

wvp

ISSN 2239-7345

2024-2/40-LBE

Istituto Universitario di Studi Europei  
Working Papers Series

<http://workingpapers.iuse.it>

LBE  
Law & Business in  
Europe

*Giuseppe Vertucci*

---

L'INTEGRAZIONE DEGLI STRUMENTI ADR NEL SISTEMA DEI  
CONTRATTI PUBBLICI



# L'integrazione degli strumenti ADR nel sistema dei contratti pubblici

Giuseppe Vertucci\*

*Sommario: 1. Il principio del risultato e la preminenza della fase esecutiva nel d.lgs. n. 36 del 2023. – 2. I rimedi alternativi di risoluzione delle controversie anche nella fase dell'evidenza pubblica. – 3. Una possibile applicazione della mediazione e della negoziazione assistita nel sistema dei contratti pubblici. – 4. Riflessioni conclusive.*

## 1. Il principio del risultato e la preminenza della fase esecutiva nel d.lgs. n. 36 del 2023

Il d.lgs. n. 36 del 2023 esordisce con una compiuta elencazione di principi, che attenta dottrina ha distinto tra «principi-valori» e «principi-regole», i primi consacrati negli articoli da uno a tre, e segnatamente il principio del risultato, il principio della fiducia e il principio dell'accesso al mercato, e gli altri, previsti dal successivo articolato, quali buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, autorganizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione e applicazione dei contratti collettivi di lavoro<sup>1</sup>.

Stando alla natura valoriale dei primi principi, che costituiscono l'anima del nuovo Codice, è agevole evidenziarne la forte valenza ermeneutica utile a risolvere dubbi interpretativi derivanti dall'applicazione concreta del nuovo assetto normativo: tali principi possono mostrare la loro rilevante utilità nell'indagare la *ratio* della nuova disciplina codicistica che ha recepito le direttive europee del 2014<sup>2</sup>; invero, tale funzione è loro espressamente assegnata dall'art. 4 che precisa come i primi tre articoli siano elevati a criterio interpretativo di tutte le disposizioni del Codice.

In letteratura è stato tuttavia rilevato che l'espresso riconoscimento della funzione ermeneutica dei primi tre principi non esclude che i restanti principi che innervano il Codice possano essere utilizzati come criteri interpretativi per una lettura sistematica del nuovo tessuto normativo, bensì che i primi tre sono da considerare primari rispetto ai restanti otto principi<sup>3</sup>.

---

\* Dottorando in Diritti e Istituzioni, Università di Torino.

<sup>1</sup> Sui principi del risultato e della fiducia come principi centrali del nuovo Codice, v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 3, 288 e ss.; S. COCCHI, *Pillole del nuovo codice appalti*, in *Azienditalia*, 2023, 5, 685 e ss.; A. FERRARINI, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.spazioetico.com](http://www.spazioetico.com), 2022. Nel sistema previgente cfr. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 80, che rilevava come l'agire amministrativo non deve solo essere legittimo, bensì anche adeguato all'ottenimento del risultato finale.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'appalto pubblico e sulla concessione di lavori, servizi e forniture, recepite dal d.lgs. n. 50 del 2016, poi abrogato, a legislazione europea invariata, dal d.gs. n. 36 del 2023.

<sup>3</sup> M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in CONTESSA C.-DEL VECCHIO P. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 49 ss.; D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023, 12, 4, che lo descrive come un codice di principi.

Tali principi, a ben riflettere, non rappresentano una novità quanto ai contenuti che esprimono, riferendosi a una serie di valori dell'ordinamento giuridico; la novità si rintraccia piuttosto nell'essere stati accorpati e organizzati per la prima volta in un sistema che comunica con l'interprete<sup>4</sup>.

Parimenti innegabile è l'essenzialità che il nuovo Codice riconosce alla fase esecutiva del contratto pubblico e la conseguente rilevanza che assume l'applicazione delle norme di diritto privato, tradizionalmente chiamate a operare in tale fase.

La centralità del principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, come emerge dal suo comma 3, costituisce esplicitazione del principio di buon andamento e dei relativi principi di efficienza ed economicità, e consta del perseguimento del risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato pone, come obiettivo principale dell'agire della pubblica amministrazione in materia di acquisti pubblici, l'aggiudicazione della gara e la conseguente stipulazione del contratto, nel superiore interesse della stazione appaltante e, quindi, della collettività.

Il rapporto tra il principio del risultato e quello della concorrenza è chiarito dall'art. 1, comma 2, del nuovo Codice dal quale emerge la recessività del secondo principio a favore del primo, dal momento che la concorrenza viene concepita come funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. In altri termini, la concorrenza, da obiettivo centrale della contrattualistica pubblica al tempo della legislazione comunitaria tesa ad assicurare il mercato unico, degrada a strumento per il conseguimento di acquisti migliori. Si assiste, pertanto, ad una metamorfosi del principio della concorrenza che, da fine da perseguire a ogni costo, diviene mezzo da percorrere per ottenere acquisti migliori, secondo quanto affermato proprio dalla Relazione al Codice<sup>5</sup>. In dottrina si è evidenziato che il nuovo Codice ha preso posizione rispetto alla preminenza del principio del risultato rispetto alla concorrenza in quanto il legislatore nazionale, nel recepire le direttive europee, nel tempo aveva soggiogato proprio il risultato del pubblico acquisto alla libera concorrenza frustrando l'interesse della collettività<sup>6</sup>.

Dall'acquisita centralità del ruolo del risultato, discendono coerenti corollari destinati a governare la fase esecutiva del contratto pubblico: così il principio del risultato viene declinato nel principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, espressamente sancito dall'art. 9 del nuovo Codice, in funzione del quale l'art. 120, comma 8, appronta il rimedio della rinegoziazione.

Il nuovo Codice accoglie il rimedio manutentivo in un'ottica di preservazione del contratto pubblico: il principio del risultato, pertanto, viene tutelato al punto che eventuali situazioni sopravvenute e imprevedibili, che pongano in crisi il sinallagma squilibrando le prestazioni corrispettive originariamente congegnate dalle parti, fanno sorgere il diritto alla rinegoziazione delle prestazioni medesime.

Parimenti nel contesto dei principi del risultato e di conservazione del sinallagma

---

<sup>4</sup> Nella Relazione illustrativa al nuovo Codice degli appalti, 8, viene precisato come la Commissione abbia tentato di redigere un codice «che racconti una storia».

<sup>5</sup> Relazione, cit., 12-13, che si esprime in termini di «demitizzazione» del principio della concorrenza.

<sup>6</sup> G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 289 e ss.

contrattuale, si colloca il potenziamento dei rimedi alternativi di risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici; ciò avviene, di nuovo e coerentemente, con un approccio che ricalca le finalità di istituti privatistici finalizzati alla composizione negoziata delle controversie in un contesto stragiudiziale, con scopo precipuamente deflattivo e anche, però, di conservazione della relazione tra i *partner* contrattuali. Si allude chiaramente agli istituti ADR che approdano a un pieno riconoscimento anche in ambito di contrattualistica pubblica, avendo il legislatore della riforma inteso assicurare al principio del risultato la massima attuabilità in un'ottica di conservazione del contratto più facilmente ottenibile in un contesto di dialogo stragiudiziale piuttosto che in ambito processuale.

Del resto nel nuovo assetto disegnato dal d.lgs. n. 36 del 2023 tale soluzione è perfettamente coerente con l'altro «principio-valore» della fiducia di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 che sottende una logica duale, nel senso che richiama l'affidamento nelle capacità della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari, nonché quello nell'agire leale e trasparente degli operatori economici che si rapportano con la pubblica amministrazione<sup>7</sup>; nonché pare coerente, altresì, con il riconoscimento del principio dell'autonomia privata ex art. 8, di cui gli accordi compositivi o preventivi della lite costituiscono esplicitazione.

Il funzionamento del principio del risultato si fonda su una maggiore elasticità delle procedure di acquisto: in questo modo il baricentro è spostato dalla mera legalità formale all'effettivo conseguimento delle esigenze di acquisto; la discrezionalità, antitesi della piana applicazione delle norme vincolanti, permette di adeguare la fase a evidenza pubblica alle specifiche esigenze del caso concreto, allo scopo di avere le opzioni di acquisto ritenute migliori e quindi il miglior soddisfacimento dell'interesse della collettività. La lettura combinata dei principi del risultato e della fiducia orienta l'interprete anche in materia di responsabilità del personale delle stazioni appaltanti, laddove l'art. 1, comma 4, sancisce la priorità del principio del risultato anche in ordine alla valutazione della responsabilità del personale delle stazioni appaltanti, mentre il comma 3 dell'art. 2 circoscrive i confini della colpa grave in sede di valutazione della responsabilità amministrativa limitandola alla violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e all'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto; la norma da ultimo citata precisa poi, in negativo, che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Di conseguenza, l'operato del personale che sia diligente e perito sfuggirà alla colpa grave e, pertanto, la responsabilità erariale dovrebbe ricorrere nel caso di macroscopiche violazioni delle norme di comportamento, da valutarsi nello specifico caso concreto.

Da tale angolo di osservazione, pertanto, il principio del risultato e quello della fiducia si pongono come criteri di interpretazione delle norme dettate per la responsabilità del personale delle stazioni appaltanti: tali principi, che incentivano la discrezionalità della pubblica amministrazione e il superamento della mera legalità formale, dovrebbero incoraggiare maggiormente detto personale a compiere scelte consapevoli e nell'interesse pubblico in quanto dovrebbero contribuire a creare un contesto normativo in grado di

---

<sup>7</sup> Cfr. Relazione, cit., 14, che rileva come il soccorso istruttorio e il ravvedimento operoso o *self-cleaning* si fondino sul presupposto di una fiducia riposta dal legislatore nei privati che entrano in rapporto con la pubblica amministrazione.

emanciparsi dalla burocrazia difensiva e dal c.d. timore della firma<sup>8</sup>.

In tale scenario gli strumenti ADR, anche in ambito di contrattualistica pubblica, dovrebbero poter conoscere nuovi orizzonti applicativi dal momento che i funzionari potranno approcciare ai procedimenti alternativi senza il peso psicologico del c.d. timore della firma.

## 2. I rimedi alternativi di risoluzione delle controversie anche nella fase dell'evidenza pubblica

Con riguardo agli strumenti ADR, il problema che classicamente si pone in ambito amministrativo attiene alla disponibilità del diritto controverso: mentre per quanto concerne la fase dell'esecuzione del contratto, è noto come le posizioni si fronteggino secondo le logiche privatistiche del diritto dei contratti e delle obbligazioni che involgono principalmente diritti patrimoniali delle parti e perciò disponibili, la fase dell'evidenza pubblica, fatta eccezione per la gestione del precontenzioso<sup>9</sup>, di certo rappresenta terreno più sdruciolevole sul piano della negoziabilità dell'interesse e, di conseguenza, della liceità dell'eventuale accordo raggiunto, pur non essendo il diritto amministrativo esente da tentativi di introduzione del meccanismo consensuale anche in funzione della risoluzione dei conflitti.

A tale ultimo riguardo il pensiero corre alla risalente tendenza della pubblica amministrazione a prevenire la lite nella fase esecutiva del rapporto contrattuale: si pensi all'art. 42 del d.p.r. n. 1063 del 1962 che prevedeva in caso di controversia tra appaltatore e direttore dei lavori una proposta di risoluzione della controversia che proveniva da un ordine di servizio del funzionario della stazione appaltante a cui l'appaltatore aveva l'obbligo di conformarsi salva, in caso di mancata adesione, la possibilità del ricorso gerarchico; di stampo più marcatamente consensualistico era, invece, l'art. 32 della L. n. 109 del 1994, che assegnava al Responsabile unico del procedimento la facoltà di formulare una proposta conciliativa per la soluzione di controversie derivanti dall'esecuzione del contratto pubblico, che provocava e tendeva al raggiungimento di un accordo tra le parti.

Non meno rilevante appare l'evoluzione normativa degli ultimi anni che registra una

---

<sup>8</sup> Si veda più diffusamente sul tema della burocrazia difensiva M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2, 279 e ss. Il tema della burocrazia difensiva e del c.d. timore della firma si riconnette al tema relativo al dato empirico per cui nel nostro Paese si è registrato un irrigidimento della normativa sui contratti pubblici, conseguente allo storico timore della diffusione di fenomeni corruttivi e collusivi nella fase a evidenza pubblica. Infatti, a partire dal 2014 all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), ente deputato alla repressione della corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa, sono stati delegati funzioni di regolazione, vigilanza e sanzione in materia di contrattualistica pubblica. Tale situazione aveva condotto a un irrigidimento dell'esercizio della discrezionalità, considerata l'avamposto di fenomeni collusivi e corruttivi, determinata dall'approntamento di una normativa tesa ad accertare responsabilità su differenti livelli ordinamentali (amministrativo, civile, penale, erariale) talvolta sovradimensionata rispetto al reale contesto.

<sup>9</sup> Fase gestita dall'Anac, su cui v. diffusamente M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 754 e ss.. In questa sede si precisa solo che i pareri di precontenzioso dell'Anac sono stati introdotti per la prima volta dall'art. 211 del d.lgs. n.50 del 2016 e che consente una soluzione alternativa a quella giurisdizionale di controversie inerenti al corretto esercizio del potere nella fase dell'evidenza pubblica: ovvero nella fase in cui si verte in materia di interessi legittimi, intesi come interessi qualificati dalla pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa. Il parere deve essere reso entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, ma tale termine è stato ritenuto ordinatorio dall'Anac ed è vincolante se le parti abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto da esso stabilito; è, peraltro, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo secondo il rito speciale di cui all'art. 120 cpa.

attitudine sempre maggiore del legislatore verso l'importazione del principio della consensualità anche in ambito amministrativo: il riferimento è all'art. 11 della L. n. 241 del 1990 recante la disciplina degli accordi amministrativi c.d. «verticali»<sup>10</sup> e all'art. 15 della stessa legge che prevede gli accordi amministrativi c.d. «orizzontali» (ovvero accordi tra amministrazioni pubbliche).

Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, fatti propri dal nuovo Codice degli appalti, come noto, sono la transazione, l'accordo bonario, l'arbitrato amministrato della Camera arbitrale istituita presso l'Anac e il collegio consultivo tecnico.

Guardando alla funzione deflattiva e al tempo stesso ai principi del risultato e della fiducia sembra potersi affermare, in linea di prima approssimazione, che gli strumenti alternativi più coerenti al nuovo impianto codicistico del 2023, anche in un'ottica di conservazione del sinallagma contrattuale, fatta eccezione per la transazione che rappresenta ovviamente il massimo livello di esplicazione dell'autonomia contrattuale, possano essere l'accordo bonario e il collegio consultivo tecnico, dal momento che entrambi questi istituti presentano un soggetto terzo (similmente alla mediazione), che possiede particolari competenze in relazione alla materia oggetto di controversia (con altra similitudine rispetto ai requisiti di competenza del mediatore), dovendosi escludere l'arbitrato rituale che è conformato alla struttura e alla logica del giudizio e che, per tali ragioni, si allontana dal contesto di dialogo che pare essere maggiormente funzionale allo scopo della presente indagine.

Gli esperti dell'accordo bonario e del collegio consultivo tecnico appaiono, similmente al mediatore, dei facilitatori di accordi (con differenze circa l'obbligatorietà, ricorrendone i presupposti, della decisione per il caso del collegio consultivo tecnico).

L'art. 210 del d.lgs. n. 36 del 2023 accoglie l'accordo bonario che ha la funzione di adeguare il contenuto del contratto pubblico alle sopravvenienze verificatesi durante la sua esecuzione al fine di garantire la prosecuzione del contratto e gestire la maggiore onerosità della prestazione dell'operatore economico. L'iniziativa dell'avvio del procedimento compete al Responsabile unico del procedimento, il quale, valutati preliminarmente l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve iscritte sui documenti contabili, potrà curare personalmente le successive fasi oppure nominare a tal uopo un esperto; il Responsabile unico del procedimento o l'esperto nominato deve curare l'istruttoria in contraddittorio con l'operatore economico e valutare la fondatezza delle riserve iscritte, dopo di che, all'esito dell'istruttoria, l'uno o l'altro possono formulare una proposta di accordo bonario che deve essere trasmessa al dirigente competente della stazione appaltante e all'appaltatore.

L'accordo bonario eventualmente raggiunto – e la proposta deve tenere conto della disponibilità di adeguate risorse economiche – è espressamente qualificato dall'art. 210, comma 6, come «*accordo [che] ha natura di transazione*». Tale declamata comune natura giuridica tra accordo bonario e contratto di transazione di cui all'art. 1965 c.c. è, però, più apparente che reale, dal momento che, come si è correttamente rilevato in letteratura, nel caso dell'accordo bonario la causa non sembra coincidere con le «*reciproche concessioni*»,

---

<sup>10</sup> L'art. 11 della l. n. 241/1990 che consente alla pubblica amministrazione, nell'ambito del procedimento amministrativo, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate in sede di osservazioni difensive (ai sensi dell'art. 10 stessa legge), di concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

che presuppongono un piano di parità posizionale, quanto piuttosto con un (eventuale) adesione alla proposta proveniente dalla parte pubblica a valle di una preliminare verifica, prettamente pubblicistica, di ammissibilità e rilevanza delle doglianze private<sup>11</sup>. In caso di rifiuto della proposta di accordo bonario da parte dell'impresa oppure di infruttuoso decorso del termine di quarantacinque giorni, è possibile ricorrere al giudizio arbitrale o a quello ordinario.

L'istituto del collegio consultivo tecnico, previsto dall'art. 215 del d.lgs. n. 36 del 2023, si inserisce nel nuovo Codice come risposta alle istanze dettate dal PNRR nella prospettiva della ripartenza *post* pandemica quale strumento di deflazione e di riduzione dell'intervento giurisdizionale al fine di realizzare efficacemente gli interessi pubblici in piena coerenza con l'attuazione del principio del risultato.

Si tratta di un organismo plurisoggettivo, composto di tre o cinque membri (nel caso di opere complesse e di necessità di plurime professionalità), che possono essere scelti dalle parti di comune accordo tra soggetti di comprovata esperienza nel settore oggetto del contratto ed è deputato a risolvere qualsiasi tipo di criticità, tecnica o giuridica, afferente sia la fase dell'esecuzione sia quella dell'evidenza pubblica secondo quanto espressamente previsto dall'art. 218.

Oltre ad avere una funzione consultiva e preventiva, il collegio consultivo tecnico è uno strumento obbligatorio di risoluzione delle controversie alternativo al giudizio: invero, l'art. 215, comma 1, per ogni contratto di appalto di lavori sopra-soglia e per forniture e servizi di importo superiore a un milione di euro ne prevede l'obbligatoria costituzione; in altri termini, nei casi in cui è obbligatorio, si tratta di uno strumento di assistenza teso a garantire il conseguimento dell'oggetto dell'appalto.

L'art. 215, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023, infatti, stabilisce che la decisione del consiglio consultivo tecnico può risolversi in un parere oppure, in assenza di volontà contraria espressa, assume l'efficacia di «*lodo contrattuale*» secondo le forme dell'arbitrato irrituale ex art. 808-ter c.p.c.; in tema, il secondo alinea del citato comma 2 precisa che nel caso in cui la decisione assuma valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.

Quest'ultimo inciso del comma 2 della norma in commento sembra prefigurare, prima dell'adozione della decisione avente natura di lodo contrattuale, una fase di negoziazione esperita dal consiglio e volta a un componimento conciliativo, che il legislatore in modo atecnico definisce come «*mediazione*» (sebbene tale termine dovrebbe fare esclusivo riferimento all'istituto previsto dal d.lgs. n. 28 del 2010).

In piena coerenza con lo scopo del risultato e di ampliamento della discrezionalità amministrativa, la norma *de qua* persegue l'ulteriore finalità di arginare e neutralizzare la burocrazia difensiva e il c.d. timore della firma del funzionario: infatti, è previsto che l'ottemperanza alle determinazioni e ai pareri costituisce parametro di valutazione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e integra, salvo prova contraria, grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali e che, di contro, l'osservanza è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi della condotta dolosa.

---

<sup>11</sup> B. CIVILLA, *L'accordo bonario*, in CIVILLA B.-GIANNINI D., *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice degli appalti*, Milano, 2017, 11 e ss.

Gli strumenti ADR si caratterizzano per la finalità di comporre la lite sulla base di una ricercata consensualità fuori dall'orbita oppositiva del giudizio, che si fonda sulla rigida applicazione delle norme, e presentano l'ulteriore vantaggio, laddove la negoziazione sia gestita con professionalità, di preservare e talvolta di ristrutturare i rapporti tra le parti in quanto la soluzione condivisa ha maggiori possibilità di essere osservata da esse (anche nella fase esecutiva dell'accordo risolutore)<sup>12</sup>, il che nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione presenta un'indubbia utilità quantomeno con riferimento alla fase esecutiva del contratto di appalto (sebbene sia immaginabile solo una conservazione della relazione per così dire attenuata, atteso il principio di rotazione degli appalti pubblici).

### **3. Una possibile applicazione della mediazione e della negoziazione assistita nel sistema dei contratti pubblici**

Pare interessante tentare un'analisi, sebbene senza pretese di esaustività, sui possibili profili applicativi degli istituti della mediazione e della negoziazione assistita agli appalti pubblici, tenuto conto dell'accoglimento da parte del nuovo Codice degli appalti di metodi di risoluzione delle controversie alternativi in attuazione delle sollecitazioni provenienti dal PNRR<sup>13</sup>.

La mediazione introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2010, come noto, consta di un procedimento gestito da organismi accreditati presso il Ministero della giustizia, che vede la centralità del mediatore, soggetto terzo ed imparziale (in quanto rispettivamente estraneo alle parti e alla vicenda sostanziale), cui è affidata proprio dalle parti litiganti la funzione di facilitare la comunicazione tra di esse al fine di avvicinare le loro posizioni e farle confluire in un accordo risolutivo della controversia cui è assegnata efficacia di titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il legislatore nelle materie di cui all'art. 5 del d.lgs. da ultimo citato ha previsto l'esperimento del tentativo di mediazione come obbligatorio, mentre nelle restanti materie la mediazione è facoltativa; le parti in apposite clausole (di mediazione) possono, anche per le materie facoltative, prevedere l'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento *de quo*; il giudice, infine, può demandare le parti in mediazione, non solo nei casi in cui è obbligatoria, ma altresì durante il giudizio tenuto conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione, del comportamento delle parti e ogni altra circostanza. Nei casi di obbligatorietà, se chi agisce il giudizio non dimostra di aver depositato presso l'organismo competente la relativa domanda, si espone al rischio dell'eccezione o del rilievo d'ufficio del mancato esperimento della procedura e della concessione del termine di quindici giorni entro cui ottemperare al deposito pena l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Il legislatore ha stabilito una serie di meccanismi di incentivazione dell'esperimento in concreto della mediazione, prevedendo sia per l'ipotesi di obbligatorietà sia per quella di

---

<sup>12</sup> Sia consentito il richiamo alle riflessioni svolte da G. VERTUCCI, *La mediazione civile e commerciale: la nozione*, in GORGA M.-VERTUCCI G., *A.D.R. nella legislazione internazionale ed europea*, Roma, 2012, 53 e ss..

<sup>13</sup> Cfr. PNRR che, invero, avuto riguardo unicamente alle potenzialità deflattive degli ADR, osserva come «uno degli strumenti essenziali per garantire una maggiore efficienza della giustizia civile è legato alla definizione di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie» e, pertanto, che «occorre incrementarne l'utilizzo e in particolare garantire un maggior ricorso all'arbitrato, alla negoziazione assistita e alla mediazione. Tali strumenti consentono l'esercizio di una giustizia preventiva e consensuale, necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari».

facoltatività la generale possibilità per il giudice di desumere, dalla mancata partecipazione al procedimento senza giustificato motivo, argomenti di prova *ex art.* 116, co. 2, c.p.c. nel successivo giudizio; nel solo caso di mediazione obbligatoria, inoltre, rispetto a quanto appena detto, a fronte della mancata partecipazione il giudice potrà irrogare la sanzione di importo pari al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio cui potrà cumularsi, nell'ipotesi di successiva soccombenza, l'ulteriore condanna al pagamento in favore della parte vittoriosa richiedente di una somma equitativamente determinata dal giudice (in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione), cui potrà ancora seguire l'eventuale applicazione, ricorrendo i presupposti della lite temeraria, dell'art. 96 c.p.c.<sup>14</sup>

Tale procedimento può snodarsi in varie sessioni, anche separate, e può coinvolgere terzi esperti laddove il tecnicismo della materia lo richieda e sempre su base consensuale.

Negli ultimi anni è cresciuta la sensibilità per l'istituto della c.d. mediazione amministrativa, rispetto al quale le criticità affacciate hanno riguardato la possibilità del suo impiego da parte del sistema amministrativo, sia in quanto l'istituto pretende la disponibilità del diritto ai fini della sua negoziabilità, sia tenuto conto della presenza del principio di autorità che caratterizza i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

Si è già detto nelle pagine precedenti che tali remore paiono destinate a essere superate, considerata l'evoluzione normativa che restituisce una sempre più spiccata sensibilità per la trasposizione della volontarietà in funzione di strumento alternativo al giudizio o attuativo dello specifico interesse pubblico, soprattutto in conseguenza della valorizzazione dei principi del risultato, del principio di fiducia e dell'autonomia negoziale, tutti accolti dal d.lgs. n. 36 del 2023.

Invero, stando al principio del risultato, l'interesse pubblico cui deve tendere l'azione amministrativa è quello concreto, il migliore ottenibile, e non necessariamente quello astratto; non esiste, quindi, un interesse pubblico astratto da perseguire a ogni costo, bensì l'interesse pubblico specifico, ossia quello che emerge in sede istruttoria grazie anche al confronto e all'impiego corretto della discrezionalità amministrativa, quest'ultima, non a caso, ampliata dal nuovo Codice degli appalti. Il principio di fiducia, inteso nel senso dell'affidamento sia dell'agire pubblico sia dell'agire del privato, sottende la buona fede che deve animare ogni negoziazione. E, da tale punto di osservazione, il principio di autonomia negoziale è perfettamente coerente con la possibilità che stiamo indagando, dal momento che mediazione e negoziazione assistita sono attività che tendono alla conclusione di un negozio giuridico – accordo di conciliazione o accordo di negoziazione – che rappresenta l'esplicazione della libertà contrattuale anche della pubblica amministrazione.

A tale ultimo riguardo, è appena il caso di osservare che già all'epoca in cui imperava una letteratura contraria alla possibilità che la pubblica amministrazione potesse concludere accordi transattivi per la ragione che la reciproca concessione si sarebbe risolta inevitabilmente in un danno per il bene pubblico e in un vantaggio per il privato<sup>15</sup>, altra

<sup>14</sup> Si tratta del sistema di sanzioni processuali cristallizzatosi, con riferimento al procedimento di mediazione, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia).

<sup>15</sup> Ci si riferisce, in particolare, a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, 1565; A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46, per il quale se la pubblica amministrazione dovesse considerare il proprio provvedimento come legittimo, difetterebbe la *res dubia*; mentre laddove, al contrario, lo ritenesse illegittimo, nell'addivenire alla transazione vi sarebbe una violazione della buona fede in danno del privato.

parte della dottrina ammetteva decisamente l'impiego di strumenti contrattuali tesi alla risoluzione dei conflitti<sup>16</sup>.

In particolare le prime riflessioni in materia hanno evidenziato come, sebbene l'attività della pubblica amministrazione sia caratterizzata dall'applicazione di norme inderogabili, tale caratteristica non determini anche l'impossibilità di transare dal momento che ogni attività amministrativa è rivolta alla soddisfazione concreta di un interesse pubblico, dacché la transazione deve ammettersi anche sui rapporti di natura pubblicistica se dalla composizione della lite non derivi un danno per la collettività<sup>17</sup>.

Di conseguenza, da tempo si afferma che non sussistono motivi aprioristici ostativi all'attuazione di negozi transattivi con oggetto pubblicistico, giacché può essere invece conveniente per la pubblica amministrazione definire consensualmente una lite già sorta o prevenirne future<sup>18</sup>.

In tale solco si collocano quanti rilevano che la mediazione può valorizzare e migliorare la qualità dell'azione amministrativa, aumentando i livelli di democraticità dei procedimenti e rafforzando la tutela del cittadino e degli interessi pubblici. In particolare, si osserva che anche la mediazione può agevolare una efficace funzione transattiva con l'ulteriore vantaggio che l'accordo di mediazione si pone come soluzione avallata dal mediatore, anziché esclusivamente frutto delle trattative isolate tra la pubblica amministrazione e il privato, esposte a vari rischi, primo fra tutti quello di corruzione<sup>19</sup>. Nondimeno attraverso la partecipazione al procedimento di mediazione ne uscirebbe rafforzato anche il procedimento amministrativo in sé, in quanto la sinergia tra i due procedimenti può produrre effetti positivi in termini di maggiore collaborazione al fine di far emergere l'interesse pubblico concreto e in termini di difesa dal momento che l'attività del mediatore potrebbe far emergere profili di irragionevolezza o di non proporzionalità del potere, a tutto vantaggio del concreto perseguimento dell'interesse della collettività<sup>20</sup>.

Anche la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare, in un caso di mediazione demandata (e le stesse considerazioni possono estendersi alla mediazione obbligatoria), che l'obbligatorietà della mediazione non giustifica una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di mancata partecipazione al procedimento di mediazione, né giustifica la rinuncia a un tentativo serio e fattivo di accordo, neppure nel caso in cui tale condotta ostruzionistica muova dal timore di incorrere nel danno erariale a seguito della conciliazione, avendo la pubblica amministrazione in detta materia gli stessi oneri e obblighi di qualsiasi altro soggetto<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> In ordine alla transazione con parte pubblica v. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 ss. e 205 ss. Circa l'ammissibilità della transazione con oggetto pubblicistico, cfr. anche M. LA TORRE, *Nozioni di diritto amministrativo*, Roma, 1949, V, 249 e ss.; E. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, II, 509; S. PIZZUTI, *Le transazioni nella pubblica amministrazione*, in *Nuova rass.*, 2008, 840.

<sup>17</sup> E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, cit., 118 e ss.

<sup>18</sup> E. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, cit., 512.

<sup>19</sup> B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 268.

<sup>20</sup> F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 979 e ss.

<sup>21</sup> Trib. Roma, Sez. XIII, Ordinanza, 10 marzo 2021, che precisa ulteriormente «Fermo restando che proprio al fine di rendere trasparente l'accordo e le ragioni che lo sorreggono, è opportuno proceduralizzare, a monte, la condotta del funzionario pubblico che amministra danaro della collettività e negozia. Il che sta a significare che il soggetto che va in mediazione in rappresentanza della P.A. deve concordare con chi ha il potere dispositivo del diritto oggetto di causa, e previa la debita istruttoria, perimetri oggettivi all'interno dei quali poter condurre le trattative. Con conseguente esclusione della responsabilità, salvo colpa grave o dolo.».

Di contro, la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione può esporre l'ente alle conseguenze della responsabilità erariale soprattutto nel caso di mediazione demandata di cui al c. 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010<sup>22</sup>, e le stesse considerazioni possono estendersi alle ipotesi di mediazione obbligatoria.

Tali approdi giurisprudenziali pare siano stati recepiti dall'art. 12-*bis*, comma 4, del d.lgs. n. 28 del 2010, introdotto a seguito del d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia), che ha espressamente previsto come il giudice – che abbia condannato la pubblica amministrazione (enti di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001) per non aver partecipato alla mediazione senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma pari al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio – deve trasmettere copia del provvedimento adottato al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti; e ciò, evidentemente, per le conseguenti valutazioni in ordine alla responsabilità erariale del funzionario.

Il limite della transazione che vede come parte la pubblica amministrazione è in verità quello che si applica in caso di partecipazione di sole parti private, ovvero sia la disponibilità del diritto in contesa ex art. 1966 c.c., con la conseguenza che è nulla la transazione relativa a diritti indisponibili nel novero dei quali rientra il potere punitivo della pubblica amministrazione<sup>23</sup>.

Sebbene a modesto parere di chi scrive transazione e mediazione siano istituti con significative differenze ontologiche<sup>24</sup>, l'apertura degli studiosi alla possibilità che anche la pubblica amministrazione concluda contratti di transazione, ferma la disponibilità del diritto, ha reso possibile l'ulteriore evoluzione permissiva nei confronti del procedimento di mediazione.

Sono conosciute le istanze europee che hanno portato all'adozione della mediazione da parte degli Stati membri; come noto, il d.lgs. n. 28 del 2010 ha attuato la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla mediazione in materia civile e commerciale, introducendo nel nostro ordinamento la mediazione e la legge delega n. 11 del 2016, che ha condotto al previgente Codice degli appalti, prevedeva all'art. 1 lett. aaa) la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto pubblico, dove il termine «anche» sembrava aprire alla fase dell'evidenza pubblica, dal momento che, come noto, la fase dell'esecuzione è tradizionalmente ad appannaggio delle norme del diritto privato cui la disciplina della mediazione afferisce (e, pertanto, l'operatività della mediazione doveva potersi immaginare estesa anche alla fase precedente all'esecuzione del contratto pubblico,

<sup>22</sup> Trib. Roma, Sez. XIII, Ordinanza, 10 marzo 2021, cit., che osserva «*Peraltro, va considerato che una conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso, come in questo caso anche corredato da indicazioni motivazionali, in nessun caso potrebbe esporre il funzionario a responsabilità erariale, caso mai potendo essa derivare dalle conseguenze sanzionatorie (art. 96 III° cpc) che possono conseguire ad una condotta deresponsabilizzata ignava ed agnostica della P.A.*».

<sup>23</sup> Cfr. Cons. Stato, 10 dicembre 1998, n. 1747, in *Studium iuris*, 1999, 338.

<sup>24</sup> Sia consentito rinviare a G. VERTUCCI, *L'accordo di conciliazione*, in VERTUCCI G.-PERATONER R.-GILARDI E., *Formulario commentato degli atti di mediazione. Applicazioni italiane e straniere*, Montecatini Terme, 2013, 112 e ss., e in particolare alle riflessioni svolte in ordine – oltre alla finalità precipua della risoluzione alternativa della lite, che accomuna transazione e mediazione – alle rilevanti differenze relative all'ulteriore finalità tipica solo dell'accordo di mediazione consistente nella possibilità di ottenere un nuovo assetto di interessi potenzialmente ristrutturante il rapporto entrato in crisi grazie all'opera di facilitazione della comunicazione svolta dal mediatore tutta tesa a far emergere i reali interessi (anche solo relazionali) delle parti, nonché alla differente efficacia dell'accordo di mediazione quale titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

in quanto, diversamente opinando, si sarebbe svuotato di contenuto il principio e criterio direttivo *de quo*).

Tra le finalità che hanno ispirato la disciplina uniforme della mediazione in ambito europeo vi è stata l'esigenza di assicurare maggiore celerità nella definizione delle controversie (v. il considerando n. 6 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla mediazione in materia civile e commerciale). Non si rinvenivano disposizioni che escludono la pubblica amministrazione dall'ambito di applicazione della disciplina della mediazione. Di ciò se ne è avveduto proprio il Dipartimento della funzione pubblica che, con circolare n. 9/2012, ha mostrato sensibilità al tema con l'adozione di un corpo di linee guida per l'omogenea attuazione del d.lgs. n. 28/2010 anche alle pubbliche amministrazioni, consigliando di procedere alla valutazione in concreto sulla convenienza a partecipare al procedimento di mediazione comunicando, ove non intenda intervenire, la propria scelta all'organismo di mediazione. Il Dipartimento della funzione pubblica, poi, ritiene che nell'ambito del procedimento di mediazione la pubblica amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia e, considerando il particolare rilievo della stessa, la materia che ne costituisce l'oggetto e gli effetti, in termini finanziari, che ne potrebbero conseguire, anche in riferimento alle controversie ulteriori che potrebbero derivare.

L'istituto della negoziazione assistita, introdotto dal d.l. n. 132 del 2014, convertito nella l. n. 162 del 2014, consiste in un contratto, denominato convenzione di negoziazione, mediante il quale le parti convengono di instaurare un procedimento – ovvero una serie concatenata di atti stragiudiziali – nell'ambito del quale si impegnano a cooperare in buona fede e con lealtà per tentare di risolvere in via amichevole una controversia, con la continua assistenza degli avvocati; laddove il sintagma «*in via amichevole*» rimanda a un contesto di confronto informale e collaborativo in cui deve avvenire la negoziazione, alternativo appunto a quello antagonista e formale che caratterizza il contesto giudiziario<sup>25</sup>.

Tale procedimento riguarda tutte le controversie relative a diritti disponibili ed è previsto come facoltativo per la maggior parte delle materie (e con possibilità di attivazione anche durante il processo), essendo obbligatorio solo con riguardo alla responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, e per valore per tutte le controversie sino a cinquantamila euro. Nelle materie in cui è obbligatorio il tentativo di mediazione, il procedimento di negoziazione assistita è facoltativo anche ove ricorra il requisito del valore.

Il procedimento si innesca con un invito, rivolto alla parte sostanziale, a stipulare la convenzione che assegna il termine di trenta giorni per l'eventuale adesione; la mancata adesione o il rifiuto di aderire comportano, nei casi di negoziazione assistita obbligatoria, una serie di importanti conseguenze processuali, quali la possibilità che il giudice del successivo processo valuti tale contegno ostativo ai fini della condanna alle spese, della eventuale responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. nonché della concessione della provvisoria esecuzione ex art. 642 c.p.c.. Nelle ipotesi in cui il procedimento è obbligatorio e il giudice rilevi non oltre la prima udienza che l'invito non sia stato rivolto, provvede a demandare il procedimento, e se l'invito non viene formulato dichiara improcedibile la domanda giudiziale; a differenza della disciplina della mediazione, il giudice non ha il potere di disporre in altri momenti del processo la negoziazione assistita, al di fuori

---

<sup>25</sup> G. DOSI., *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino 2016, 19.

dell'ipotesi indicata.

Le stesse ragioni che consentono di ritenere possibile, nei limiti della disponibilità dei diritti, la transazione e la mediazione in ambito amministrativo dovrebbero poter consentire l'applicazione del procedimento di negoziazione assistita che indubbiamente presenta, rispetto alla mediazione, l'ulteriore vantaggio di non estendere la conoscenza dei fatti della controversia al mediatore (sebbene entrambe le procedure ADR siano caratterizzate dalla riservatezza), mantenendo ancora più domestica la gestione della lite.

Mediazione e negoziazione assistita (pur partecipando della stessa natura di strumenti ADR e quindi di procedimenti volti alla ricerca di un accordo che, a differenza del giudizio, non assegna torti e ragioni, ma compone gli opposti interessi con un negozio di diritto privato) sono procedimenti condotti da soggetti differenti che coadiuvano le parti: la mediazione vede come protagonista il mediatore, la negoziazione assistita gli avvocati<sup>26</sup>.

Fuori dalle logiche della mediazione, il presente procedimento ADR privo del terzo che governa la comunicazione (e l'emersione degli interessi delle parti) e privo della necessità di esportare la controversia in una sede differente da quella pubblica (trasferimento, questo, che potrebbe irrigidire la pubblica amministrazione per una certa tendenza, ancora presente, a interpretare il principio di autorità in senso strettamente formalistico), potrebbe per certi versi presentarsi ancor più adeguato per la pubblica amministrazione, la quale si gioverebbe dell'assistenza dell'avvocato di fiducia ovvero interno, già operante nell'ambito dei suoi apparati, oppure ancora dell'Avvocatura dello Stato (nel caso di patrocinio obbligatorio o autorizzato di questa).

Trasponendo le logiche della lite con parte pubblica nel procedimento di negoziazione assistita, alcun problema presenterebbe il preteso obbligo reciproco delle parti di cooperare con buona fede e lealtà, dal momento che buona fede e affidamento sono stati elevati dal d.lgs. n. 36 del 2023 a «principi-regole» cui la pubblica amministrazione deve certamente informare l'*agere*.

Nel caso in cui si immaginasse una negoziazione assistita obbligatoria (in ipotesi di interessi legittimi pretensivi o oppositivi), il termine per eccepire il mancato esperimento del tentativo, ovvero di mancato inoltro dell'invito a concludere la convenzione, potrebbe fissarsi nella prima difesa utile, ovvero in quello della memoria da depositare in vista dell'udienza cautelare e, qualora manchi l'istanza cautelare, l'eccezione dovrebbe potersi sollevare entro il termine di costituzione in causa a disposizione delle parti intime.

Anche l'effetto della interruzione della decadenza sarebbe compatibile col termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti avanti al Tar, con suo decorso ex novo nel caso in cui l'invito non sia seguito da adesione nel termine, oppure venga opposto un espresso rifiuto; nel caso di procedimento iniziato e mancato accordo entro il termine della convenzione oppure di verbale di mancato accordo, il termine decadenziale dovrebbe decorrere dal perfezionamento del verbale di mancato accordo, per cui pare di poter affermare che la mancata previsione di tali due istituti non comporti la loro esclusione dal novero dei rimedi ADR cui la pubblica amministrazione può far ricorso o a cui deve aderire laddove chiamata dalla parte privata.

---

<sup>26</sup> La differenza strutturale tra i due procedimenti e il differente ruolo dei soggetti che assistono le parti è ben tratteggiata da Corte cost., Sentenza, 18 aprile 2019, n. 97.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici non innova in materia di sistemi ADR, recependo la previgente disciplina codicistica, potenziando, come detto, i principi che sono sottesi alla loro applicabilità quantomeno in materia di contrattualistica pubblica.

#### 4. Riflessioni conclusive

Gli istituti deflattivi della mediazione e della negoziazione assistita, per loro natura caratterizzati da un contesto informale, idoneo a incentivare la comunicazione tra le parti fuori dalla logica avversariale insita nel modello processuale, sia civile sia amministrativo, governato da norme non solo sostanziali ma anche processuali – la cui rigida applicazione rischia di allontanare la verità processuale da quella storica – rappresentano, insieme agli istituti ADR già accolti dal nuovo Codice degli appalti pubblici, concreti rimedi che la pubblica amministrazione dovrebbe, con sempre maggior senso di responsabilità, percorrere per l’attuazione dell’interesse pubblico specifico.

L’esperienza applicativa maturata dal sistema civilistico offre già un rilevante responso in ordine al raggiungimento dell’obiettivo di deflazione del carico giudiziario; fatto, questo, che dovrebbe lasciare ben sperare anche per il sistema amministrativo, e in particolare sia per la fase esecutiva dell’appalto pubblico, sia per quella dell’evidenza pubblica, nonché per la gestione di procedimenti amministrativi che molte volte costituiscono il preludio del processo amministrativo.

Nella prospettiva inaugurata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che apre alla massimizzazione del principio del risultato, tanto da aver accolto il rimedio manutentivo a presidio della conservazione del sinallagma e a protezione dalle sopravvenienze, la mediazione e la negoziazione assistita potrebbero risultare strumenti utili nella gestione della crisi, anche relazionale, derivante da squilibri causali del contratto. I super principi della buona fede e della conservazione del contratto, letti sotto la luce del principio del risultato, e il combinato disposto degli artt. 9 e 120 del d.lgs. n. 36 del 2023 hanno consegnato alle parti del contratto pubblico il diritto alla rinegoziazione e quindi l’obbligazione di concludere il contratto rinegoziato: in tale contesto gli strumenti ADR presentano la loro massima utilità, in quanto l’attività di rinegoziazione non sarà esente – e anzi sarà lo spazio naturale – di contese e confronti accesi per la rimodulazione dell’assetto originariamente diviso dalle parti, pubblica e privata, che si troveranno a dover cooperare nuovamente per il raggiungimento dell’interesse pubblico specifico.

*De iure condendo* il successo di tali strumenti ADR, già ampiamente collaudati nel sistema civilistico, dipenderà in special modo nel settore della contrattualistica pubblica dalla previsione della loro obbligatorietà, che andrebbe assicurata da tutto l’armamentario sanzionatorio già noto all’esperienza del citato sistema (dalle sanzioni processuali *sub specie* di condizione di procedibilità della domanda giudiziaria e non di inammissibilità, atteso che l’accesso alla giustizia soprattutto in ambito amministrativo non può essere impedito bensì rimandato, alla previsione di maggiori oneri per la mancata partecipazione al procedimento, alla possibilità di inferire argomenti di prova da determinati comportamenti delle parti), con l’ulteriore previsione della possibilità di valutazione in termini di responsabilità erariale del comportamento ostruzionistico del funzionario rispetto alla partecipazione al procedimento o, con specifico riguardo alla mediazione, all’eventuale proposta conciliativa formulata dal mediatore.

Nondimeno, sempre sul modello degli strumenti ADR in parola, sarebbe auspicabile prevedere la mediazione e la negoziazione in forma demandata dal giudice ordinario o amministrativo; in quest'ultimo caso laddove si ammetta la mediabilità degli interessi legittimi.

Parimenti *de iure condendo* e limitatamente alla mediazione amministrativa, è auspicabile che, coerentemente col criterio della competenza (già proprio del d.lgs. n. 28/2010), il legislatore preveda la professionalizzazione del mediatore, il quale non dovrebbe poter esser designato a prescindere da una specifica competenza avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e da una particolare formazione in materia di mediazione che involge sia competenze tecnico-giuridiche, sia saperi comunicativi e di gestione del conflitto.