

Sistemi integrati di composizione delle liti delle Pubbliche Amministrazioni

(RELAZIONE DEL 18 GENNAIO 2018, SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA)

Gaetana Natale
Avvocato dello Stato

Introduzione.

Con l'espressione "metodi alternativi per la risoluzione delle controversie" (*Alternative Dispute Resolution, cd. ADR*) si fa riferimento, in senso generale, ad una serie numerosa ed eterogenea di procedure dirette a risolvere le controversie in via stragiudiziale, a metodi alternativi alla giurisdizione che realizzano la cd. *Multi Door Court House*, ossia l'accesso differenziato alla giustizia.

Queste procedure, che mirano in primo luogo a soddisfare esigenze di economia processuale, permettono inoltre di raggiungere una soluzione convenzionale delle controversie, realizzando quella che ormai viene definita da più parti "giustizia contrattuale" nell'ambito della c.d. "giurisdizione condizionata".

Le tecniche di risoluzione delle controversie alternative o complementari alla giurisdizione ordinaria hanno cominciato a diffondersi in diversi settori, sia sotto forma di procedure obbligatorie, previste dalla legge, sia sotto forma di procedure volontarie.

I soggetti interessati dalle ADR sono molteplici, riguardando per la parte dei titolari degli interessi incisi i singoli privati, le associazioni di consumatori e risparmiatori, le imprese e gli operatori economici in generale, mentre per la parte dei soggetti che le amministrano, gli organismi di mediazione e conciliazione costituiti ai sensi della L. n. 28 del 2010, gli enti creati da ordini professionali, gli enti appositamente creati per determinati settori (i c.d. *Ordinamenti Sezionati*) come i rapporti riguardanti l'Energia (ad opera dell'Autorità competente), le Comunicazioni (ad opera dell'Autorità competente e delle Regioni), i rapporti bancari (ACF), i rapporti finanziari (ACF). Diversi sono gli interventi con direttive e regolamenti emanati dall'Unione Europea, prevalentemente dedicati alla soluzione dei conflitti tra consumatori e imprese, alle *small claims* e alle tecniche svolte mediante internet (ODR).

Gli ADR sono ormai penetrati in tutte le branche del diritto e sono stati oggetto "di numerosi interventi legislativi al fine di incrementare la capacità deflattiva del contenzioso dei predetti strumenti, di contenere, al contempo, i costi delle liti e, per altro verso di favorire la formazione e lo sviluppo di una cultura della conciliazione" (1).

(1) COMMISSIONE "ALPA", *Proposte normative e note illustrative*, Ministero della Giustizia, 2017, www.mondoadr.it, p. 5.

Oggi il problema è rappresentato dalla mancanza di una legge “cornice” generale e organica per le controversie civilistiche e, soprattutto, di una disciplina specifica per le controversie che riguardano le Pubbliche Amministrazioni. Numerose sono infatti le leggi settoriali ma non è ancora previsto un inquadramento sistematico. Il contesto normativo attuale si presenta dunque frammentato e eterogeneo. Per tale motivo, partendo dalla necessità di enucleare una riforma organica degli ADR, con il D.M. 7 marzo 2016 è stata costituita la “Commissione di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato”. L’obiettivo della suddetta Commissione è stato quello di “prevedere un’ipotesi di riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie”.

Così come si legge nella relazione finale della Commissione Alpa, il contesto normativo attuale “sviluppa forme eterogenee di strumenti negoziali di risoluzione alternativa delle controversie e comprende: l’intervento organico, derivante dall’attuazione del diritto dell’Unione europea, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 in tema di risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori; le misure urgenti in materia di trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all’autorità giudiziaria e in materia di negoziazione assistita dagli avvocati di cui al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132; le forme di mediazione e conciliazione facoltative o obbligatorie nei diversi ambiti settoriali, come le controversie del lavoro, la materia agraria, le controversie tributarie; la disciplina dell’arbitrato” (2). Da ultimo si pensi ancora agli accordi bonari, transazioni, pareri di precontenzioso dell’ANAC previsti negli artt. 205-211 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 50/2016, modificato dal correttivo n. 56/2017), all’accertamento tecnico preventivo art. 696 *bis* previsto nell’art. 8 della legge sulla responsabilità sanitaria Gelli-Bianco n. 24/2017, alla mediazione ambientale o anche da ultimo alla riforma della crisi d’impresa e dell’insolvenza in relazione alla quale il Parlamento ha approvato recentemente la legge delega al Governo del 19 ottobre 2017 n. 155, (G.U. 30 ottobre 2017 n. 254). Tale legge prevede, dopo la riforma della legge fallimentare susseguitesesi a far data dal 2005 fino alla legge 132/2015, le c.d. “procedure di allerta” e di composizione assistita della crisi di impresa, di natura non giudiziale e confidenziale. Il meccanismo prescelto prevede l’istituzione presso la Camera di commercio di un organismo cui il

(2) *Ibidem*. Cfr. anche ALPA G., AMADEO F., AMOROSO G., AULETTA F., BREGGIA L., BRIGUGLIO A., CARDOSI A., CINTIOLI F., CIRIELLO A., GIUSTI A., MARCHESIELLO M., MAROTTA G.G., RAGUSO G., TENNELLA SILLANI C., (a cura di), *Un progetto di riforma delle ADR*, Pubblicazione del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Jovene editore, Napoli 2017.

debitore affida con apposita istanza il compito di addivenire a una soluzione concordata della crisi con i creditori entro un congruo termine, comunque non superiore a sei mesi (art. 4, comma 1, lett. b).

La linea evolutiva della legislazione è, dunque, nel senso di introdurre con notevole *vis* espansiva varie forme di ADR da modulare e declinare nelle variegate branche del diritto.

Occorre, però, avere piena consapevolezza che il diritto, alla stregua di quanto osservato dalla dottrina più autorevole (3) non è chiuso in un sistema di leggi considerate nella loro fissità e datità, non esiste nell'astrattezza dei suoi enunciati; all'opposto è mutevole, cangiante, in quanto vive nello spazio e nel tempo. L'ordinamento non è dunque il presupposto, bensì un risultato, di modo che l'interpretazione diviene momento fondamentale ai fini dell'elaborazione della regola.

L'attuale sistema ha dunque bisogno di essere ricondotto ad unità, di essere armonizzato e razionalizzato.

Tale esigenza di armonizzazione e razionalizzazione si pone in maniera più pregnante per le controversie che riguardano le Pubbliche Amministrazioni, considerato anche che il Trattato di Lisbona delinea una nozione ampia, dinamica e funzionale sia di "organo giurisdizionale" sia di "pubblica amministrazione", concepita ora in senso lato come "*organismo di diritto pubblico*". Terminata la fase di sperimentazione e introdotti ormai in via definitiva nel nostro ordinamento con il Decreto Legge 24 aprile 2017 n. 50 (c.d. manovrina), convertito in L. 21 giugno 2017 n. 96, gli ADR riguardanti le controversie pubblicistiche devono essere sottoposti ad una sorta di "*ortopedia interpretativa*", in quanto le relative discipline risultano modellate sulla falsariga dei rapporti privatistici e non tengono spesso conto della peculiarità soggettiva ed oggettiva delle Pubbliche Amministrazioni sia nella loro attività *iure imperii* sia in quella *iure privatorum*. Tale processo interpretativo delle norme riguardanti gli ADR, da sviluppare attraverso un confronto operativo tra avvocature pubbliche, magistrati e avvocati del libero foro, risulta necessario per elaborare le c.d. "regole operazionali", ossia regole pratiche che consentano, attraverso la comprensione reciproca delle rispettive difficoltà e l'analisi dei formanti giurisprudenziali e legislativi, di rendere realmente efficaci i rimedi alternativi alla giurisdizione nelle controversie riguardanti le pubbliche amministrazioni.

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 ac-

(3) LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, pp. 21 ss.

cordo. 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):

- le **controversie in materia di diritto amministrativo**, laddove cioè l’Amministrazione abbia esercitato o debba esercitare potestà pubbliche;

- le **controversie tributarie** (evidentemente comprese quelle in materia **doganale**);

- 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 (c.d. “*legge Pinto*”);

- le pretese civili azionate a mezzo della **costituzione di parte civile** nel procedimento penale;

- 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 aprioristico rifiuto della Pubblica Amministrazione, timorosa di incorrere in responsabilità erariale.

b) Ma a queste ipotesi devono affiancarsene logicamente altre, pur verenti 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:

- dalla necessaria parallela adozione di **atti organizzativi**;

- laddove si sia in presenza di rapporti contrattuali “speciali” nei quali, in considerazione della natura pubblica di uno dei contraenti, siano inseriti nel contratto **clausole imposte dalla legge** (il che accade, a titolo meramente esemplificativo, per talune tipologie di locazioni);

- 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);

- 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: è in questo campo che hanno le maggiori possibilità di essere realmente incisivi, abbattendo il contenzioso.

Il contenzioso delle Amministrazioni pubbliche involge spesso **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 aprile 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, sgombrando 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 costituiscono 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.

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.

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 c.d. "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.

In questi casi la mediazione e la negoziazione assistita non possono che essere per l'Avvocatura dello Stato, sulla base dell'art. 13 del R.D. 1611/1933, **strumenti di natura valutativa** e non facilitativa, usando una terminologia enucleata dal diritto collaborativo americano (4).

Un intervento dell'**Avvocato dello Stato, quale avvocato del processo, così come configurato dal proprio ordinamento interno** (R.D. 1611/1933, L. 109/1975), è 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 c.d. «giustizia contrattuale», (che non si sottrae, però, al controllo giudiziario), ipotesi che si è profilata con la «*convention de procedure participative*», nell'ambito dei c.d. MARC (*Modes alternatifs de reglement des conflits*), introdotta dalla legge francese n. 1609 del 22 dicembre 2010 c.d. *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 c.d. principale ex art. 105 c.p.c. 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, nel corso del processo, qualora il giudice rilevi il mancato avveramento della condizione di procedibilità, sarà più agevolata a partecipare alle procedure alternative alla giurisdizione, avendo già assunto una propria linea difensiva nel giudizio pendente.

L'Avvocatura dello Stato potrà senz'altro intervenire in grado di appello, essendo tassative le ipotesi di rimessione al giudice di primo grado ex artt. 353 c.p.c. e 354 c.p.c. Infatti, qualora il giudice di appello constati che il giudice di primo grado abbia errato nel non ritenere la questione sottoposta alla procedura di mediazione o di negoziazione assistita, oppure constati che abbia

(4) 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.

errato il giudice di primo grado 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.

Questo perché il legislatore italiano nel disciplinare gli strumenti alternativi alla giurisdizione ha profilato un certo collegamento tra ADR e processo. Si pensi, ad esempio all'art. 3 comma 4 della legge sulla convenzione di negoziazione assistita n. 162/2014 (così come nell'art. 5, comma 3, del D.lgs. 28/2010 in tema di mediazione) che testualmente recita: *“l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita (o della mediazione) non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari né la trascrizione della domanda giudiziale”*. A tal riguardo si è posto il problema dell'operatività della condizione di procedibilità quando sia richiesto un provvedimento cautelare non ad effetti anticipatori, ma conservativi (ad es. un sequestro) che necessita per la vigenza della sua efficacia dell'introduzione del giudizio di merito ex art. 669 *octies*. Ci si è chiesti se la proposizione della domanda di mediazione o l'invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita precluda la dichiaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare richiesto. Su questa problematica mi soffermerò nel prosieguo della mia relazione prospettando le diverse soluzioni che sono state avanzate.

L'Avvocatura dello Stato parteciperà invece certamente all'ADR (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.

Occorre rilevare, però, che il campo di elezione dell'attività consultiva dell'Avvocatura dello Stato è rappresentato dai Contratti Pubblici in materia di appalti e concessioni di beni e servizi, i cui strumenti ADR sono disciplinati negli artt. 205-211 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. n. 50/2016, modificato dal Correttivo D.lgs. 56/2017. Tali strumenti (abolito l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico dopo il parere fornito dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016 e il parere n. 855 dell'1 aprile 2016) si sostanziano nella figura dell'**accordo bonario**, della **transazione** (colpita da notevole disfavore dal legislatore con l'art. 208, in quanto sarà possibile transigere solo a condizione che non siano percorribili le altre strade di risoluzione alternativa della controversia), dell'**arbitrato** e dei **pareri di pre-contenzioso dell'Anac**.

Mi soffermerò dapprima sulle problematiche poste dall'accordo bonario e dalla transazione che sono di maggiore interesse per i giudici civili, attenendo alla fase dell'esecuzione dei contratti pubblici, per poi affrontare nel prosieguo

della mia relazione l'istituto dell'arbitrato amministrato e dei pareri di pre-contenzioso dell'ANAC attinenti alla fase dell'aggiudicazione solo per ragioni di completezza espositiva.

Secondo l'art. 205 del D.lgs. n. 50/2016 il ricorso all'accordo bonario, (la cui attivazione è obbligatoria, mentre il previgente art. 240, comma 14, del D.lgs. 163/2016, dopo la legge Merloni *bis* lo preveda solo come possibilità) per i lavori pubblici (ad esclusione degli appalti nei settori speciali) affidati da Amministrazioni pubbliche o dai concessionari (e lo stesso strumento è previsto, in quanto compatibile, dall'articolo 206 del Nuovo Codice per i contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica e di servizi) è consentito nel caso in cui vengano iscritte riserve nei documenti contabili per effetto delle quali l'importo economico dell'opera può variare tra il 5% e il 15%. L'accordo bonario non trova spazio in maniera indiscriminata per tutte le variazioni registrate nel corso di esecuzione dei lavori, ma solo per quelle che assumono un rilievo significativo che il legislatore fissa tra il 5% e il 15% dell'importo contrattuale, così da evitare evidentemente un uso distorto dell'istituto, in quanto l'appaltatore potrebbe recuperare artatamente in tale fase il ribasso offerto in sede di gara. L'art. 205 introduce l'obbligatorietà dell'accordo bonario prima della approvazione del certificato di collaudo, di verifica di conformità e di regolare esecuzione, ma vieta la riproposizione di riserve inerenti ad aspetti progettuali che siano stati già verificati, ai sensi dell'art. 26 del Codice (ad esempio completezza della progettazione, appaltabilità della soluzione progettuale prescelta, conformità degli elaborati alla normativa vigente, adeguatezza dei prezzi unitari realizzati, sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori, coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti). Aver sottratto gli aspetti progettuali alla possibilità di esperire l'accordo bonario riposa su un duplice ordine di ragione. Da un lato l'esigenza di richiamare il Rup alle proprie responsabilità, giacché egli già nella fase anteriore a quella di aggiudicazione in contraddittorio con il progettista, assevera la validità del progetto, su cui, quindi, verrà stabilito l'importo da porre a base d'asta; sicché poi risulterebbe incoerente che in fase esecutiva il medesimo Rup ritorni su quegli stessi aspetti per accordare *surplus* economici all'aggiudicatario. Dall'altro la necessità di garantire la *par condicio* tra operatori e l'immutabilità delle condizioni contrattuali, sulle quali tutti i partecipanti hanno basato le rispettive offerte economiche, essendo evidente che laddove i predetti aspetti progettuali già verificati potessero originare maggiori pretese dell'aggiudicatario nella fase esecutiva, egli potrebbe in via surrettizia recuperare il proprio ribasso per il quale (anche) l'Amministrazione lo ha prescelto.

Il raggiungimento del *range* tra il 5% e il 15% è richiesto come condizione quantitativa per l'avvio del procedimento *in itinere*, perché nella fase finale dell'esecuzione, ossia prima dell'approvazione del certificato di collaudo, ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione,

a prescindere dall'importo delle riserve, il Rup deve, comunque, attivarlo, così da tentare di comporre la questione ed evitare azioni giudiziarie.

Il ruolo consultivo dell'Avvocatura dello Stato in questa fase è determinante, in quanto deve farsi parte attiva nel segnalare all'Amministrazione il doveroso rispetto della tempistica disciplinata in modo non chiara dall'art. 205 sopracitato. Tale articolo prevede che il Direttore dei lavori, ai fini dell'avvio del procedimento, deve darne immediata comunicazione al Rup, trasmettendo nel più breve tempo possibile una propria relazione riservata. Il Codice non definisce esattamente la tempistica: l'art. 205 prescrive che il direttore esponga le sue motivazioni entro 15 giorni dall'annotazione delle riserve e che il Rup entro 15 giorni dall'annotazione delle riserve (quindi non dall'acquisizione della relazione riservata del direttore, ma dall'adempimento che la precede), dia corso all'*iter* per l'accordo bonario. Con ciò significando che in ogni caso il termine per il suo avvio è di 15 giorni dalla comunicazione delle riserve, di guisa che più tempo impiegherà il Direttore per elaborare e trasmettere la sua relazione riservata al Rup, meno tempo avrà quest'ultimo per valutarla, avendo entrambi a disposizione un arco temporale di 15 giorni complessivi. In tale contesto, però, varranno i cogenti canoni di buona fede e diligenza nell'esecuzione del contratto che astringe il Direttore alla stazione appaltante ex artt. 1176 c.c. e 1375 c.c., nonché il potere direttivo e sollecitatorio del Rup nei suoi confronti, sicché è auspicabile una reciproca collaborazione che ripartisca il tempo tra l'uno e l'altro organo, tenendo conto della complessità delle riserve su cui in concreto pronunciarsi. Benchè tale termine non sia qualificato dal legislatore come perentorio, quindi ordinatorio, privo di effetti preclusivi e decadenziali, di carattere sanzionatorio, non di meno l'immanente principio di certezza del diritto e delle reciproche posizioni giuridiche, oltre che del diritto di difesa, impongono anche alla stazione appaltante di esercitare il suo diritto/obbligo di apprezzamento delle riserve al fine del bonario componimento nei termini prescritti dal Codice, potendo la sua inerzia indurre l'impresa a ricorrere avverso il silenzio-inadempimento, con inevitabili esposizioni erariali foriere di altrettante responsabilità valutabili e sanzionabili in termini amministrativi e disciplinari.

Il ruolo consultivo dell'Avvocatura dello Stato si sostanzierà nel fornire al Rup i seguenti suggerimenti operativi: verificare con particolare attenzione l'ammissibilità delle riserve (dopo l'adempimento di tutti gli obblighi contabili previsti dagli artt. 190 e 191 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207 recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del previgente Codice del 2006, non ancora abrogato *in parte qua* dal D.lgs. 50/2016 nelle more della adozione dei suoi regolamenti attuativi), denegando quelle tardive o formulate in maniera generica, immotivata o non quantificate nel corrispondente importo economico. Questo perché, il riconoscimento di riserve rispetto alle quali l'esecutore risulti *ex lege* decaduto, comporta responsabilità erariale per il pagamento di

un debito estinto, la cui somma, peraltro, non è più ripetibile, trattandosi di obbligazione naturale. Del pari, la difesa erariale, condotta negli eventuali successivi giudizi arbitrali o di cognizione ordinaria, dovrà tempestivamente eccipire la decadenza che, ai sensi dell'art. 2965 c.c., incombe sulla parte interessata, non potendo essere sollevata dal giudice, non trattandosi di materia sottratta alla loro disponibilità.

Il Rup può optare per la devoluzione della questione ad un esperto, e, in tale ipotesi richiede alla Camera arbitrale l'indicazione di una lista di 5 esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto. Tra costoro, egli per la stazione appaltante e il soggetto che ha formulato le riserve per l'aggiudicatario, designano colui che avrà il compito di stendere la proposta motivata di accordo bonario. La piattaforma dell'accordo è formulata dall'esperto entro 90 giorni dalla nomina.

Quanto alla natura dell'apporto del terzo, a fronte di coloro che la reputano assimilabile all'arbitrato irrituale, è preferibile la sua assimilazione all'arbitraggio o c.d. biancosegno, ossia alla concorde devoluzione della determinazione del contenuto del contratto dalle parti ad un terzo. Soluzione che esclude l'applicazione dell'art. 808-ter c.p.c. in tema di annullabilità del lodo arbitrale e che restringe la possibilità di impugnazione dell'accordo bonario, ai casi di manifesta iniquità o erroneità, ai sensi dell'art. 1349 c.c., salvo la malafede del terzo.

Quanto alla natura dell'atto di arbitraggio, superate le tesi di quella negoziale del mandato con rappresentanza e di quella meramente fattuale, deve reputarsi prevalente quella dell'atto giuridico, avente ad oggetto, appunto, la determinazione di un altrui contratto e che, pertanto, incide non sul contratto stipulato dalle parti, perfettamente valido, ma solo sul rapporto determinandone la prestazione dovuta. Per la predisposizione della piattaforma negoziale sia che a tanto provveda il Rup da sè sia che vi proceda il terzo, il Codice prescrive il rispetto dei principi del contraddittorio, sicchè le riserve andranno verificate e valutate alla presenza di colui che le ha iscritte e del Rup come pure andranno acquisiti da ambo le parti interessate la documentazione, i pareri, i dati ed ogni ulteriore informazione o atto utile a formulare l'accordo, la cui proposta viene trasmessa al dirigente competente della stazione appaltante e all'appaltatore che ha sottoscritto le riserve, affinché valutino se aderirvi o meno. Nel primo caso entro 45 giorni dalla sua ricezione l'accordo bonario viene concluso e di esso viene redatto apposito processo verbale sottoscritto da entrambi le parti, che ha natura di transazione, con la conseguente applicabilità della disciplina dettata dal successivo articolo 208 del Codice. Quindi: la forma scritta *ad substantiam* dell'accordo a pena di nullità e la sua sottoposizione a parere obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato o dell'Avvocatura interna dell'Amministrazione non centrale, qualora l'importo delle concessioni / rinunce superi euro 100.000 o 200.000 in caso di lavori pubblici.

Decorsi 60 giorni dall'accettazione dell'accordo (quindi dalla adozione della relativa delibera e non dalla sottoscrizione dell'accordo tra le parti che avviene in un successivo momento) devono essere corrisposti gli interessi legali.

Nel secondo caso, invece, cui il Codice equipara l'inutile decorso del termine di 45 giorni senza che l'accordo sia concluso, l'appaltatore può adire gli arbitri o il giudice ordinario.

Il correttivo ha inserito il comma 6-*bis* nell'art. 205 che prevede un termine decadenziale unilaterale a carico dell'impresa. Tale comma prevede espressamente che l'impresa, in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, può instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi 60 giorni, termine previsto a pena di decadenza.

Il legislatore omette di specificare, tuttavia, quale sia la reale portata della disposizione e, soprattutto, quale sia l'effetto processuale dell'eventuale mancanza del "previo esperimento del tentativo di accordo bonario", ovvero della proposizione immediata dell'azione giudiziaria senza attendere il decorso del termine prefissato. In altri termini l'art. 205 non qualifica espressamente l'accordo bonario come condizione di procedibilità. Se si volesse optare per la coerenza del rimedio alternativo e per la sua natura di implicita condizione di procedibilità della domanda, sarebbe evidente l'obbligo del Rup di avviare l'*iter* per l'accordo bonario altrimenti privandosi l'appaltatore di un'adeguata forma di tutela delle sue possibili ragioni.

L'ultimo comma dell'art. 205, infatti, non equipara al mancato accordo l'inutile decorso del termine di avvio e conclusione del procedimento a cura del Rup e/o dell'esperto, ma solo l'inutile decorso del termine di 45 giorni per la sottoscrizione dello stesso, di talchè il reale problema è quello di stabilire quale sia la forma di tutela accordata all'appaltatore in caso di inerzia ed omesso input dell'*iter* di cui trattasi, considerato che anche il nuovo Codice omette di fissare alla stazione appaltante un termine spirato inutilmente il quale, l'operatore economico possa comunque adire l'autorità giudiziaria o compromettere la questione in arbitrato. Benchè, infatti, trattasi di rapporti *iure privatorum* che dovrebbero indurre ad escludere prerogative pubblicistiche in favore della Pubblica Amministrazione, non di meno l'assenza di un termine finale, decorso il quale, anche in mancanza di avvio della procedura, l'appaltatore possa adire l'autorità Giudiziaria, ne pregiudica non poco la tutela, aggravata anche dall'assenza di un termine entro il quale la Camera Arbitrale è tenuta a riscontrare la richiesta di invio della lista di 5 esperti da parte del Rup.

Pertanto, nella vistosa lacuna legislativa, potrebbe ripiegarsi: o sulla impugnazione del silenzio serbato sull'obbligo di provvedere ad avviare il procedimento di accordo bonario imposto al Rup o di formulare entro 90 giorni in proprio la proposta transattiva; ovvero sulla procedibilità della domanda

giudiziaria, decorso il termine di 15 giorni senza che il Rup abbia o richiesto alla Camera arbitrale la lista di 5 esperti, tra i quali designare il terzo che provveda ad elaborare il testo dell'accordo, ovvero a tutto voler concedere entro i 90 giorni dalla comunicazione delle riserve senza che il Rup abbia articolato una piattaforma negoziale per il componimento consensuale della questione.

La prima tesi la prevalenza al potere autoritativo della stazione appaltante che permane anche nella fase esecutiva quante volte origini dalla necessità di tutelare gli interessi pubblici (in tal caso erariali). La seconda risulta più aderente alla natura *iure privatorum* della gestione del contratto. Quale che sia l'opzione prescelta, resta ferma la responsabilità del Rup sotto il profilo amministrativo, disciplinare ed erariale per i maggiori danni derivanti dalla mancata attivazione del procedimento di accordo bonario, in termini non solo di mancato risparmio in ipotesi di transazione, ma anche di lievitazione degli interessi *medio tempore* maturati dalla sorte capitale oltre che di specie giudiziarie.

L'analisi tecnica della procedura di accordo bonario (istituto che ha superato, comunque, la parabola poco felice dell'art. 243 *bis* del vecchio Codice appalti, ossia l'informativa dell'intento di proporre ricorso) costituisce un chiaro esempio delle difficoltà operative che incontra l'Avvocatura pubblica nel voler suggerire alla P.A., nell'ambito di un'intricata commistione tra disciplina privatistica e disciplina pubblicistica della materia in esame, la c.d. **Procedimentalizzazione** degli strumenti alternativi alla giurisdizione.

Sembra 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.

Volendo svolgere un'analisi comparatistica, ci si rende conto che gli altri paesi europei nella fase di implementazione della direttiva n. 52/2008 non hanno fatto espresso riferimento alle Avvocature Pubbliche. Nelle controversie pubblicistiche è sempre presente un vaglio giurisdizionale condotto da un giudice che ha esclusivi poteri conciliativi (si pensi alla legge federale tedesca del 2012 la "*mediation gesetz*"), ed anche quando sono previste delle Commissioni Amministrative Indipendenti (si pensi all'art. 771 "c.d. Commissioni Urbanistiche" del codice di giustizia amministrativa francese) le loro decisioni non sono mai vincolanti per la pubblica amministrazione, ma devono essere trasfuse per così dire in un provvedimento amministrativo o in un accordo di diritto pubblico. Ciò comprova che risulta immanente un profilo autoritativo nell'ambito delle controversie che investono interessi pubblici.

Ma procediamo con ordine. Per compiere una proficua analisi comparativa occorre partire dalle origini culturali degli ADR.

Origini.

“Le moderne teorie sui modelli alternativi di definizione del contenzioso sono nate negli Stati Uniti negli anni 50 per propagarsi in tutti i sistemi giuridici occidentali, e proprio negli Stati Uniti è stata coniata l’espressione *Alternative Dispute Resolution (ADR)*” (5).

Storicamente l'ADR movement ha preso l'avvio negli Stati Uniti di America per una “combinazione di elementi politici, culturali, antropologici e una propensione alla definizione conciliativa decisamente favorita sia dalla legislazione sostanziale sia dalla struttura del processo e dalla funzione, in particolare, della fase pre trial volta al raggiungimento, per quanto possibile, di un *Settlement* onde non pervenire al trial” (6) ed evitare così la *Litigation explosion*.

Il momento determinante è da individuare nella c.d. *Pound Conference*, svoltasi nel 1976 a Saint Paul (Minnesota) e organizzata dall'*American Bar Association*, dalla *Judicial Conference degli Stati Uniti* e dalla *Conference of Chief Justices*, durante la quale furono formulate alcune proposte volte a soddisfare la necessità di un cambiamento nel sistema giudiziario, tra cui quella elaborata da Frank E.A. Sander il quale “introdusse il concetto della *Multidoor Courthouse* ossia l’idea, già consolidata nella prassi, di una pluralità di soluzioni o strumenti che possono essere utilizzati per gestire una lite” (7). Egli propose “di ripensare completamente il rapporto tra processo e ADR, non in termini di subordinazione dei secondi al primo, ma di alternatività in base alla specifica domanda di giustizia. E, dunque, propose di guardare al processo non come l'unica risposta, comunque non necessariamente la più adeguata, rappresentando esso una delle tante ‘porte’, accanto agli ADR. La teoria della c.d. *Multi-door Court House* (mediazione, arbitrato, processo e così via) aprì definitivamente le porte all'accettazione dell'idea di un accesso alla giustizia diversificato e all'affermazione del valore dell'autodeterminazione delle parti nella gestione del conflitto” (8).

L'istituzionalizzazione dell'ADR movement si ebbe con il *Civil Justice Reform Act del 1990* (c.d. *Biden Bill*) e l'*Alternative Dispute Resolution Act del 1998*, in seguito ai quali vennero elaborati e si diffusero vari modelli di ADR.

L’efficacia ordinamentale e la preoccupazione di assicurare al cittadino

(5) CARLI A., *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie, l'arbitro bancario finanziario*, tesi dottorato, Università degli studi di Padova, 2011 p. 8.

(6) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 8.

(7) CAPUTI G., MANTINI P., *Contenzioso dinanzi al giudice amministrativo e rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale*, in *italiappalti.it*, 2016.

(8) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 11.

una più rapida tutela sono state le motivazioni principali che la dottrina nord-americana ha adottato per sostenere l'introduzione degli ADR.

Anche a livello europeo, a partire dagli anni Novanta, si è guardato con favore all'introduzione di tali strumenti deflattivi del contenzioso (9) e si è presto sentita la necessità di intervenire per garantire la risoluzione delle controversie in modo ampio ed efficace.

I primi approcci delle istituzioni europee al tema degli ADR hanno riguardato normative di settore, ed in particolare, sin dagli anni 70, il settore della tutela dei consumatori. Tuttavia, a livello europeo, al di là degli interventi normativi settoriali, due dei principali fattori di sensibilizzazione degli Stati membri al tema delle ADR sono stati il Consiglio Europeo di Tampere nel 1999 (10) e, in seguito, l'adozione del *Libro Verde* del 19 aprile 2002, della Commissione europea sui *“Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale”*.

Con tale documento viene attribuito al termine statunitense ADR un significato generale e universale indicante ogni procedura alternativa di risoluzione delle controversie. Nella premessa si legge infatti: *“I modi alternativi di risoluzione delle controversie saranno pertanto designati in appresso con l'acronimo che tende ad imporsi universalmente nella pratica: ‘ADR’, che sta per ‘Alternative Dispute Resolution’*. Il Libro Verde riconosce nello sviluppo degli ADR una priorità politica *“per le istituzioni dell'Unione europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità”*. Nel punto 9 del medesimo testo viene inoltre specificato che: *“l'ADR svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adottati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice”*.

Tra i vari interventi che hanno seguito l'adozione di tale Libro, si ricorda la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, con la quale si corona *“la priorità politica di incentivare la giustizia ‘alternativa’ e di garantire il miglior contesto possibile per il suo sviluppo”* (11). La Direttiva si riferisce espressamente alla mediazione in materia civile e commerciale ed ha, come riportato al considerando n. 2, lo scopo di agevolare un miglior accesso alla giustizia in attuazione alle deliberazioni adottate nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

L'obiettivo della Direttiva è delineato chiaramente dall'art. 1, secondo

(9) CAPUTI G., MANTINI P., *Contenzioso dinanzi al giudice amministrativo e rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale*, in *italiappalti.it*, 2016.

(10) In questa occasione si auspicava che gli stati membri predisponessero procedure extragiudiziali alternative.

(11) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 26.

cui “La presente direttiva ha l’obiettivo di facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”.

Regno Unito

Nel Regno Unito, soprattutto dopo l’entrata in vigore delle Civil Procedure Rules nel 1999 è chiaro il *favor* nei confronti delle soluzioni di tipo conciliativo, particolarmente in Inghilterra e Galles (12). “In effetti, le CPR guardano al processo, e alla sentenza in particolare, come residual resort, denotando una conseguente forte propensione verso forme di composizione consensuale della lite, in particolare, attraverso l’intervento stimolatorio del giudice, che può manifestarsi sia direttamente, sotto forma di «invito» alla instaurazione di un percorso conciliativo sia, indirettamente, sotto forma di fissazione di udienze apposite nelle quali vagliare l’atteggiamento collaborativo delle parti verso la soluzione concordata del caso” (13). Nel Regno Unito a seguito della riforma del 1999 si è sensibilmente ridotto il tasso di litigiosità ed anche il numero di cause decise (14).

Francia

Anche in Francia l’uso dello strumento conciliativo-mediativo ha avuto uno sviluppo notevole che ha portato poi a distinguere varie forme di composizione delle controversie all’interno dello stesso modello alternativo. Nell’ambito dei *Modes alternatifs de reglement des conflits* (cd. MARC, acronimo corrispondente a quello di matrice anglosassone ADR) si distinguono la *conciliation* e la *mediation*, e l’istituto che si avvicina di più alla negoziazione assistita e che ha ispirato la legge italiana è la c.d. *Convention de procedure participative*, introdotta dall’art. 37 legge 1609 del 22 dicembre 2010 (c.d. Loi Beteille), chiaro esempio di «giustizia contrattuale», che non prescinde, però, dal controllo giudiziario.

Germania

In Germania, già prima del recepimento della direttiva 2008/52/CE (15), sussisteva, nel modello mediativo-conciliativo, “la classica dicotomia tra giu-

(12) Cfr. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1478.

(13) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 45.

(14) La direttiva 2008/52/CE è stata recepita in Inghilterra con gli Amendments del 2011 alle Civil Procedure Rules, nonché con le Cross-Border Mediation (EUDirective) Regulations 2011(88/2011).

(15) La direttiva 2008/52/CE è stata attuata con la legge in vigore dal 26 luglio 2012 (Mediation-gesetz).

diziale e stragiudiziale con peculiari e importanti varianti” (16). Ad esempio, nell'ambito della mediazione giudiziale si distinguono una mediazione condotta direttamente dal giudice (*integrierte Mediation*), ed un'altra “demandata sì ad un giudice, ma con esclusive funzioni conciliative e quindi privo dei poteri decisori in ordine alla controversia in atto (*gerichtsinterne Mediation* in senso stretto)” (17).

Essendo già presente la figura del giudice conciliatore, si è discusso se tale figura andava conservata o se andava invece considerata sostituita dalla figura del mediatore in senso stretto *zertifizierter Mediator*. Tra la proposta del governo (favorevole non soltanto alla sua semplice sopravvivenza, ma anche alla sua regolamentazione) e quella del *Rechtsausschuss des Bundestags* (volta alla sua soppressione) ha prevalso la prima posizione. Questo a dimostrazione che occorre comunque, dare prevalenza al controllo giudiziario.

Spagna

In Spagna, fino alla legge 15/2005, l'interesse verteva principalmente sulla mediazione familiare. Tale legge ha rappresentato il primo tentativo di risistemazione dell'istituto, anche se sempre nell'ambito della separazione e del divorzio. In seguito “progressivamente è maturata l'idea che la mediazione potesse rappresentare un metodo efficace di risoluzione delle controversie ed entrare a pieno titolo nel novero degli ADR. Di questo processo di maturazione e affermazione danno senz'altro conferma il c.d. *Plan Estratégico de modernización de la Justicia* 2009-2012, ma soprattutto il Real Decreto-Ley 5/2012 e la successiva Ley 5/2012 del 6 de julio («de mediación en asuntos civiles y mercantiles»), in vigore dal 27 luglio 2012, abrogativa del precedente Real Decreto-Ley, che insieme rappresentano i due steps di recepimento della direttiva 2008/52/CE, avvenuto non soltanto con l'introduzione di una normativa *ad hoc*, ma anche attraverso la modifica della Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” (18).

In Spagna, per quanto riguarda la mediazione, è fermo il principio della indefettibilità del diritto di «accesso alle corti» (19) e vige il principio della volontarietà della procedura e delle libertà delle parti di scegliere se seguire e se proseguire la via della mediazione. L'unica forma di obbligatorietà prevista dalla Ley 5/2012 è quella che le parti possono istituire sottoscrivendo clausole contrattuali di mediazione con le quali si obbligano, in caso di controversia, a non adire il giudice prima di aver sperimentato la via di composizione stragiudiziale (art. 6, comma 2, legge cit.).

(16) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 62.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ivi*, p. 71.

(19) Cfr. art. 47 Carta di Nizza e art. 6 CEDU.

Italia

In Italia “il sistema della giustizia si è andato costruendo nel tempo e definendo nel 2010 intorno a tre pilastri che sembrano connotarlo ormai in un modo che appare stabile e definitivo. Per la soluzione delle controversie nell'area dei diritti disponibili il sistema giustizia si presenta oggi - in una coraggiosa e competitiva sinergia tra apparati pubblici e organismi privati - come insieme di alternative interscambiabili caratterizzate ciascuna da differenti fattori di appetibilità e di fattibilità” (20).

PRIMO PILASTRO

Mediazione e negoziazione assistita:
Decisione consensuale su diritti disponibili.

SECONDO PILASTRO

Risoluzione arbitrale:
Decisione delegata su diritti disponibili.

TERZO PILASTRO

Giurisdizione:
Decisione contenziosa su diritti indisponibili o disponibili (21).

Il primo pilastro è costituito oggi dalla mediazione civile e commerciale e dalla negoziazione assistita e dunque si caratterizza per la decisione consensuale sui diritti disponibili.

Il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ha esteso in modo molto significativo alla maggior parte delle controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili l'ambito di applicazione della mediazione, fino a quel momento praticata soprattutto in ampi settori delle relazioni commerciali e industriali. *“Si tratta di un pilastro rinvenibile nell'esperienza giuridica di molti altri Paesi e che ha raggiunto nell'ambito della giustizia una propria dignità di sistema consensuale a prescindere ed oltre le esigenze di deflazione del carico giurisdizionale. La potenzialità deflattiva di questo sistema di risoluzione alternativa dei conflitti non è più, dunque, considerata la sua funzione primaria che va, invece, rintracciata nel suo ruolo parallelo di sistema di giustizia basato sul consenso e non sulla coazione. Il termine “conciliazione”, che prima di oggi connotava da solo nel linguaggio comune sia la procedura tesa alla soluzione consensuale di una controversia sia l'atto in sé dell'accordo, è stato molto opportunamente sostituito da quello di “mediazione finalizzata alla conciliazione*

(20) DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, *Contratto e Impr.*, 2011, 1, 226 ss.

(21) Schema ripreso da DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2016, p. 19.

della controversia” o di negoziazione assistita da avvocati, che riesce a dare meglio l'idea della circostanza che per giungere a risolvere una controversia è necessario un percorso di avvicinamento che, sia pure senza particolari formalismi, deve pur sempre avere un proprio setting senza il quale perderebbe la propria plausibilità” (22).

L'arbitrato è il secondo pilastro della giustizia, nelle forme sia del tradizionale arbitrato rituale sia di quello irrituale previsto nell'art. 808-ter c.p.c. (23).

Il terzo pilastro resta quello della giurisdizione, nel rispetto irrinunciabile del diritto di chiunque di agire in giudizio per la tutela contenziosa dei propri interessi e dei propri diritti, disponibili e non disponibili (24).

Delineati tali brevi riferimenti comparatistici per comprenderne la portata culturale, occorre ora analizzare nello specifico i singoli istituti e delinearne gli aspetti problematici.

Tipologie di ADR:

La convenzione di negoziazione assistita.

L'istituto della negoziazione assistita, disciplinato dal d.l. n. 132/2014, convertito nella l. n. 162/2014, consiste in un accordo, detto convenzione di negoziazione, mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole una controversia, intendendo con 'in via amichevole' che il "setting della negoziazione non deve essere quello antagonista e formale che caratterizza il contesto giudiziario" (25).

La matrice culturale di tale procedura è il diritto collaborativo, nato negli Stati Uniti per disciplinare le cause di separazione e praticato in Italia soprattutto dagli avvocati che fanno riferimento all'Associazione italiana degli avvocati di diritto collaborativo e all'Istituto italiano di diritto collaborativo.

La negoziazione è una procedura pensata in origine per i conflitti familiari ma oggi, con il d.l. 132/2014, è stata prevista per tutte le controversie riguardanti diritti disponibili (26).

(22) DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2016, p. 15.

(23) L'arbitrato irrituale è stato introdotto dal D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ed è previsto dall'art. 808 ter c.p.c. dove si legge che "le parti possono [...] stabilire che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale".

(24) DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2016, p. 18, "Il nostro sistema processuale civile, pur soffrendo di rigidità tali che pensare di modificarlo con qualche ritocco è utopistico, continua ad apprestare faticosamente tutele nei tradizionali settori della cognizione, dell'esecuzione e delle garanzie cautelari, nei quali si sono sovrapposte negli ultimi anni insieme a riforme coraggiose, spesso retromarce veloci e molte promesse di semplificazione. Considerate le dimensioni dello sforzo riformatore necessario e l'intasamento delle aule di giustizia, non si può escludere che, ove il trend in tema di procedure alternative riuscisse ad incoraggiare riforme più radicali, il contenuto della giurisdizione possa circoscriversi un giorno alla tutela dei soli diritti indisponibili e al controllo sulle decisioni rese nell'ambito dei sistemi alternativi".

(25) DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2016, p. 19.

Anche se nella maggior parte dei casi la negoziazione assistita è un rimedio alternativo facoltativo, in alcuni casi è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, che deve dunque essere necessariamente preceduta da un invito alla negoziazione assistita. In questi casi il tentativo di conciliazione da facoltativo diventa obbligatorio.

È dunque possibile individuare 3 tipi di negoziazione assistita:

1) **negoziazione assistita obbligatoria** come condizione di procedibilità della eventuale domanda giudiziale nel senso che è obbligatorio il tentativo di negoziazione nei due casi di: *a)* risarcimento dei danni dalla circolazione di veicoli; *b)* pagamento a qualsiasi titolo di somme di denaro il cui importo non è superiore complessivamente a 50.000 euro (fuori dalla prima ipotesi e dai casi di invito obbligatorio alla mediazione civile);

2) **negoziazione assistita delegata** dal giudice tutte le volte in cui egli rilevi non oltre la prima udienza che l'invito alla negoziazione assistita, nei casi di condizione di procedibilità, non sia stata esperita. A differenza di quanto prevede per la mediazione civile, il comma 2 dell'art. 5 del D.lgs. 28/2010, il giudice non ha il potere al di fuori della ipotesi indicata di disporre in altri momenti del processo la negoziazione assistita;

3) **negoziazione assistita facoltativa** per tutte le altre controversie su diritti disponibili con la precisazione importante che alla negoziazione facoltativa le parti potrebbero accedere anche nel corso del processo già avviato, esattamente come possibile anche in sede di mediazione facoltativa.

La negoziazione assistita obbligatoria è stata oggetto del giudizio della Corte Costituzionale poiché ha affrontato la questione di una eventuale sovrapposizione tra condizioni di procedibilità della domanda giudiziale (in particolare la sovrapposizione tra il nuovo istituto della negoziazione assistita ed altre procedure stragiudiziali già previste in forma obbligatoria) (27). La questione riguardava la possibilità che in tali casi le parti fossero obbligate, prima di poter accedere al processo, ad esperire due procedimenti finalizzati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie.

La Corte Costituzionale si è espressa a riguardo con la sentenza n. 162 del 7 luglio 2016, con la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014, sollevata dal Giudice di pace di Vietri di Potenza con ordinanza del 27 luglio 2015 nel corso di un procedimento civile avente ad oggetto il risarcimento di danni causati da circolazione stradale, richiesti dal danneggiato nei confronti della propria impresa assicuratrice, ai

(26) L'art. 2 comma 2 lett. b stabilisce che la convenzione di negoziazione deve precisare l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili.

(27) Per esempio la mediazione obbligatoria prevista dall'art. 5, comma 1-bis, D.lgs. n. 28/2010, ma anche la procedura stragiudiziale obbligatoria prevista dall'art. 145, D.lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), e quella prevista, nel settore delle telecomunicazioni, ex art. 1, comma 11, l. n. 249/1997.

sensi dell'art. 149 del D.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle assicurazioni private) (28).

L'azione era stata introdotta senza che l'attore avesse esperito il procedimento di negoziazione assistita prescritta quale "condizione di procedibilità della domanda giudiziale" dall'art. 3, comma 1, d.l. 12 settembre 2014 n. 132 convertito con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014 n. 162 e il giudice aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata nel merito la questione, affermando che sbaglia il giudice *a quo* “nel ritenere che la negoziazione assistita sia un "inutile doppione" della cosiddetta "messa in mora" di cui agli artt. 145, 148 e 149 del D.lgs. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), e che, di conseguenza, essa irragionevolmente arrechi un *vulnus* al diritto di difesa con il "rinviare *sine die*" la tutela risarcitoria di soggetti danneggiati da circolazione di veicoli e natanti”.

Gli articoli 145, 148 e 149 del D.lgs. 209/2005 “attengono ad una fase stragiudiziale che si svolge direttamente tra le parti e che il legislatore del 2005 ha previsto nella prospettiva di rendere, già in tale momento, una anticipata e soddisfattiva tutela del danneggiato. Diversa, invece, è la finalità (e differenti sono la natura e le modalità) della "negoziazione assistita" introdotta dall'art. 2 del d.l. n. 132/2014 che il successivo art. 3 ha reso obbligatoria per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti. Una tale "negoziazione" presuppone che (nel contesto della procedura di messa in mora) l'offerta risarcitoria non sia stata ritenuta soddisfattiva dal danneggiato, ovvero che non sia stata neppure formulata dall'assicuratore. È a questo punto, infatti, che si inserisce il meccanismo predisposto dalla normativa denunciata” (29).

Con riferimento specifico alla negoziazione, i profili di incompatibilità di tale procedura con le controversie che interessano l'Avvocatura dello Stato sono diversi: in primo luogo basti pensare che l'art. 2 comma 1 *bis* della legge recita espressamente: «È fatto obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, *ove presente*». Orbene, che l'Avvocatura dello Stato esista e sia presente, è un fatto innegabile e è altrettanto innegabile che prima di tale legge l'Avvocatura dello Stato avesse il patrocinio obbligatorio delle Amministrazioni statali. Se tale norma si riferisse all'Avvocatura dello Stato sarebbe, pertanto, una norma superflua.

(28) Il giudice *a quo* denunciava che l'introduzione di una ulteriore condizione di procedibilità, che si sovrappone alla condizione di proponibilità già prevista dagli artt. 145 e segg., del D.lgs. 209/2005, in tema di azioni risarcitorie del danno da circolazione di veicoli, risulti essere “del tutto irragionevole oltre che inutile” avendo “il solo fine di rinviare *sine die* l'inizio del contenzioso”, con ciò appunto violando gli artt. 3 e 24 Cost.

(29) Corte Cost. sentenza n. 162 del 7 luglio 2016, par. 3.1.

La norma, invece, sembra riferirsi con la locuzione “ove presente” alle Avvocature Pubbliche incardinate all’interno della Pubblica Amministrazione o, comunque, agli Uffici Legali delle Amministrazioni Pubbliche. L’Avvocatura dello Stato è, invece, un istituto autonomo, non incardinato all’interno della Pubblica Amministrazione. L’autonomia dell’Istituto è stata prevista per consentire una maggiore oggettività nella funzione consultiva volta ad orientare l’attività amministrativa.

Un ulteriore dato relativo alla convenzione di negoziazione assistita che pone delle difficoltà all’Avvocatura dello Stato è quello relativo alla matrice culturale di tale procedura, il cui *setting* deriva dal c.d. diritto collaborativo, nato, come già accennato, nel contesto delle cause di separazione negli Stati Uniti e praticato nel nostro paese dagli avvocati che fanno soprattutto riferimento all’Associazione italiana degli avvocati di diritto collaborativo e all’Istituto italiano di diritto collaborativo. Ma è noto che questo tipo di cause non coinvolgono l’Avvocatura dello Stato.

Ed ancora, se si prendono in considerazione quelle norme che, prevedendo obblighi di informazione che il difensore deve fornire alle parti o richiedendo l’iscrizione dello stesso ad un albo professionale, lasciano facilmente intuire che siano inapplicabili alle parti pubbliche ed ai loro difensori. Ad esempio il comma 6 dell’art. 2 della legge 10 novembre 2014 n. 162 recita espressamente: «*Gli avvocati certificano l’autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale*». Sappiamo però che gli avvocati dello Stato non hanno il potere di certificazione delle sottoscrizioni da parte del proprio cliente, che non è una persona fisica ma è costituito da una parte pubblica. La norma sembra presupporre un potere di certificazione (ex art. 83, comma 3 c.p.c.) che preesiste alla disciplina della convenzione di negoziazione assistita e che è propria dell’avvocato libero professionista, così come negli altri paesi europei. Nei paesi di common law, ad esempio, tale potere di certificazione delle firme spetta alla figura del lawyer (avvocato del libero foro che in tali sistemi può certificare anche atti di compravendita immobiliare), ma non certo a quella del Public attorney (avvocato pubblico). A riprova di quanto sopra affermato, basti ricordare che tale potere di certificazione viene previsto anche nell’art. 4 “*Non accettazione dell’invito e mancato accordo*”.

I poteri di certificazione a cui fa riferimento l’art. 4, ai commi 2 e 3, e l’art. 5, non rientrano nelle competenze dell’Avvocato dello Stato. Appare arduo ritenere, infatti, che l’Avvocato dello Stato debba certificare la firma del Direttore Generale di un Ministero o di un funzionario delegato a rappresentare l’Amministrazione nella procedura di negoziazione assistita oppure se conduce la negoziazione senza il legale della parte privata (ipotesi contemplata dalla suddetta legge) debba poi certificare la firma della stessa.

Nell’ambito della negoziazione un altro profilo di incompatibilità riguarda l’art. 11 “*Raccolta dei dati*”. Ed invero il comma 1 del suddetto articolo pre-

vede che «*I difensori che sottoscrivono l'accordo raggiunto dalle parti a seguito della convenzione sono tenuti a trasmetterne copia al consiglio dell'ordine circondariale del luogo ove l'accordo è stato raggiunto, ovvero al consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati*». Appare evidente in questa disposizione l'assoluta incompatibilità della disciplina in esame con la figura dell'Avvocato dello Stato, in quanto quest'ultimo non è iscritto in nessun albo professionale.

Dunque, poiché, come già sottolineato, gli Avvocati che fanno parte dell'Avvocatura dello Stato non risultano iscritti a nessun albo professione, e poiché la negoziazione è “un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo”, per le cause di incidenti stradali, (così come per le cause concernenti il pagamento di una somma fino a 50.00 euro), per le quali è prevista la negoziazione obbligatoria, l'Avvocatura potrà porre in essere una negoziazione assistita esclusivamente di tipo valutativo e non facilitativo, in base all'art. 13 del R.D. 1611/1933 che prevede una sua ampia funzione consultiva per l'attività della Pubblica Amministrazione. In altri termini, in caso di attività svolta *iure privatorum* e non in via autoritativa, l'invito alla negoziazione dovrà essere inoltrato direttamente all'Amministrazione che con i propri funzionari facenti parte degli uffici legali dei vari Ministeri e/o Enti (legittimati a porre in essere procedure conciliative in base agli articoli 2 e 3 del R.D. 1611/1933) potrà iniziare delle trattative con la controparte e predisporre una bozza di convenzione di negoziazione assistita da sottoporre all'esame e alla valutazione dell'Avvocatura dello Stato. Ciò si sta verificando, ad esempio per le convenzioni di negoziazioni assistite relative alle depositerie giudiziarie.

È ragionevole inoltre sostenere che l'Avvocato dello Stato, quale avvocato del processo così come configurato dal proprio ordinamento interno (R.D. 1611/1933, L. 109/1975), potrà intervenire nella negoziazione assistita delegata, quale nuova ipotesi di giurisdizione condizionata.

È possibile, altresì, profilare un intervento dell'Avvocatura dello Stato nella negoziazione assistita e nella mediazione in tutte le ipotesi di atti successivi all'atto introduttivo del giudizio, ad esempio la domanda riconvenzionale (30), la chiamata in causa del terzo (31), l'intervento del terzo volontario

(30) Cfr. Tribunale Verona, ordinanza del 12 maggio 2016, così massimata: “Anche le domande spiegate in via riconvenzionale, qualora incidano su una delle materie elencate dall'art. 5, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 28/2010, sono sottoposte al tentativo obbligatorio di mediazione civile e commerciale; ne consegue che, qualora il procedimento sia già stato esperito, ma con riferimento alle sole domande principali, il Giudice dovrà assegnare un termine per la sua rinnovazione” (*Quotidiano Giuridico*, 2016). A sostegno della tesi secondo cui l'obbligo di mediazione per le materie di cui all'art. 5, D.Lgs. 28/2010 non si limita alle sole domande proposte dall'attore negli atti introduttivi, si riporta anche l'ordinanza del Trib. Como, sez. di Cantù, 2 febbraio 2012, nella quale si legge: “l'esclusione della mediazione per

c.d. principale, ai sensi dell'art. 105, primo comma, (nessuna questione è invece destinata a porsi in caso di intervento adesivo dipendente, ai sensi dell'art. 105 II comma c.p.c., posto che l'interventore non propone alcuna domanda nuova e dunque non allarga l'ambito oggettivo del processo), e l'opposizione a decreto ingiuntivo. Relativamente a quest'ultima, la Cassazione con la sentenza del 3 dicembre 2015 n. 24629 ha chiarito che l'onere della mediazione obbligatoria incombe sull'ingiunto opponente con conseguente improcedibilità dell'opposizione e passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo in caso di inosservanza. Fino a tale intervento la giurisprudenza si era dimostrata ondivaga e faceva ricadere tale onere talvolta sull'opposto, talvolta sull'opponente. L'intervento chiarificatore è intervenuto dunque con la sentenza della Corte di Cassazione che ha stabilito che *“È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga. La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice”* (32). Quanto detto è stato confermato dalla recente giurisprudenza di merito (33), anche se non mancano decisioni in contrasto con la suddetta sentenza (34).

In tutti i casi sopraesposti, essendo già iniziato il giudizio e avendo l'Avvocatura dello Stato già assunto il patrocinio e svolte le proprie difese, nel corso del processo, qualora il giudice rilevi il mancato avveramento della condizione di procedibilità, sarà più agevolata a partecipare alla procedura di negoziazione assistita e mediazione, avendo già assunto una propria linea difensiva nel giudizio pendente.

Resta il dubbio se debba esperirsi il procedimento della mediazione o negoziazione assistita nel caso in cui l'attore scelga di proporre la domanda attraverso le forme di cui agli art. 702 *bis* e segg. del codice di procedura civile (procedimenti sommari di cognizione) (35).

la domanda riconvenzionale determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra l'attore - il quale solo sarebbe tenuto a proporre la mediazione sulla sua domanda e a differire la sua tutela giurisdizionale - e il convenuto - sul quale non graverebbe alcun onere preventivo, con attribuzione di un privilegio contrastante con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.”

(31) Il Trib. Verona, sez. III, con l'ord. 18 dicembre 2015 dopo aver ribadito che “è alquanto controverso, sia in dottrina che in giurisprudenza, (...) se la mediazione sia condizione di procedibilità anche delle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto, dai terzi intervenienti volontari o su chiamata”, si dimostra favorevole alla tesi positiva ed assegna alle parti un termine per presentare istanza di mediazione. A sostegno della tesi contraria vedi Trib. Palermo, ord. del 27 febbraio 2016, secondo cui “la mediazione obbligatoria non si estenda alle domande nei riguardi di terzi chiamati in causa”.

(32) Cass. civ., sez. III, sent. 3 dicembre 2015, n. 24629.

(33) Cfr. Trib. Ravenna, sent. 20 settembre 2017; Trib. Vasto, 30 maggio 2016; Trib. Trento, 23 febbraio 2016 n. 177; Trib. Monza, sez. I, 21 gennaio 2016 n. 156.

(34) Cfr. Trib. Firenze, sez. III, ord. 17 gennaio 2016; Trib. Busto Arsizio, sez. III, 3 febbraio 2016 n. 199.

L'Avvocatura dello Stato potrà inoltre senz'altro intervenire in grado di appello. Essendo, infatti, tassative le ipotesi di rimessione al giudice di primo grado ex artt. 353 c.p.c. e 354 c.p.c., qualora il giudice di appello constati che il giudice di primo grado abbia errato nel non ritenere la questione sottoposta alla procedura di mediazione o di negoziazione assistita, oppure constati che abbia errato il giudice di primo grado 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 procedano a recuperare l'attività di mediazione o di negoziazione assistita mai svolta sino a quel momento (36).

Tornando ai profili di incompatibilità, esistono poi controversie che coinvolgono le Amministrazioni e che fanno parte del contenzioso seriale, nelle quali risulterebbe inutile il tentativo di composizione alternativa del contenzioso poiché si tratta di controversie che richiedono una soluzione con carattere generale e proveniente da organi con competenza ai massimi livelli decisionali. In questo caso il ricorso agli ADR, oltre che avere poca utilità, invece che abbattere il contenzioso finirebbe con il comportare unicamente una dilazione superflua rispetto all'accesso alla giustizia.

Un'ulteriore riprova del fatto che la normativa riguardante l'ADR è stata modellata sulla figura dell'avvocato del libero foro si rinviene nella recente istituzione degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie e delle camere arbitrali. In data 16 febbraio 2017 il Ministro della Giustizia Orlando ha, infatti, firmato la versione finale del regolamento che, come previsto dal nuovo ordinamento forense, permetterà adesso ai consigli dell'ordine di costituire enti per affrontare le controversie al di fuori del consueto circuito giudiziario. Il testo, con misure che si applicheranno anche agli enti già esistenti, prevede la costituzione di un consiglio direttivo con il compito di amministrazione della camera o dell'organismo. Il consiglio direttivo è composto da un numero di componenti, nominati con delibera del Consiglio dell'ordine. L'Avvocatura dello Stato non può costituire organismi di mediazione al suo interno.

Infine, un ulteriore elemento che induce ad escludere la partecipazione dell'Avvocatura dello Stato a tali procedure si evince da alcune raccomandazioni adottate dalla Commissione europea (37) nelle quali sono indicati i principi per

(35) A favore, Trib. Torino, sez. III, ord. 23 marzo 2015 così massimata: "L'azione esperita nelle forme del rito sommario di cognizione non esclude la previa instaurazione del procedimento di mediazione, non essendo il rito a determinare l'obbligatorietà del procedimento conciliativo, bensì la natura della controversia" (*Giur. It.*, 2015, 10, 2121).

(36) Corte di Appello di Milano con l'ordinanza del 22 marzo 2016 stabilisce che anche il giudice in fase di appello può disporre l'esperimento del processo di mediazione "a prescindere dalla obbligatorietà o meno della mediazione *ante causam* o della vigenza o meno della norma prima dell'introduzione della controversia" e assegna dunque un termine di "quindici giorni per promuovere il procedimento di mediazione innanzi all'organismo che ritengono più idoneo per trattare la controversia commerciale in oggetto, a far tempo dalla comunicazione della presente ordinanza".

(37) La n. 98/257 del 30 marzo 1998 e la n. 2001/310 del 4 aprile 2001.

il funzionamento dei sistemi ADR, tra i quali vengono citati l'indipendenza e l'imparzialità del terzo che facilita l'accordo. Inoltre, anche dai rilievi comparatistici sopra esposti (38) risulta che negli altri paesi europei non vi è stato un netto coinvolgimento delle Avvocature pubbliche, a riprova del fatto che il loro ruolo è del tutto peculiare e può essere adattato all'espletamento delle procedure alternative della giurisdizione solo con opportuni correttivi interpretativi.

Appare evidente che molti sono i profili problematici relativi all'applicazione degli ADR. Occorre quindi, un'attività di collaborazione tra giudici e avvocati pubblici e del libero foro con reciproca comprensione delle proprie difficoltà operative, affinché sulla base di una visione ampiamente condivisa degli ADR in generale, si possa migliorare insieme il sistema della giustizia civile e realizzare quella che da più parti viene definita la "giurisdizione condivisa".

La mediazione.

La definizione di mediazione è rinvenibile nell'art. 1 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (che ha dato attuazione alla delega legislativa contenuta nell'art. 60 della L. 18 giugno 2009, n. 69) (39) che stabilisce che la mediazione è "*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*" e la conciliazione come "*la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*".

In Italia la mediazione era, fino al recepimento della direttiva 2008/52/CE, un istituto "*riferito agli specifici ambiti familiare e penale, funzionalmente volto al riavvicinamento delle parti, al ripristino di una comunicazione interrotta, alla ricomposizione di un conflitto*" e aveva dunque una funzione soprattutto sociale (40). Il recepimento della direttiva di cui sopra ha portato la mediazione ad acquisire un ruolo nuovo e importante all'interno degli strumenti alternativi di risoluzione presenti in Italia.

La principale novità della riforma del 2010 "*è quella di avere generalizzato la regola e reso possibile a chiunque l'accesso a procedure finalizzate alla conciliazione di controversie praticamente in ogni settore della vita civile e commerciale secondo il modello procedimentale (...) affidato nella sua gestione ad appositi organismi di mediazione istituiti da enti pubblici o da privati*" (41).

(38) I riferimenti comparatistici richiamati sono stati enucleati dal testo di DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli 2016.

(39) Il decreto legislativo, pubblicato sulla *G.U.* n. 53 del 5 marzo 2010, è entrato in vigore il 20 marzo 2010 (ad eccezione delle disposizioni relative al meccanismo della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale la cui data di entrata in vigore è il 20 marzo 2011).

(40) DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016, p. 85.

L'art. 2 stabilisce infatti che “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*”.

Un'altra importante novità della riforma consiste nel considerare la mediazione come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi tassativamente indicate nell'art. 5 del D.lgs. n. 28 del 2010. Dunque, come già detto in relazione alla negoziazione assistita, anche la normativa sulla mediazione civile e commerciale prevede dei casi in cui, chi intenda promuovere una causa, ha l'obbligo preventivo di invito alla mediazione civile.

Esistono tre tipi di mediazione:

1) la **mediazione facoltativa** è possibile in ogni controversia relativa a diritti disponibili. Il difensore ha l'obbligo di informare il cliente di tale possibilità in relazione alla controversia che decide di instaurare e l'inottemperanza a tale obbligo è sanzionata con l'annullabilità del contratto d'opera fra l'avvocato e il cliente (art. 4, terzo comma, D.lgs. n. 28 del 2010);

2) la **mediazione è obbligatoria**, ai sensi dell'art. 5, primo comma, del D.lgs. n. 28 del 2010 in determinate controversie (42) e dunque la domanda giudiziale non preceduta dal procedimento di mediazione è improcedibile;

3) la **mediazione delegata** è prevista dal secondo comma dell'art. 5 del D.lgs. n. 28 del 2010. Viene disposta dal giudice, valutata «la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti», in primo grado o anche in appello, prima della precisazione delle conclusioni o, se non questa non è prevista, prima della discussione della causa.

Quanto alla mediazione obbligatoria, la sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012 della Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del D.lgs. 28/2010, comma 1. In seguito a tale pronuncia il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*”, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotto l'obbligatorietà della mediazione nei casi tassativamente previsti.

Quanto al rapporto delle procedure di negoziazione con le procedure di mediazione, si deve osservare che nelle controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti il previo obbligo di invito alla negoziazione sostituisce del tutto l'invito alla mediazione. Pertanto questo tipo di controversie diventano tutte obbligatoriamente soggette alla negoziazione e non più alla mediazione (da cui erano state escluse in ogni caso con la riforma del 2013 - d.l. 21 giugno 2013 n. 69 convertito con modificazioni nella

(41) DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 1, 226 ss.

(42) Controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

l. 9 agosto 2013 n. 98 - che aveva fatto seguito alla sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272 che aveva cancellato il comma 1 dell'art. 5 e altri del D.lgs n. 28/2010 per eccesso di delega).

Viceversa nelle controversie relative al pagamento di somme di denaro non superiori a 50.000 euro l'invito alla negoziazione è obbligatorio solo allorché la domanda di pagamento non concerna una delle ipotesi di mediazione obbligatoria previste nell'art. 5, comma 1-*bis*, D.lgs. n. 28/2010. Lo si desume chiaramente dal comma 1 dell'art. 3 del d.l. n. 132/2014.

Al di fuori di questi settori il rapporto tra la negoziazione assistita e la mediazione è di facoltatività nel senso che gli interessati possono liberamente scegliere di attivare l'una o l'altra procedura o anche entrambe se una delle due non porta all'accordo.

Il quinto comma dell'art. 3 del d.l. 132/2014 prevede infine che “restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati”. Questo significa che l'interessato in questi casi dovrà azionare la procedura speciale di conciliazione o mediazione obbligatoria e non potrà optare per la negoziazione assistita.

Occorre infine soffermarsi sullo stretto collegamento tra processo e mediazione/negoziazione assistita che si evince dall'impianto legge 162/2014. Tale collegamento è dimostrato dall' art. 3 comma 4 della suddetta legge (così come nell'art. 5, comma 3 del D.lgs. 28/2010 in tema di mediazione) che testualmente recita “l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita nei casi di cui al comma 1 non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale”. Per quanto riguarda la concessione di provvedimenti cautelari, non è dunque necessario esperire preliminarmente il procedimento di mediazione o di negoziazione assistita tutte le volte che si intenda proporre istanza cautelare per l'ottenimento di una misura cautelare prevista dal codice di rito o di altre leggi speciali. La disposizione non chiarisce però quale sia la disciplina applicabile nei casi in cui sia richiesta *ante causam* una misura cautelare a carattere conservativo (ad esempio, un sequestro), che, a differenza di quel che si verifica per le misure cautelari a carattere anticipatorio, deve essere necessariamente seguita dal giudizio di merito per non perdere efficacia, ai sensi dell'art. 669-*octies*, primo comma c.p.c. Bisogna dunque comprendere se, una volta ottenuta la misura in relazione a una controversia rientrante nell'ambito di applicazione della negoziazione assistita o della mediazione, la declaratoria di inefficacia possa essere evitata attraverso la proposizione della domanda di mediazione o dell'invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. A tal proposito si fa riferimento all'art. 8 della Legge 162/2014 (che trova un suo corrispondente nell'art. 5, comma 6 del D.lgs. 28/2010) rubricato “*Interruzione della prescrizione e della decadenza*”, secondo cui dal momento dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita (o dal momento della co-

municazione della domanda di mediazione alle altre parti) è impedita la decadenza (per una sola volta), senza necessità di instaurare il giudizio di merito, se non dopo l'espletamento della procedura di negoziazione assistita o di mediazione. La norma non precisa se la decadenza così impedita sia soltanto quella relativa al diritto sostanziale oppure quella riguardante eventuali termini di natura processuale. Proprio per questa ragione, non sembra affatto irragionevole sostenere che possa riferirsi al termine di cui all'art. 669-*octies*, primo comma, c.p.c. e che quindi la proposizione della domanda di mediazione o dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita sia idonea ad evitare la declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare (43).

Lo stretto collegamento tra processo e negoziazione assistita (e/o mediazione) è dimostrato, inoltre, dal fatto che la proposizione di tali procedure alternative alla giurisdizione non impedisce la trascrizione della domanda giudiziale. Questo suscita alcuni problemi poiché il fatto che una domanda giudiziale possa essere trascritta vuol dire che un giudizio può essere instaurato, e ciò può indurre la controparte a maturare il convincimento che non vi sia una reale volontà di conciliare. Inoltre, la non perfetta coincidenza tra il contenuto della convenzione della negoziazione assistita o della mediazione e il contenuto della domanda giudiziale può non rendere concreto l'effetto prenotativo della trascrizione ex artt. 2652 e 2653 c.c.

L'arbitrato.

L'arbitrato è un altro mezzo alternativo di risoluzione delle controversie ed è caratterizzato dal deferimento del giudizio ad uno o più arbitri affinché decidano con un lodo, che ha effetti analoghi a quelli di una sentenza. L'arbitrato è regolato nel codice di procedura civile dagli artt. 806-832.

Ai sensi del primo comma dell'art. 806 c.p.c. (controversie arbitrabili), riformato nel 2006, *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”*. Il secondo comma precisa che: *“Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*.

Le parti possono dunque decidere di affidare la risoluzione delle controversie ad uno o più arbitri mediante la c.d. convenzione di arbitrato che può assumere due forme: il compromesso, se la lite è già insorta (art. 807 c.p.c.) o la clausola compromissoria, in via preventiva inserendo la clausola compromissoria all'interno del testo negoziale o in un atto separato (art. 808 c.p.c.) (44).

(43) Sull'argomento cfr. Trib. Brindisi Francavilla Fontana, ord. 9 gennaio 2012; Trib. Reggio Emilia, sent. 13 ottobre 2012.

(44) L'art. 807 c.p.c. prevede: *“Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà*

Accanto a questo tipo di arbitrato ne è previsto un altro, c.d. irrituale, a cui è stata data piena legittimazione e autonomia con la riforma del 2006. Ed invero una “consistente novità introdotta dal D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 è (...) l'art. 808-ter (arbitrato irrituale) in cui si legge che: “Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo” (45).

Quanto alle analogie e differenze tra i due tipi di arbitrati (46) anche la giurisprudenza è chiara nell'affermare che “posto che sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata, la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può imperniarsi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà” (Cass. civ., sez. I, sent. 2 dicembre 2015, n. 24558) (47).

L'arbitrato si distingue, però, dagli altri strumenti ADR, in quanto si profila come **strumento di tipo aggiudicativo**, nel senso che giunge sempre ad una soluzione del conflitto.

Nell'ambito delle controversie pubblicistiche, ammesso ormai il principio dell'arbitrabilità delle controversie vertenti in materia di risarcimento per lesione degli interessi legittimi, l'istituto dell'arbitrato ha posto il problema se

delle parti è espressa per telegrafo, telex, telex, telex o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi”. L'art. 808 c.p.c. prevede: “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807 c.p.c. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.

(45) DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, «Contratto e impr.», 2011, I, 226 e ss.

(46) Per un esame delle differenze e analogie tra le due forme di arbitrato vedi DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, cit.; CNDCEC, *L'Arbitrato*, 2016, (on line).

(47) Cfr. anche Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2011, n. 7574; Cass. civ., sez. I, sent. 2 luglio 2007, n. 14972; Cass. civ., sez. I, 10 novembre 2006, n. 24059; Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21585; Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2006, n. 16718.

sia o meno ammissibile affermare e in che termini una certa “**disponibilità del potere pubblico**”. È innegabile che anche nelle controversie pubblicistiche il diritto stia evolvendo in un’ottica sempre più consensuale e meno autoritativa. Si pensi all’art. 12 del codice del processo amministrativo in base al quale tutte le controversie concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono essere oggetto di arbitrato rituale ex art. 806 e ss. c.p.c., alle convenzioni di lottizzazione e alla c.d. perequazione urbanistica, agli accordi di diritto pubblico ex art. 11 L. 241/2010, agli accordi organizzativi, ai ricorsi gerarchici impropri, agli accordi di programma.

In tale contesto ci si chiede se gli ADR, oltre a costituire uno strumento deflattivo, siano anche portatori di un valore aggiunto, ossia se rappresentino una nuova modalità di esercizio del potere pubblico. Il problema pratico più rilevante si è posto soprattutto in ordine all’assenza dei poteri cautelari degli arbitri, laddove la tutela pubblicistica è essenzialmente una tutela cautelare. Stante il divieto contenuto nell’art. 818 c.p.c., ma la possibilità ormai riconosciuta agli arbitri di sollevare eccezioni di illegittimità costituzionale, la Commissione Alpa ha proposto un’estensione agli arbitri dei poteri cautelari, atteso che, ai sensi dell’art. 669 *quinquies*, se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitrati anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito, con evidente aggravio per la parte che chiede tutela in via d’urgenza.

Nel Nuovo Codice dei Contratti pubblici la novità più rilevante è rappresentata dalla soppressione del vecchio binario: arbitrato libero e arbitrato amministrato.

Nelle materie degli appalti pubblici è prevalso il principio della concentrazione e della pubblicità del procedimento arbitrale, luogo di eteronomia e di controllo da parte della Camera Arbitrale incardinata all’interno dell’ANAC.

L’art. 12 c.p.a., come sopra detto, sulla scia dell’art. 6, comma 2, della L. 205/2000, ha previsto la possibilità di devolvere ad arbitrato rituale di diritto, le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ci si è chiesti se si debba far riferimento ai diritti soggettivi in senso stretto o possono essere investiti anche i profili relativi al risarcimento per lesione di interessi legittimi, se si debba restringere il campo alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o se si possono ritenere compromettibili anche le controversie relative a diritti riconducibili alla giurisdizione generale di legittimità. Certamente nell’ambito del diritto amministrativo, essendo ancora intangibile il dogma della “**indisponibilità del potere pubblico**”, è ancora fermo il principio secondo il quale gli arbitri non possono decidere controversie concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo neppure quando le controversie rientrano in quelle particolari materie indicate dalla legge che costituiscono l’ambito della

giurisdizione esclusiva. Il riconoscimento nello specifico settore dei giudizi aventi ad oggetto contratti pubblici, di particolari effetti sospensivi alla proposizione del ricorso ex artt. 120 e 121 c.p.c. e di particolari poteri al giudice amministrativo che vanno dalla caducazione totale o solo parziale del contratto viziato nella aggiudicazione (c.d. *inefficacia a geometria variabile*) alla irrogazione di sanzioni non sembra assolutamente prospettabile con riguardo al giudizio arbitrale.

Nell'art. 209, commi 1 e 2, è stato riprodotto il meccanismo di formazione della convenzione di arbitrato in precedenza descritto dall'art. 241, commi 1 e 1 *bis* del vecchio Codice dei Contratti. In particolare: *< la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara, ovvero per le procedure senza bando nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria; l'indicazione che il contratto conterrà la clausola compromissoria, è possibile, però, solo a patto che vi sia un'apposita autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice; se manca l'autorizzazione, l'art. 209, comma 3, prima parte, prevede che <è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara, ovvero nella procedura senza bando nell'invito>.*

Come in passato nulla è espressamente previsto riguardo alla sorta della clausola compromissoria eventualmente inserita nel contratto in mancanza della relativa indicazione del bando, avviso o invito, previamente autorizzata. Entrambe le opzioni interpretative possibili sono ancora praticabili: mera nullità della clausola compromissoria con applicazione della disciplina di cui agli artt. 817, comma 2, art. 829 comma 1 n. 1 c.p.c. o non arbitrabilità delle controversie. Nel nuovo codice non figura più, invece, la previsione dell'art. 241 seconda parte che sanzionava con la nullità non solo *<l'inclusione della clausola compromissoria senza preventiva autorizzazione>*, ma anche *<il ricorso all'arbitrato senza preventiva autorizzazione>*. Questa mancanza elimina alla radice l'equivoco nel quale la lettera di quella disposizione poteva indurre a cadere cioè che per aversi giudizio arbitrale occorresse non solo una clausola compromissoria previamente autorizzata, ma anche un successivo avvio del giudizio arbitrale previamente autorizzato.

Vi è, però, da chiedersi se la mancata riproduzione di quella disposizione non abbia altre conseguenze. Non si deve dimenticare, infatti, che proprio quella previsione costituiva un elemento letterale a favore della tesi secondo la quale sarebbe stata possibile un'autorizzazione conferita successivamente rispetto ad una indicazione nel bando, avviso o invito non previamente autorizzata.

La seconda parte dell'art. 209 del Codice dei Contratti pubblici prevede che l'arbitrato, ai sensi dell'art. 1 comma 20 della legge 190/2012, si applica anche alle controversie relative a concessioni, appalti pubblici di opere, servizi forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una so-

cietà controllata o collegata a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 c.c. o che, comunque, abbiano ad oggetto opere o forniture con risorse a carico dello Stato. È una previsione significativa se pensiamo che in altri paesi come la Francia se vengono in rilievo risorse pubbliche non è proprio possibile far ricorso all'arbitrato, sebbene tale istituto abbia avuto una notevole diffusione. Dopo la sentenza della Corte di Giustizia *Eco Swiss c. Benetton* 1 giugno 1999 nella causa C-126/97 si è senz'altro consolidata l'opinione che anche le controversie nascenti da contratti potenzialmente nulli, ai sensi della normativa antitrust, possono essere sottoposte a giudizio arbitrale. In tema di proprietà industriale, fermo restando l'esclusiva dello Stato nel concedere marchi e brevetti, il nuovo Codice della Proprietà industriale prevede l'applicazione degli artt. 35 e 36 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 che disciplinano gli arbitrati in materia di società. Il suddetto decreto legislativo ha esteso l'arbitrato all'azione sociale di responsabilità, all'impugnativa delle delibere di approvazione del bilancio e alle controversie relative alle cessioni di quote o azioni. Si è fatto spesso riferimento al diritto societario, in particolare all'art. 2358 n. 4 c.p.c. come modello di **“soluzione gestionale”** della lite applicabile anche alla Pubblica Amministrazione. Ma è chiaro, per quanto sopra detto, che, se vengono in rilievo risorse pubbliche, non si può prescindere dal provvedimento di autorizzazione della P.A. tesa sempre alla tutela dell'interesse pubblico.

Non è un caso che il legislatore sia stato molto cauto nel prevedere strumenti ADR quando vengono in rilievo solo interessi legittimi. Ne sono un esempio lampante i pareri di precontenzioso dell'Anac previsti dall'art. 211 del Nuovo Codice dei Contratti pubblici, pareri facoltativi ad efficacia soggettiva limitata, impugnabili innanzi al TAR che possono essere rilasciati nella fase di aggiudicazione. È, infatti, previsto che su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprima un parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento della procedure di gara, entro 30 giorni dalla richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile, ai sensi dell'art. 120 c.p.a. entro 30 giorni. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 c.p.a.

Volendo trarre una conclusione da questa relazione che comprende in sé sia una parte destruens, ma anche una parte costruens, questa non può che sintetizzarsi nella seguente considerazione: gli strumenti ADR rappresentano una evoluzione in senso positivo del diritto, sono strumenti con grandi potenzialità che, però, non possono che assumere un carattere di *specialità* quando si decide di applicarli alle controversie pubblicistiche. L'interprete deve tenere sempre presente che tali strumenti non possono, comunque, rendere più gravoso l'accesso alla tutela giurisdizionale. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, (sebbene le direttive in materia lascino agli Stati membri la libertà di sta-

bilire il tipo di *enforcement* da attribuire agli strumenti ADR), lo ha ricordato molto chiaramente con la recente sentenza emessa nella causa C-75/16 del 27 giugno 2017 *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banca Popolare Società Cooperativa* in tema di tutela del consumatore. Con tale pronuncia la Corte ha statuito il seguente principio: *“La Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europea e del consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva ADR per i consumatori), deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all’articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purchè un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario”*.

Bibliografia

- ALPA G., AMADEO F., AMOROSO G., AULETTA F., ... (a cura di), *Un progetto di riforma delle ADR*, Pubblicazione del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Jovene editore, Napoli 2017.
- AULETTA F., *Introduzione a La parte pubblica in mediazione e negoziazione assistita: riflessioni generali. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato*, «Rivista dell'arbitrato», anno XXVII, fasc. 3-2017, p. 649.
- CAPUTI G., MANTINI P., *Contenzioso dinanzi al giudice amministrativo e rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale*, in www.italiappalti.it, 2016.
- CARLI A., *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. L'arbitro bancario finanziario*, tesi dottorato Università degli studi di Padova, 2011.
- CNDCEC, *L'Arbitrato*, 2016, (on line), pp. 16 e ss.
- COMMISSIONE “ALPA”, *Proposte normative e note illustrative*, Ministero della Giustizia, 2017, www.mondoadr.it.
- COMOGLIO L.P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, «Riv. Dir. Proc.», 2000, 2, 318 e ss.
- CONSOLO C., BERTOLLINI P., BUONAFEDE A., *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, «Corriere Giur.», 2017, 6, 762 e ss.
- CONTESSA C., *Il nuovo codice dei contratti pubblici - le forme di tutela nel nuovo codice*, «Giornale Dir. Amm.», 2016, 4, p. 436 ss.
- DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna 2016.
- DE LUCA U., *La “nozione europea” di ADR*, in *ADR e Mediazione*, a cura di CORRADINO M. e STICCHI DAMIANI S., G. Giappichelli Editore, Torino 2012.
- DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, «Riv. dir. civ.», 2013, 1478.
- DOSI G., *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, «Contratto e impr.», 2011, 1, 226 ss.

- DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2016.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, pp. 21 ss.
- NATALE G., SALVATORELLI M., *La parte pubblica in mediazione e negoziazione assistita: riflessioni generali. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato*, «Rivista dell'arbitrato», anno XXVII, fasc. 3-2017, pp. 650-656.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, «Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario», 2013, 5-6, pp. 951 ss.
- RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, «Dir. Amm.», 2014, 1-2, pp. 1-44.
- RICCI G.F., *Diritto processuale civile, Volume primo, disposizioni generali*, Giappichelli Editore, Torino 2017.

Giurisprudenza

- C. cost., sent. 6 dicembre 2012 n. 272.
- C. cost., sent. 7 luglio 2016 n. 162.
- Cass. civ., sez. I, sent. 20 luglio 2006 n. 16718.
- Cass. civ., sez. I, sent. 10 novembre 2006 n. 24059.
- Cass. civ., sez. I, sent. 2 luglio 2007 n. 14972.
- Cass. civ., sez. II, sent. 12 ottobre 2009 n. 21585.
- Cass. civ., sez. I, sent. 1 aprile 2011 n. 7574.
- Cass. civ., sez. I, sent. 2 dicembre 2015 n. 24558.
- Cass. civ., sez. III, sent. 3 dicembre 2015 n. 24629.
- C. app. Milano, ord. 22 marzo 2016.
- Trib. Brindisi, Francavilla Fontana, ord. 9 gennaio 2012.
- Trib. Como, sez. di Cantù, ord. 2 febbraio 2012.
- Trib. Reggio Emilia, sent. 13 ottobre 2012.
- Trib. Torino, sez. III civ., ord. 23 marzo 2015.
- Trib. Verona, sez. III, ord. 18 dicembre 2015.
- Trib. Firenze, sez. III, ord. 17 gennaio 2016.
- Trib. Palermo, ord. 27 febbraio 2016.
- Trib. Verona, ord. 12 maggio 2016.
- Trib. Ravenna, sent. 20 settembre 2017.