

Mediazione e Pubblica Amministrazione

25 Novembre 2021

di Michele Magi

ABSTRACT: Si è diffusa presso le pubbliche amministrazioni la tendenza a non partecipare al procedimento di mediazione civile e commerciale per il timore del funzionario di incorrere in una responsabilità erariale. È in atto un percorso normativo e giurisprudenziale volto a superare la “paura della firma” e a valorizzare anche nel settore pubblico l'utilizzo della mediazione come strumento di risoluzione delle controversie efficace e funzionale al componimento di interessi pubblici e privati.

È stato definito con procedimento di mediazione civile e commerciale, delegata dal Giudice, un contenzioso sorto tra ASL e società costruttrice in merito alla realizzazione di presidi ospedalieri con la forma del *project financing*. Alla milionaria richiesta della società costruttrice di riconoscimento di importi iscritti a riserva durante la complessa fase di edificazione delle strutture si contrapponeva la milionaria domanda riconvenzionale dell'ASL di applicazione di penale per ritardata esecuzione dei lavori. Il caso, che ha visto la risoluzione in tempi contenuti di una controversia con valori economici di rilievo, si aggiunge ai numerosi accordi raggiunti dalle pubbliche amministrazioni in materia di responsabilità medica e sanitaria.

Tuttavia i funzionari pubblici, nel timore di azioni di responsabilità amministrativa promosse dalla magistratura contabile, sono spesso poco propensi a utilizzare lo strumento di composizione delle controversie costituito dalla mediazione. Il rischio del risarcimento del danno erariale rappresenta un freno agli accordi conciliativi sia quando la pubblica amministrazione vanta un credito nei confronti di un privato sia quando è il privato ad avanzare pretese verso l'ente pubblico. Incamerare o impegnarsi a versare le somme determinate da un percorso negoziale e non da un provvedimento del giudice paralizza i funzionari pubblici chiusi nella “burocrazia difensiva”. Eppure, essendo le controversie giudiziali rischiose e onerose, le soluzioni conciliative possono contribuire al contenimento della spesa pubblica. Senza considerare i benefici dei percorsi collaborativi in termini di pacificazione sociale e di recupero di fiducia verso l'agire pubblico con importanti ricadute sull'immagine della pubblica amministrazione.

Mira a rassicurare i funzionari pubblici il disegno di Legge d'iniziativa del Governo approvato dal Senato il 21 settembre 2021 avente a oggetto la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. L'art.1 comma 4 lettera g) indica fra i principi e criteri direttivi nel cui rispetto sono adottati, nell'esercizio della delega, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alle discipline della procedura di mediazione e della negoziazione assistita: “prevedere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti”.

In attesa del completamento dell'*iter* legislativo va segnalata la recente ordinanza emessa il 13 ottobre 2021 dal Giudice Dott. Massimo Moriconi della Sezione XIII del Tribunale di Roma, in cui viene affrontato il tema della partecipazione della pubblica amministrazione ai percorsi conciliativi e, in particolare, alla mediazione demandata dal Giudice. Tale provvedimento sottolinea: “[...] vale ricordare che la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria e che proprio in considerazione di ciò NON è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. Va infatti considerato che in tale timore è insita un'aporìa: invero la legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico”. Il Giudice del Tribunale di Roma richiama in proposito il citato articolo 1 comma 4 lettera g) del disegno di Legge delega e riporta quanto esposto in merito a “La Pubblica Amministrazione in mediazione” nelle “Proposte normative e note illustrative” del 24.5.2021 della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di giustizia civile e di strumenti alternativi

presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso: "È piuttosto evidente come questa tipologia di timori, prima che infondati, si radichino su una grave contraddizione. Infatti, se la legge impone degli obblighi a tutti i soggetti giuridici, senza alcuna eccezione per gli enti pubblici, obblighi nella specie consistenti nella seria e cooperativa partecipazione alla mediazione, allora non è certo il loro assolvimento, ma, al limite, la loro evasione, a poter astrattamente generare, in capo all'autore della scelta, una responsabilità di natura erariale. Ogni rischio di responsabilità astrattamente derivante dalle attività compiute nel procedimento di conciliazione deve essere prevenuto dal delegato dell'ente pubblico tramite la preventiva concertazione con l'organo apicale dei margini entro i quali un eventuale accordo amichevole potrebbe essere stipulato. D'altronde, la giurisprudenza contabile ha costantemente ribadito la perfetta compatibilità fra il modulo della transazione e lo statuto dell'azione amministrativa, a condizione che la situazione giuridica controversa sia disponibile e che l'atto dispositivo sia compiuto da soggetto all'uopo legittimato".

La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica con la Circolare n. 9/12 ha fornito linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali per assicurare l'omogenea attuazione della normativa di riferimento da parte delle pubbliche amministrazioni. Per quanto riguarda il procedimento, nella Circolare viene evidenziato che l'Avvocatura dello Stato, rispetto alle procedure non riconducibili alla tutela legale contenziosa in senso stretto, tra cui quella di mediazione, svolge esclusivamente la funzione consultiva di cui all'art.13 del R.D. 30.10.1933 n.1611. Specifica la Circolare: "Si individuano pertanto le modalità con cui, nell'ambito del procedimento di mediazione, le amministrazioni si rivolgono, mediante richiesta di parere, all'Avvocatura dello Stato per un contributo che consenta di addivenire alla soluzione di questioni tecnico-giuridiche ed interpretative poste alla base della controversia trattata". In particolare nella Circolare è evidenziata l'opportunità che l'amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia, nei casi in cui il tentativo di transazione riguardi controversie di particolare rilievo, dal punto di vista della materia che ne costituisce l'oggetto o degli effetti in termini finanziari che ne potrebbero conseguire anche in riferimento al numero di controversie ulteriori che potrebbero derivarne. Al di fuori dei predetti casi, l'amministrazione richiede il parere dell'Avvocatura dello Stato con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato abbia proceduto ad una motivata valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo.

Occorre rimarcare che la funzione consultiva, sottolineata dalla Circolare, dell'Avvocatura dello Stato nella mediazione risulta in linea con le caratteristiche di tale strumento compositivo delle vertenze. Infatti, proprio nel confronto tra i punti di vista, che connota il procedimento mediativo, emergono le prospettive di soluzione. Solo l'amministrazione direttamente interessata, partecipando alla procedura attraverso il funzionario delegato, può pienamente valutare l'evoluzione delle dinamiche conflittuali e gli spazi di intesa. La valorizzazione del ruolo attivo dell'amministrazione coinvolta nel conflitto, ravvisabile nella Circolare, permette alla mediazione di svolgere il compito di creare un contesto di dialogo senza sbilanciamenti. Al contrario, il radicamento dell'amministrazione su posizioni rigide, legate talvolta ad analisi astratte tipiche di meccanismi di sviluppo del contenzioso giudiziario, rischia di svuotare di significato il percorso della mediazione.

Va osservato altresì che le decisioni del dirigente responsabile possono essere orientate anche con l'ausilio di commissioni di esperti con composizione multidisciplinare, come i Comitati di Gestione sinistri nell'area medica.

Pertanto, riepilogando, la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico e la p.a. ha gli stessi oneri e obblighi degli altri soggetti giuridici. Consente di prevenire i rischi di responsabilità erariale una idonea istruttoria e la preventiva concertazione con l'organo apicale che individuino per il funzionario pubblico che partecipa alla procedura di mediazione in rappresentanza della p.a. la condotta negoziale e la gestione del perimetro delle trattative da attuare in relazione al caso di specie. Superata la "paura della firma", l'utilizzo della mediazione, anche qualora non sia demandata dal giudice, favorisce per la pubblica amministrazione il dialogo con il privato, la comprensione dei problemi derivanti dal suo agire, l'ascolto dei bisogni dei soggetti con cui entra in contatto. D'altro canto il privato recupera un coinvolgimento nell'affrontare le questioni e nel gestire prospettive di soluzione non imposte, presupposto per il reperimento di

accordi compositivi. La mediazione come contesto collaborativo contribuisce pertanto a realizzare in concreto quell'incontro tra interessi pubblici e privati garanzia di un equilibrato rapporto tra individuo e amministrazione pubblica.