

BREVI NOTE INTRODUTTIVE IN TEMA DI ADR (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS*) NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?

dell'Avv. Ruggero Frascaroli

Intervento al Convegno indetto dalla Camera Arbitrale italo-estera sul tema: La giustizia alternativa: conciliazione, mediazione ed arbitrato, tenutosi in Roma, presso la Sala del Cenacolo il 4.3.2011.

Speech at the Conference organized by the Italian Foreign Arbitration Court on the issue: The justice alternative: conciliation, mediation and arbitration, held in Rome, at the Sala del Cenacolo on 4.3.2011.

Sommario: 1. Note di introduzione in tema di ADR nella PA.

1. Note di introduzione in tema di ADR nella PA.

Nella visione ideologica pan-statalista (Max Weber), lo Stato concede i diritti e solo lo Stato deve provvedere alla loro tutela; in via di principio, dunque, la giustizia è statale, in quanto lo Stato è fonte del diritto.

La deroga alla giurisdizione statale, a favore di forme alternative di risoluzione di controversie nei confronti della pubblica amministrazione, assume particolari aspetti laddove coinvolge lo Stato (ovvero la pubblica amministrazione nella sua più ampia accezione) con riferimento però all'attività amministrativa e non allo Stato-ordinamento.

Va osservato in proposito come la tutela stragiudiziale, così come quella giudiziale, attinga anche a fattispecie rientranti nel confine giurisdizionale del giudice amministrativo, in cui l'amministrazione riveste spesso il ruolo di parte ricorrente (si pensi ai rapporti tra ente gestore-concedente e gestore-concessionario di pubblico servizio) e non più solo quello tradizionale di resistente.

Tuttavia, quando sia presente una parte pubblica, la *tutela privata*, nel senso di ricorso a giudice diverso da quello statale, va differenziata dalle forme di tutela amministrativa, nelle quali non è presente un soggetto terzo (privato, ma scelto da entrambe le parti), e l'Amministrazione non perde la sua posizione di supremazia e potestà.

In siffatto contrasto potenziale di interessi e posizioni contrapposte va dunque inquadra-

ta la figura normativa riconducibile a forme alternative di risoluzione preventiva di controversie che trova peraltro un limite certo nell'*indisponibilità* di diritti scaturenti dall'esercizio di una funzione pubblica.

Va ricordato in proposito come negli Stati Uniti d'America, già intorno agli anni '70, per fronteggiare la crisi della giustizia civile, si radica un movimento di riti alternativi ADR (*Alternative Disparate Resolution*); ma anche in altri Stati europei, si rinviene una soluzione alternativa ai problemi di giustizia, ad esempio in Francia in cui l'istituto della mediazione, risulta già contenuto nel rapporto di *Conseil d'Etat* del 1993, per ridurre il carico di contenzioso assegnato al predetto Organo.

E' essenzialmente nella scia dei principi generali del *giusto processo*, che il Consiglio d'Europa trae la spinta per attivare una procedura precontenziosa, che ha lo scopo precipuo, meglio l'idea-forza di prevenire il conflitto, dando vita così alle statuizioni contenute nella direttiva Comunitaria n. 52/2008.

Come è noto, con tale direttiva, si invitano gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziarie ed alternative, prevedendosi l'adozione di adeguate disposizioni legislative regolamentari e amministrative, per conformarsi poi a alle regole comunitarie entro la data del 21.5.2011.

Il nostro ordinamento alcuni mesi prima della scadenza del termine, ha dato attuazione alla suddetta direttiva, mediante l'adozione del d. lgs. n. 28/2010 recante la nuova concilia-

liazione stragiudiziale (e successivo regolamento di attuazione di cui al decreto interm. del 18.10.2010 n. 180) in virtù della legge delega n. 69/2009 (che, a sua volta, aveva conferito al Governo in virtù dell'art. 60 la potestà legislativa a regolare la mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale vertenti su diritti disponibili).

L'obiettivo cui ora sottende l'articolato normativo in commento va dunque letto nell'ottica di una rinnovata cultura giuridica nella gestione dei conflitti sociali, volta a fornire una risposta efficace al bisogno di giustizia dei cittadini nell'ambito dei principi cardine dettati nel giusto processo.

La finalità primaria della menzionata riforma che ha trovato sbocco nel d. lgs. 28/2010, è dunque quella di affermare la tutela degli interessi delle parti, prevenendo o anticipando il conflitto in sede giudiziale; il secondo fine è poi quello di natura prettamente amministrativa ed ha lo scopo di ridurre il carico di lavoro giudiziario, anche in ragione dei costi senz'altro contenuti previsti per l'esperimento della mediazione (c.d. effetto deflattivo

sul contenzioso) che evita la controversia addivenendo ad una definizione consensuale della potenziale res-litigiosa.

Va subito rilevato che in realtà, il nostro ordinamento giuridico aveva già individuato nel tempo altri modi diversi di risoluzione di controversie alternative alla giurisdizione, che riveste pur sempre carattere strumentale rispetto al diritto sostanziale ed alle posizioni giuridiche soggettive delle parti in contesa.

Si pensi, ad esempio, al recente collegato-lavoro (l. 183/2010) (che investe anche il pubblico impiego), anche se in tal caso è stato degradato da obbligatorio in facoltativo il preventivo tentativo di conciliazione anche per il pubblico dipendente dinanzi al competente Ufficio Provinciale del Lavoro prima di adire il Giudice.

Ovvero, il precedente legislativo in materia societaria, dettato dal d. lgs. n. 3/2003 e del correlato d.m. n. 224/2004 Ministero Giustizia, con il quale veniva introdotto nelle materie elencate nell'art. 1 del suddetto d. lgs. il tentativo di conciliazione con l'istituzione e la regolamentazione degli organismi a ciò de-

putati.

Per quel che concerne poi ciò che più interessa specificamente la materia amministrativa, tra gli strumenti alternativi vanno invero indicati:

1) I rimedi interni all'amministrazione, le cosiddette fasi amministrative volte a rafforzare le garanzie procedurali, ovvero quasi-processuali, del contraddittorio amministrativo; si pensi ad esempio alla fattispecie prevista dall'art. 11 l. 241/90 che consente alla pubblica amministrazione di concludere accordi con i soggetti interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo, procedere all'accordo a definizione del relativo procedimento; ciò che comporta l'evidente superamento di un sistema di contrapposizione duale a favore di posizioni paritarie tra le parti ed in un'ottica di partecipazione al procedimento di formazione del provvedimento amministrativo.

2) I rimedi contenziosi amministrativi (i c.d. ricorsi) devoluti alla medesima Amministrazione.

Va sottolineato in proposito come lo stesso Presidente del Consiglio di Stato ha recentemente rilevato, nella relazione dell'attività della Giustizia Amministrativa per l'anno 2011, come la giurisdizione debba essere considerata come una vera e propria *risorsa*, come tale non illimitata, ma da riservare alle questioni più rilevanti sul piano sociale, istituzionale, ed economico.

Pertanto, nell'interesse del cittadino, occorrerebbe, anche in tal caso, introdurre rimedi di tutela che ne assicurassero la soddisfazione *a prescindere dall'intervento del giudice*; prevedendo, ad esempio, l'obbligatorietà dei ricorsi amministrativi prima di accedere alla giustizia togata, assicurando, però, di rimuovere il difetto di fondo che caratterizza questi rimedi quantomeno nel passato, e quindi di garantire che tali ricorsi siano decisi in modo autonomo rispetto alle ragioni dell'amministrazione; auspicando nel contempo un intervento del Parlamento il quale provveda ad articolare una riforma precisa in materia di strumenti alternativi anche in sede di ricorsi amministrativi, adeguandoli ai tempi, per renderli effettivamente mezzi di tutela alternativa a quella giudiziaria.

Al riguardo si può suggerire l'intervento, entro termini brevi prefissati, da parte di un consigliere di TAR che, in sede consultiva, esprima un parere obbligatorio nell'ambito del procedimento decisorio, così come ora avviene per ricorsi al Capo dello Stato. (art. 12 d.P.R. 1199/71). D'altra parte va rilevato che un tale sistema alternativo e/o preventivo di giustizia si rende viepiù indispensabile ove si rilevi che le norme che disciplinano il processo amministrativo non contemplano alcun istituto assimilabile alla conciliazione.

Ne costituisce riprova il fatto che la tariffa forense tuttora vigente non preveda per le cause avanti agli organi di giustizia amministrativa di primo grado alcun compenso per l'udienza di trattazione e per l'attività di conciliazione della lite, tant'è che la Cassazione ha affermato che, per le cause davanti agli organi di giustizia amministrativa di primo grado, non spettano gli onorari per l'udienza di trattazione e per la conciliazione della lite in quanto non previsti dalla tariffa professionale.

3) I rimedi quasi-giudiziali, quali quelli devoluti ad Autorità amministrative terze (Autorità indipendenti, organismi non riconducibili pacificamente al concetto di amministrazione ministeriale classica) che svolgono un ruolo, senz'altro diverso da quello assegnato istituzionalmente al Giudice statale, laddove non assumano funzione decisoria; Autorità che possono prevenire controversie sia tra enti pubblici e gestori di pubblico servizio, che tra gestori e utenti, attraverso pareri e/o determinazioni, residuando pur sempre rispetto ai provvedimenti finali la forma di tutela giurisdizionale. L'Autorità assume in tale ipotesi un ruolo di amichevole compositore, il cui verdetto non vincola le parti e non condiziona in alcun modo l'eventuale ricorso giurisdizionale; l'Autorità infatti esprime un parere non vincolante proponendo una soluzione possibile, con lo scopo quindi di ottenere una deflazione del contenzioso.

4) I rimedi devoluti a terzi, estranei sia alla controparte che alla amministrazione parte in causa (arbitrato), che si concludono con atti limitatamente impugnabili dinanzi al giudice statale.

5) Vi sono infine altre ipotesi normative, in cui la conciliazione non presuppone una controversia, ma viene utilizzata al fine di

prevenirla, inducendo le parti alla composizione bonaria del contrasto di interessi, che altrimenti potrebbe sfociare in contenzioso; si pensi alle liti tra fornitori e utenti, ai quali si addice la qualifica di rito alternativo (procedure di conciliazione presso le Camere di commercio *ex* l.580/1993).

Inoltre va ricordato che l'art. 240 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture prevede una procedura di definizione precontenziosa in forma sostanzialmente transattiva, che riguarda solo le controversie di natura economica che insorgano in sede di esecuzione dell'appalto, e dunque solo controversie in materia di lesione di diritti soggettivi.

Altra fattispecie rilevante è poi quella relativa all'accertamento con adesione nel diritto tributario. Originariamente, l'art. 1, co. 1 del d. lgs. n. 218/97 prevedeva l'accertamento con adesione (detto comunemente concordato), quale atto di accertamento formato al termine di un contraddittorio tra ufficio e contribuente, che constava di un provvedimento dell'amministrazione finanziaria sottoscritto per adesione anche dal contribuente.

In tal caso, l'accertamento diveniva definitivo, impegnando sia il contribuente che l'amministrazione finanziaria nel senso che il primo non poteva più proporre ricorso giurisdizionale, né la seconda esercitare poteri di autotutela.

A tale meccanismo è subentrata recentemente una nuova normativa di mediazione tributaria.

In particolare, l'art. 39, co. 9, del d.l. 98/2011, convertito in l. 111/2011 modifica il d. lgs. 546/1992 disciplinante il contenzioso tributario introducendo l'art. 17 *bis*, che prevede un rimedio di carattere amministrativo per deflazionare il contenzioso relativo ad atti di valore limitato emessi dall'Agenzia delle Entrate. Tale norma prevede che, per le controversie di valore non superiore a 20.000 euro, colui il quale intenda proporre ricorso debba presentare preliminarmente un reclamo alla Direzione provinciale o alla Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate che ha emanato l'atto al fine di ottenere l'annullamento totale o parziale dello stesso. Il reclamo è previsto in via obbligatoria e quale condizione di ammissibilità del ricorso

e può contenere una proposta di mediazione con rideterminazione delle somme pretese.

L'organo che riceve il reclamo potrà:

a) annullare in tutto o in parte l'atto oggetto del reclamo;

b) accogliere la proposta di mediazione formulata dal contribuente (in tal caso la procedura si arresta);

c) effettuare a propria volta una proposta di mediazione, qualora non intenda accogliere quella del contribuente. La mediazione viene a perfezionarsi secondo le modalità previste per la conciliazione giudiziale, le cui disposizioni, in quanto compatibili, sono espressamente richiamate.

Decorsi 90 giorni senza che sia stato notificato l'accoglimento del reclamo o senza che sia stata conclusa la mediazione, il reclamo produce gli effetti del ricorso e da questa data decorrono i termini per la successiva costituzione in giudizio del ricorrente e della parte resistente: nel caso in cui il reclamo venga respinto in anticipo rispetto ai 90 giorni concessi dalla legge, i termini decorrono dal ricevimento del diniego ovvero, in caso di accoglimento parziale, dalla notificazione del relativo atto.

Le nuove disposizioni si applicano con riferimento agli atti suscettibili di reclamo notificati a decorrere dal 1.4.2012 e non sono stati previsti dal legislatore ai fini della concreta attuazione di esse ulteriori norme regolamentari di dettaglio.

Altra fattispecie è prevista dall'art.16 del d. lgs.n. 42/2004 concernente il ricorso amministrativo ovvero la dichiarazione ministeriale di interesse culturale di un bene, avverso la quale dichiarazione è ammesso ricorso al Ministero, per motivi di legittimità e di merito; laddove la proposizione del ricorso comporta la sospensione degli effetti del provvedimento ed il Ministero, sentito l'organo consultivo, decide sul ricorso.

Ed ancora, va ricordata l'ipotesi normativa in materia di appalti pubblici dal preavviso di ricorso (art. 243 *bis* del d. lgs. 163/2006), volta anch'essa a prevenire l'insorgenza della relativa controversia (si pensi al riguardo ai possibili riflessi dinanzi al Giudice contabile, per responsabilità amministrativa del funzionario, in caso di colpevole inerzia di fronte a contestazioni, così palesemente provate da

dar luogo a pretese risarcitorie della impresa privata).

Infine, un ultimo richiamo alla *c.d. class action* contro la pubblica amministrazione (d. lgs. n. 198/2009 e s.m.i.) e in cui il ricorso di tipo giudiziale rappresenta *l'extrema ratio*, atteso che la stessa azione deve essere obbligatoriamente preceduta da una diffida che pone tutte le basi affinché l'amministrazione provveda, con una adeguata e motivata risposta, alle istanze formulate dal privato.

E' evidente, d'altronde, come aumentando le pretese dei cittadini nei confronti della amministrazione, si incrementi anche la tutela giudiziaria a fronte di legittime situazioni giuridiche soggettive (si pensi al riguardo alle implicazioni legate al c.d. diritto di accesso o all'azione di risarcimento dei danni prevista nelle nuove disposizioni del codice sul processo amministrativo).

In siffatto contesto, l'allungamento dei tempi processuali per il riconoscimento di una pretesa giudiziaria sempre più articolata e complessa finisce col nuocere gravemente al sistema, che si trova a rispondere per indennizzi da ritardi nei tempi di definizione delle vertenze.

Quindi, si deve ritenere che l'esercizio della giustizia, nella precipua accezione di risoluzione del conflitto a mezzo della applicazione della legge, sia compito anche della amministrazione, prima ancora che del Giudice e che pertanto la medesima abbia un compito giustiziale, anche se non giurisdizionale, con il relativo ed ovvio controllo della Corte dei Conti sulle delibere correlate ai loro concreti contenuti.

La vera sfida è rappresentata quindi dalla necessità di incentivare e razionalizzare gli strumenti di giustizia alternativa anche nei confronti della pubblica amministrazione; in questa prospettiva ci pare possa rilevare un'azione amministrativa più consapevole rispetto ai diversi interessi coinvolti e quindi meglio ponderata ab origine.

D'altra parte, solo una amministrazione imparziale che senta fino in fondo il principio della legalità (pur nel rispetto dell'esercizio del potere discrezionale) consentirà di avere una giustizia effettivamente e concretamente efficiente, diluendo così ogni aspetto, tipicamente *gladiatorio*, del conten-

zioso caratterizzato da un'accesa contrapposizione, anziché da un sereno giudizio fondato sul contemperamento degli interessi.

Il giurista che si è scelto come simbolo la *bilancia* del diritto – scriveva Kant - ed insieme la *spada* della giustizia, si serve per lo più della spada poiché suo compito è quello di applicare le leggi vigenti, mentre dovrebbe anche indagare se queste abbiano bisogno di

essere migliorate.

In tale prospettiva, l'emersione dei nuovi strumenti di ADR costituisce senz'altro un invitante approdo, mercé il superamento della concezione tradizionale di lite contenziosa, attraverso un'idea-forza di *giustizia condivisa* per affermare sul piano più sostanziale l'effettività della tutela parametrata alle concrete esigenze di giustizia del cittadino.

«.....GA.....»