di altra natura.

Agevoli esempi di casi simili, nei quali non appare possibile ricorrere agli strumenti deflattivi considerati, sono costituiti:

- i. dalla necessaria parallela adozione di **atti organizzativi**;
- ii. laddove si sia in presenza di rapporti contrattuali “speciali” nei quali, in considerazione della natura pubblica di uno dei contraenti, siano inserite nel contratto **clausole imposte dalla legge** (il che accade, a titolo meramente esemplificativo, per talune tipologie di locazioni);
- iii. quando sia in ogni caso necessaria l’adozione di altri **atti amministrativi** (si pensi alle “transazioni” regolate da legge e da regolamenti in materia di danno da emotrasfusione);
- iv. più in generale, laddove si sia in presenza di **atti amministrativi presupposti**, sui quali evidentemente l’Amministrazione non può incidere direttamente in via pattizia (si pensi ai contratti accessivi a concessioni).

c. Non si può infine trascurare l'esistenza di controversie per le quali, in ragione delle loro peculiari connotazioni, la via dei rimedi alternativi come definiti dalla normativa in discorso non risulta in sostanza adeguata, finendo con il costituire una superfetazione superflua/inutile che finisce proprio col comportare una situazione dilatoria contraria alla stessa finalità degli ADR.

È ben noto, ed evidente, che i rimedi alternativi al contenzioso giudiziale sono stati pensati principalmente per il contenzioso tra privati di natura sostanzialmente bagatellare: è in questo campo che hanno le maggiori possibilità di essere realmente incisivi, abbattendo il contenzioso.

Ma ciò non avviene in una larga parte del contenzioso delle Amministrazioni pubbliche.

Esso involge **materie di particolare delicatezza e complessità giuridica**, non di rado di elevatissimo valore, nei quali si confrontano con l'Amministrazione soggetti privati (imprenditori di grandi dimensioni, multinazionali, ecc.) che hanno a loro volta strutture legali particolarmente specializzate e agguerrite. Anche laddove non siano normativamente previsti procedimenti speciali volti alla definizione (ma si pensi, in primo luogo, ai *Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale* previsti dal Capo II del Titolo I della Parte VI del nuovo *Codice dei contratti pubblici*, D. Lgs. 18.04.2016, n.50, artt.205 e seguenti), è evidente, da un lato, che i legali delle parti, prima di accedere al contenzioso giudiziale, avranno tentato di percorrere ogni strada idonea alla risoluzione bonaria della controversia, in analogia con il procedimento di negoziazione assistita; d'altro canto, è lecito dubitare che un mediatore, pur dotato di grande abilità dialettica e di capacità di "smussare gli angoli" tra le parti private, possa fornire un effettivo contributo ad una soluzione pre-giudiziale della vicenda. In questi casi, se mai, potrebbe essere solo il Giudice, *cognita causa*, a suggerire alle parti una via conciliativa sulla base del (principio di) convincimento che si fosse in lui formato in sede di esame della causa sottopostagli.

Parimenti da escludere appare l'utilità concreta di un tentativo di composizione alternativo per il **contenzioso seriale** che spesso vede coinvolte le Amministrazioni pubbliche (non diversamente da quanto accade, per vero, ad altri soggetti quali Assicurazioni, Banche, Finanziarie, ecc.). È in questi casi evidente che non è possibile risolvere la singola controversia, anche se di valore non particolarmente elevato, se non passando attraverso una soluzione di carattere più generale, per la quale deve ravvisarsi una competenza ai massimi livelli decisionali, anche a tutela di fondamentali principi costituzionali quali la parità di trattamento tra le parti e il buon andamento dell'Amministrazione.

In tutti questi casi sembra giustificato e comprensibile il rifiuto dell'Amministrazione di anche solo avviare o partecipare ad un ADR che finirebbe, come detto, col comportare unicamente una dilazione superflua rispetto all'accesso alla giustizia.

\* \* \* \* \*

Nel quadro così sommariamente delineato resta da comprendere quale debba essere il ruolo del difensore pubblico, e, in particolare, dell'Avvocatura dello Stato: ruolo che, va detto subito, non può che essere fondamentale nell'affiancare e assistere l'Amministrazione patrocinata favorendo la finalità, da tutti condivisa, di una riduzione del contenzioso, sgom-

brando però il campo dell'errato e dal superfluo e concentrando l'intervento su quei casi nei quali vi sia effettiva, concreta possibilità di definizione.

È di piena evidenza che, proprio per la sua posizione istituzionale di **difensore** della parte, ma anche di **pubblico ufficiale**, l'Avvocato dello Stato, ben prima della nascita degli strumenti deflattivi di cui si discorre, si è sempre inserito nella dialettica processuale come garante della **legittimità dell'azione amministrativa**.

In quest'ottica svolge un ruolo fondamentale la funzione consultiva dell'Avvocatura, che può consentire all'Amministrazione, per un verso, di prevenire un contenzioso inutile o dannoso, e, per l'altro, di definire ove possibile in tempi ragionevoli il contenzioso con una soluzione accettabile per entrambe le parti in contesa.

Non può tacersi, per contro, che gli adempimenti necessari per fronteggiare un crescente accesso da parte del privato ai rimedi alternativi di cui si tratta costituiscano per l'Avvocatura dello Stato un aggravio consistente in termini di carico di lavoro, richiedendosi in materia una attività giuridica e soprattutto una presenza "fisica" in luoghi diversi, spesso oggettivamente inconciliabili con i concomitanti impegni professionali degli Avvocati dello Stato.

Per accennare a uno solo tra i tanti problemi (che il Legislatore non sembra a suo tempo essersi posto), per l'Ente pubblico che intenda agire in una materia per la quale è prevista la mediazione obbligatoria si pone il problema della scelta della struttura cui rivolgersi: scelta che comporta l'impegno di fondi pubblici e impone quindi obblighi contabili che potrebbero giungere addirittura alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva per l'individuazione della struttura.

Sembra tuttavia che, anche alla luce di quanto fin qui esposto, sia possibile una ragionevole lettura delle disposizioni che regolano gli ADR in modo tale da contemperare le varie esigenze presenti, riducendo l'intervento concreto dell'Avvocatura alle sole ipotesi in cui lo stesso sia **effettivamente utile, ferma restando una costante e generale attività di assistenza dell'Amministrazione**, in linea peraltro con la funzione consultiva sempre svolta.

- i. Come si accennava (cfr. le lettere **a.**, **b.** e **c.** che precedono), vi sono dei casi nei quali il rimedio alternativo non è giuridicamente praticabile, o è comunque sostanzialmente privo di utilità perché evidentemente destinato al fallimento. Ragioni di economia nell'attività dei soggetti pubblici suggeriscono in questi casi che **l'Amministrazione** (sempre "sentita l'Avvocatura") **provveda direttamente**, e chiarisca con una motivata risposta all'invito alla mediazione o alla negoziazione - eventualmente intervenendo direttamente in sede di primo incontro di mediazione - le ragioni che sono di radicale ostacolo al percorso conciliativo.
- ii. Deve essere altresì possibile per **l'Amministrazione intervenire direttamente** (ed esclusivamente) nel procedimento in tutti i casi in cui **la normativa le consenta di presenziare da sola anche in sede giurisdizionale** (si pensi, a titolo esemplificativo, alla previsione degli artt.2 e 3 del T.U. n.1611/1933 e di altre disposizioni similari; a non diversa soluzione sembra potersi giungere nelle ipotesi di Amministrazioni che abbiano uffici legali interni e che si avvalgano del patrocinio cd. "autorizzato" dell'Avvocatura). Sarebbe, in effetti,

del tutto irrazionale pretendere l'intervento dell'Avvocatura pubblica in una fase pre-contenziosa laddove poi l'Amministrazione possa difendersi in giudizio da sola.

Nei casi di cui ai due punti precedenti la mediazione e la negoziazione assistita non possono che essere per l'Avvocatura dello Stato, sulla base dell'art.13 del RD 1611/1933, strumenti di natura valutativa e non facilitativa, usando una terminologia enucleata dal diritto collaborativo americano (si pensi all'ADR Movement e alla teoria della cd.multi-door court house, ossia la teoria dell'accesso differenziato alla giustizia, elaborata dal prof. Frank E.A.Sander).

- iii. Un intervento dell'Avvocato dello Stato, quale **avvocato del processo**, così come configurato dal proprio ordinamento interno (R.D. n.1611/1933; L. n.109/1975), è in ogni caso certamente ipotizzabile nei casi di **mediazione e negoziazione delegata dal Giudice**, quale nuova ipotesi di giurisdizione condizionata (vedi sentenza del 7 luglio 2016 n.162 della Corte Costituzionale) e di cd.<giustizia contrattuale>, (che non si sottrae, però, al controllo giudiziario), ipotesi che si è profilata con la <convention de procedure participative>, nell'ambito dei cd.Marc (*Modes alternatifs de reglement des conflits*), introdotta dalla legge francese n.1609 del 22.12.2010 (cd.*Loi Beteille*), legge a cui si è ispirato il Legislatore italiano. Infatti, in tutte le ipotesi di atti successivi all'atto introduttivo del giudizio, ad esempio domanda riconvenzionale, chiamata in causa del terzo, intervento del terzo volontario cd.principale ex art.105 cpc primo comma, opposizione a decreto ingiuntivo), essendo già iniziato il giudizio e avendo l'Avvocatura dello Stato già assunto il patrocinio e svolte le proprie difese, qualora il Giudice rilevi il mancato avveramento della condizione di procedibilità, ben potrà agevolmente partecipare alla procedure alternative alla giurisdizione, avendo peraltro già assunto una propria linea difensiva nel giudizio pendente.
- iv. Parimenti, come è ovvio, l'Avvocatura dello Stato potrà senz'altro intervenire alla procedura alternativa disposta **in grado di appello**. Infatti, qualora il Giudice di appello si trovi a constatare che il Giudice di primo grado abbia errato nel non ritenere la questione sottoposta alla procedura di mediazione o di negoziazione assistita, oppure che abbia errato nell'aver respinto l'eccezione di improcedibilità sollevata da una parte in ordine al mancato esperimento delle suddette procedure, dovrà disporre che in tale sede le parti pongano in essere quell'attività di mediazione o di negoziazione assistita mai esperita sino a quel momento.
- v. **Parteciperà** infine certamente all'ADR l'**Avvocatura** (oltre che nei casi in cui occorre **promuovere** la procedura di mediazione obbligatoria) laddove si delineino per la mediazione o la negoziazione **concrete possibilità di successo**: nel qual caso, oltre a svolgere la normale attività di consulenza per l'Amministrazione, l'Avvocatura si darà carico di intervenire partecipando a quanto necessario per il successo del procedimento, e in primo luogo alla stesura dell'accordo transattivo.

Sembra, in conclusione, che una lettura "elastica" e costruttiva delle disposizioni sui rimedi alternativi per la definizione delle controversie quale quella suggerita nelle pagine

che precedono con riferimento alla partecipazione agli stessi delle Amministrazioni pubbliche e dei loro difensori sia pienamente conforme allo spirito delle norme, e possa contribuire, con la collaborazione di tutte le parti coinvolte, all'auspicato risultato di una riduzione del contenzioso. A ciò l'Avvocatura pubblica intende contribuire pienamente, rendendosi fattivo protagonista per tendere agli obiettivi posti nella Carta fondamentale per una giustizia più celere ed efficace.