



13 GENNAIO 2021

L'introduzione della mediazione
obbligatoria nel giudizio
amministrativo e l'analisi economica
del diritto

di Luigi Viola

Consigliere T.A.R. Toscana e Professore a contratto di Diritto sportivo
Università degli Studi di Udine

L'introduzione della mediazione obbligatoria nel giudizio amministrativo e l'analisi economica del diritto*

di Luigi Viola

Consigliere T.A.R. Toscana e Professore a contratto di Diritto sportivo
Università degli Studi di Udine

Abstract [It]: L'articolo analizza, utilizzando gli strumenti dell'analisi economica del diritto, le diverse problematiche che potrebbero originare dall'introduzione nel processo amministrativo di un sistema di mediazione obbligatoria e dal conseguenziale aumento dei costi di giudizio che ne deriverebbe.

Abstract [En]: The article analyzes, using the tools of the economic analysis of law, the various problems that could arise from the introduction in the administrative process of a compulsory mediation system and the consequent increase in the legal costs that would arise.

Sommario: **1.** Verso l'introduzione della mediazione obbligatoria anche nel processo amministrativo? **2.** La giurisdizione condizionata e l'analisi economica del diritto: un primo approccio. **3.** Approfondiamo il modello: l'apparente paradosso dei procedimenti conciliativi che non funzionano. **4.** Approfondiamo ancora il modello: il paradosso dei cittadini che non approfittano dei meccanismi di mediazione.

1. Verso l'introduzione della mediazione obbligatoria anche nel processo amministrativo?

Il recente *webinar*, organizzato dall'Ufficio Studi del Consiglio di Stato e dall'associazione *Lettera 150*¹ e svoltosi il 1° dicembre 2020, ha riportato l'attenzione sulle diverse problematiche originate dalla (possibile) trasposizione in sede giurisdizionale amministrativa di un qualche procedimento di mediazione (ancora da articolare nelle sue linee essenziali) finalizzato a deflazionare il contenzioso e a permettere una definizione più celere (e possibilmente più soddisfacente per gli interessati) delle controversie che oggi appaiono destinate, in mancanza di altre possibilità, ad essere definite in sede contenziosa.

Ed in verità, ci sarebbe molto da dire su un tema che non risulta molto approfondito dalla dottrina amministrativa², ma che tuttavia continua spesso a ritornare all'attenzione come una possibile soluzione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per il programma del convegno si rinvia al seguente link: <https://www.lettera150.it/2020/11/17/webinar-la-mediazione-amministrativa-introduzione-del-modello-e-possibile-impatto-in-termini-di-efficienza-della-giurisdizione-amministrativa/>; al momento, non risulta a chi scrive che siano state pubblicate le relazioni al *webinar*.

² Tra i non molti contributi in materia, si vedano: C. Volpe, *Mediazione e giudizio amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; V. Caputi Jambrenghi, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in www.Giust.Amm.it, 2017, 11; F. Martines, *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017; in realtà, si tratta però di scritti che affrontano un ventaglio di argomenti notevolmente più ampio

all'intasamento del contenzioso giurisdizionale amministrativo ed al conseguente allungamento dei tempi di giustizia (oggi, in verità, assai meno preoccupanti di una volta ed in via di decisivo miglioramento).

In queste (poche) pagine, l'attenzione viene ad essere ristretta ad un tentativo di analisi, sotto il particolare angolo visuale dell'analisi economica del diritto³ (che, come si vedrà, permette di evidenziare aspetti della concreta operatività delle norme che spesso sfuggono e non possono essere percepiti, da chi utilizzi gli ordinari strumenti dell'analisi giuridica "pura"⁴), delle conseguenze che potrebbero derivare dall'introduzione, anche in ambito amministrativo, di un sistema di mediazione preventivo alla proposizione dell'azione giurisdizionale e, soprattutto, improntato a criteri di obbligatorietà come avvenuto per una parte del contenzioso civile, per effetto del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28⁵.

Vale a dire un sistema che, al di là della moderna rivisitazione in termini di mediazione, può essere riportato, per alcuni aspetti strutturali, alla categoria della cd. "giurisdizione condizionata"⁶ che risulta di più antica origine e viene a ricomprendere tutta una serie di ricorsi o attività preliminari alla proposizione dell'azione giurisdizionale che non hanno certo dato buona prova in passato (anche per le ragioni di analisi economica del diritto che saranno successivamente evidenziate); proprio per questo, la prima parte dell'analisi (sostanzialmente i §§ 2 e 3) non potrà che richiamare quanto precedentemente rilevato⁷ con riferimento ad altre ipotesi di giurisdizione condizionata caratterizzate da analogo bilanciamento di interessi e da altrettanto analoghi effetti nella prospettiva di un più efficace accesso alla giustizia.

ed eterogeneo (comprendente la mediazione, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; ecc.) piuttosto che le sole problematiche della mediazione.

³ L'analisi rimane strutturalmente limitata, per evidenti ragioni di spazio, alle conseguenze che derivano, sotto la particolare visuale dei costi di giudizio, dall'introduzione di sistemi prevedenti il previo esperimento di un tentativo di mediazione obbligatorio; rimane pertanto estraneo alla presente indagine, l'altro grande tema costituito dalla possibilità di coniugare le stesse categorie dell'economia soggettivistica con la stessa "filosofia di base" della mediazione (al proposito, si rinvia a C. Lottieri, *Mediazione giuridica ed economia soggettivistica*, in *Mat. storia cultura giuridica*, 2009, 2545 e ss.).

⁴ Si tratta di quella caratteristica dell'analisi economica del diritto assai plasticamente definita da G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 46 e ss. che richiamano il carattere di "ospite inattesa" che analisi economica spesso assume nel dibattito più prettamente giuridico e l'ulteriore passaggio per cui "l'ospite inattesa...risulta (anche) un'ospite indesiderata, sia quando, sul piano descrittivo, offre nuove chiavi di lettura del sistema giuridico, sia quando, sul piano prescrittivo, suggerisce interventi di riforma istituzionale".

⁵ Improntato ad una diversa strutturazione e ad un diverso bilanciamento di interessi risulta, infatti, il reclamo con proposta di mediazione introdotto nel processo tributario dall'art. 17-bis del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (inserito dall'art. 39, 9° comma del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111 e successivamente più volte modificato).

⁶ Categoria che raggruppa tutte le ipotesi in cui "l'accesso al giudice è subordinato al previo esperimento di un'attività amministrativa, di un tentativo di conciliazione o comunque di un adempimento volto a rendere praticabile una modalità alternativa di composizione dei conflitti, anche allorché l'adempimento si concreti in un temporaneo ostacolo alla normale esperibilità della tutela giurisdizionale": B. Capponi, *Commento all'art. 24 Cost.*, in C. Consolo (a cura di) *Codice di procedura civile commentato*, Milano IPSOA, III ed. 2007 (voce aggiornata da A. Storto), 8.

⁷ L. Viola, *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della p.a: le incertezze della Corte costituzionale*, in *Giust. amm.*, 2008, 219 e ss.; Id., *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti dei gestori di servizi pubblici*, in *Resp. Civ.*, 2009, n. 4, 293 e ss.

2. La giurisdizione condizionata e l'analisi economica del diritto: un primo approccio

In una prospettiva di analisi economica dell'accesso alla giustizia, è assolutamente indubbio come il dato da cui partire sia costituito dal complessivo aumento dei costi processuali⁸ che deriva dalla previsione di sistemi di giurisdizione condizionata, come un (qualche) sistema di mediazione obbligatoria da introdursi nel giudizio amministrativo; aumento dei costi che deve essere valutato, non solo nella prospettiva più ristretta che guarda all'immediato aumento dei costi di accesso alla giustizia (derivante dalla necessità di avvalersi di un legale già nella fase della mediazione⁹ o dai cd. costi "vivi" della fase di mediazione), ma anche nella visione più ampia e "indiretta" che considera anche l'aumento dei tempi di accesso alla giustizia derivante dalla necessità di esperire il reclamo (con conseguenziale soddisfacimento delle ragioni del richiedente dopo un periodo di tempo maggiore rispetto a fattispecie risarcitorie non condizionate all'esperimento del rimedio amministrativo) o, ad es., il tempo (anche lavorativo) perso nella gestione della fase di mediazione obbligatoria.

In altra sede¹⁰, è già stata fornita una ricostruzione degli effetti dell'aumento dei costi di proposizione dell'azione risarcitoria con riferimento alla problematica (ormai decisamente "sdrammatizzata" dal nuovo codice del processo amministrativo) della pregiudizialità tra annullamento dell'atto e azione risarcitoria nei confronti della p.a.; trattandosi di analisi caratterizzata da caratteri ricostruttivi fondamentalmente comuni, è pertanto sufficiente richiamare quanto già rilevato in ordine al particolare effetto disincentivante della proposizione delle azioni giurisdizionali che deriva dalla previsione di costi processuali più alti di quelli previsti per l'ipotesi più semplice e diretta (quella che prevede l'accesso diretto alla tutela giurisdizionale, senza filtri preventivi, come reclami, tentativi di conciliazione, mediazioni obbligatorie, ecc.).

⁸ Per un'analisi del ruolo che gli alti costi di proposizione dell'azione assumono nel processo amministrativo, si rinvia a L. Viola, *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giurisd. amm.*, 2006, II, 331; F. Saitta, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, in A.I.P.D.A. (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 285 e ss.; B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012, 80 e ss.

⁹ Ovviamente, ove l'introduzione della mediazione obbligatoria nel giudizio amministrativo dovesse recepire la struttura fondamentale del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 che, con riferimento alla mediazione obbligatoria in sede civile, considera (all'art. 8, 1° comma) obbligatorio il patrocinio dell'avvocato, in una formulazione che peraltro esclude che l'avvocato difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato abbia diritto a compenso per l'attività di mediazione obbligatoria svolta (da ultimo, Cass. civ., sez. II, 31 agosto 2020, n. 18123, in *CD Foro it.*); in verità, si tratta di un punto problematico (in dottrina, si veda P.F. Cuzzola, *Il patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale*, in *Nuova proc. civ.*, 2013, fasc. 5, 46) che risulta decisamente più risalente e si era già affacciato, con riferimento ad altre ipotesi di giurisdizione condizionata, nel processo del lavoro e che non è stato risolto da Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276 (in *Giust. civ.* 2000, I, 2499 con nota di Briguglio; *Giur. cost.* 2000, 2148; *Corriere giuridico*, 2000, 1237; *Foro it.* 2000, I, 2752; *Informazione previd.*, 2000, 1025; *Mass. giur. lav.*, 2000, 1098 con nota di Tiscini; *Notiziario giur. lav.*, 2000, 520; *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 864).

¹⁰ L. Viola, *Analisi economica del processo amministrativo: prime riflessioni* in *www.GiustAmm.it Rivista di diritto pubblico* 2005, 10 e Id., *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione cit.*, 331.

In termini generali, l'analisi economica del diritto ha individuato, ormai da lungo tempo, il ruolo centrale che assumono, soprattutto nella teoria della responsabilità civile¹¹, i costi di transazione¹² e i costi del processo; ai fini che ci occupano, un ruolo di particolare importanza deve essere attribuito ai cd. costi processuali che possono alterare, in maniera sostanziale, il modello ricostruttivo astratto proposto dall'analisi economica del diritto¹³.

In particolare, un sistema caratterizzato da alti costi processuali assume certamente una chiara funzione disincentivante della proposizione di azioni risarcitorie da parte dei danneggiati: “se le vittime devono sopportare dei costi per asserire il loro diritto al risarcimento, evidentemente avanzeranno un minor numero di pretese¹⁴”.

Parallelamente, sull'altro versante, non sono per nulla irrilevanti gli effetti che alti costi processuali sono destinati a determinare nella sfera dei danneggianti potenziali: “se costoro devono affrontare dei costi per difendersi, evidentemente adotteranno più prevenzioni che se i processi fossero privi di costi. Se il costo della prevenzione aggiuntiva è inferiore al costo atteso di un eventuale processo, possiamo aspettarci che i danneggianti potenziali adottino tale precauzione¹⁵”.

In definitiva, la valutazione degli effetti che l'aumento (o la riduzione) dei costi processuali è destinato a determinare sulla proposizione delle azioni giurisdizionali costituisce sempre la risultante dei due effetti opposti sopra evidenziati: “poiché i costi processuali spingono in direzioni opposte (da un lato prevengono le vittime dal fare azione, ma dall'altro spingono i danneggianti ad adottare più prevenzioni) non si può essere sicuri di cosa accade se abbandoniamo l'assunzione iniziale¹⁶”.

L'unico modello ricostruttivo che permette la coesistenza dei due effetti opposti derivanti dalla presenza di alti costi processuali, è quindi costituito da una ricostruzione differenziata che valuta differentemente

¹¹ L'analisi successivamente riportata è stata originariamente condotta con riferimento soprattutto alle problematiche di responsabilità civile, ma non sussistono ragioni sostanziali (almeno ad avviso di chi scrive) che non ne permettano l'estensione alle problematiche più generali relative alla tutela giurisdizionale.

¹² Definiti da A. Chiancone e P. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto*, III ed., Torino, Giappichelli, 1998, 42 come “tutti quei costi che le parti devono sopportare per poter porre in atto una transazione: essi potranno essere costituiti, per esempio, dai costi sopportati, anche in termini di tempo, per individuare la controparte e da quelli connessi con la ricerca di alleati, dai costi connessi con la definizione legale del rapporto (ad esempio: il tipo di contratto e le sue specifiche caratteristiche), dai costi connessi con l'attività necessaria per seguire gli eventi (ad esempio, il modo in cui è eseguito un contratto), dai costi connessi con l'individuazione della strategia da seguire nei confronti della controparte”.

¹³ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2006, vol. II, *Applicazioni*, 187; per un quadro generale delle diverse tendenze in materia, si veda F. Auletta, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, V, 207, § 3.

¹⁴ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, 187; si pensi, soprattutto, “al caso limite in cui i costi processuali superano il beneficio atteso dal risarcimento. In questo caso le vittime non agiranno, e i danneggianti non riceveranno nessun segnale negativo dal sistema della responsabilità civile, onde adotteranno meno prevenzioni del necessario, potendo non internalizzare parte dei costi delle loro attività”.

¹⁵ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, 187.

¹⁶ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, 187.

gli effetti economici dei costi di giustizia, a seconda dell'entità delle conseguenze economiche negative derivanti dalla proposizione dell'azione giurisdizionale: “è verosimile ritenere che i danneggianti potenziali adottino minori precauzioni quando l'incidente atteso è di scarsa entità (perché rimarrebbe a carico delle vittime), mentre avranno incentivi a adottare un atteggiamento ultra preventivo quando il danno atteso è molto grave¹⁷”.

In definitiva, si tratta di un modello che si risolve in una serie di traslazioni dei costi preventivi (dal danneggiante al danneggiato in ipotesi di danno di modesta entità e dal danneggiato al danneggiante in ipotesi di danni gravi): “in pratica avviene una traslazione dei costi preventivi: in caso di incidenti meno gravi (ma più frequenti) dai danneggianti alle vittime e, in caso di incidenti gravi (ma meno frequenti), dalle vittime ai danneggianti¹⁸”.

Ben si comprende, pertanto, come il sistema più vicino a criteri di efficienza economica, nella materia della responsabilità civile (ma anche nelle altre materie), sia quello che prevede costi di transazione e processuali più bassi: “dunque, se vi sono costi di transazione non è più vero che si hanno soluzioni efficienti quale che sia il modo in cui è strutturata la norma giuridica. È evidente, allora, che in questo caso la norma migliore è quella che rende minimi gli effetti dei costi di transazione¹⁹”.

In linea di principio, l'aumento dei costi processuali derivanti dall'imposizione normativa di forme di mediazione obbligatoria preliminari all'esercizio dell'azione nel processo amministrativo si tradurrebbe quindi in almeno due effetti economici rilevanti che non possono essere sottovalutati e che vengono ad alterare il “bilanciamento di interessi” economici che è alla base dell'ipotesi-base (quella che prevede il diretto accesso alla giustizia, senza “filtri” amministrativi/conciliativi di alcun tipo).

Il primo effetto economico attiene sicuramente al *complessivo scadimento qualitativo* del livello di prestazione del servizio pubblico che deriva dai sistemi che prevedono alti costi di accesso alla giustizia; in una prospettiva di medio-lungo periodo, la presenza di un sostanziale “effetto di scoraggiamento²⁰” della proposizione dell'azione giurisdizionale induce, infatti, i potenziali “soccumbenti” ad adottare meno prevenzioni con riferimento alle fattispecie che potrebbero dare vita con minore probabilità ad azioni

¹⁷ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, 187.

¹⁸ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.* 187.

¹⁹ A. Chiancone e P. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto cit.* 43; si tratta di una vecchia acquisizione dell'analisi economica del diritto: “le regole di responsabilità dovrebbero mirare a minimizzare i costi sociali degli incidenti, cioè la somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi” (G. Calabresi, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, 1970, 26, nella traduzione di R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, vol. I, *Fondamenti*, 202).

²⁰ Per un rassegna delle diverse politiche giudiziarie che possono incrementare “l'effetto di scoraggiamento” della domanda di giustizia, si rinvia a L. Paganetto e G. Tria, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in C. Mirabelli, L. Paganetto e G. Tria, (a cura di) *Economia della giustizia. Domanda, offerta, organizzazione delle cause civili*, Roma, Donzelli, 2005, 28.

giurisdizionali²¹; a livello più generale, quindi, disincentivare le azioni giurisdizionali porta il danneggiante potenziale a ridurre l'attenzione destinata alla prevenzione degli "incidenti"²² (e a destinare meno risorse alla prevenzione) e, quindi determina un complessivo scadimento qualitativo dell'azione della pubblica amministrazione²³ o del gestore del servizio pubblico in un determinato settore.

Il secondo effetto economico, strettamente legato al primo, è costituito dal *carattere selettivo dell'effetto di scoraggiamento e del conseguenziale scadimento qualitativo del servizio* che tendono naturalmente a concentrarsi sulle problematiche di minore rilevanza economica, ove è maggiore l'effetto di "dissuasione" derivante da alti costi di accesso alla giustizia; la quasi totalità dei consumatori e dei "semplici cittadini" può, infatti, essere riportata alla categoria economica dei soggetti "avversi al rischio"²⁴ che rischiano di essere profondamente incisi dall'aumento degli oneri processuali che derivano dalla previsione di meccanismi di reclamo amministrativo/ mediazione amministrativa e che spesso preferiscono, piuttosto che correre una "lotteria giudiziaria" caratterizzata da alti costi e rischi, non proporre l'azione giurisdizionale, tenendo a proprio carico i pregiudizi di minore valore economico cagionati dalla p.a. o dal gestore di servizio pubblico²⁵.

In buona sostanza, l'aumento dei costi processuali, anche attraverso la previsione di meccanismi di reclamo amministrativo o mediazione obbligatoria, finisce con il dare vita ad un processo di sostanziale selezione che può essere così sintetizzato:

- 1) nel *breve periodo*, l'aumento dei costi processuali produce un sostanziale effetto di scoraggiamento caratterizzato da una certa selettività; selettività che trova espressione sotto i due profili (spesso intrecciati) costituiti dall'importo delle *pretese* azionate in giudizio (alti costi processuali

²¹ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.*, vol. II, *Applicazioni*, 187.

²² Come già rilevato, si utilizza una terminologia formata con riferimento alle problematiche di responsabilità civile (che risultano maggiormente "battute" dall'analisi economica del diritto), ma che, ad avviso di chi scrive, può essere agevolmente estesa alle problematiche del processo in generale.

²³ Non a caso, la sociologia del diritto ha individuato una delle cause del progressivo scadimento qualitativo della nostra pubblica amministrazione, anche nel tradizionale atteggiamento di disfavore del nostro ordinamento nei confronti della piena affermazione di sistemi efficienti in materia di responsabilità civile della p.a.: R. Bettini, *Sociologia del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2000, 96.

²⁴ L'avversione al rischio è definita da A.M. Polinsky e D.L. Rubinfeld, *Liti temerarie e responsabilità processuale: un'analisi economica*, in *Resp. civ e prev.*, 1999, 862, nota 35 come l'atteggiamento di "una persona (che) si preoccupa non solo del valore previsto di una situazione a rischio, ma anche della proporzione assoluta del rischio. Per esempio, una persona avversa al rischio, non rimarrebbe indifferente tra il perdere di sicuro \$ 1,000 e il 10 % di possibilità di perderne 10,000, anche se la perdita prevista è di \$ 1,000 nel secondo caso. Sceglirebbe la perdita sicura di \$ 1,000 o di stipulare un'assicurazione per \$ 1,000 che la compenserebbe completamente nel caso che ne perdesse 10,000". Di norma, le organizzazioni commerciali sono, al contrario, considerate all'interno della diversa categoria dei soggetti neutrali al rischio: R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile cit.* vol. I, *Fondamenti*, 72.

²⁵ Per l'approfondimento dei due effetti sopra evidenziati, impossibile in queste pagine, si rinvia a L. Viola, *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione, cit.*, 339 e ss, ove è anche l'analisi delle voci favorevoli e contrarie emerse in dottrina.

sconsigliano la proposizione delle azioni di rilevanza economica minore) e dai *soggetti* che decidono di agire in giudizio (mentre le imprese-neutrali al rischio hanno maggiore propensione a correre la “lotteria giudiziaria”, i cittadini-avversi al rischio hanno maggiori remore ad affidarsi all’incertezza dell’azione giudiziaria);

- 2) nel *medio-lungo periodo*, diminuisce la convenienza per la pubblica amministrazione potenzialmente interessata da azioni giurisdizionali ad adottare *misure di prevenzione* (ovviamente fornite di un costo) nei settori in cui è minore la presenza delle azioni risarcitorie²⁶.

In buona sostanza, quindi, l’analisi fornita in queste pagine permette di fissare un punto fermo; l’analisi economica dell’efficienza dei meccanismi di mediazione non può esaurirsi nell’approfondimento degli effetti “immediati” e immediatamente percepibili dei meccanismi di conciliazione obbligatoria/mediazione (quante liti sono risolte in sede di reclamo, senza arrivare in sede giudiziale? e quali sono i costi per le parti?), ma deve anche considerare gli le “esternalità” meno evidenti (spesso considerabili anche in termini di disfunzionalità) che possono dare vita (o daranno sicuramente vita) ad una “cifra nera” di problematiche non azionate in giudizio (ed ancora prima, in mediazione) per effetto dell’aumento dei costi processuali (anche solo in termini di tempo) che è insito nella previsione di meccanismi obbligatori di risoluzione amministrativa/mediazione della controversia, con efficacia condizionante della proposizione dell’azione giudiziaria.

L’analisi completa della problematica non potrà pertanto prescindere dalla considerazione anche di questa “cifra nera” e degli aspetti di riduzione/ampliamento della stessa che possono derivare dall’introduzione di forme di mediazione obbligatoria e dalle diverse politiche di gestione dei relativi procedimenti.

3. Approfondiamo il modello: l’apparente paradosso dei procedimenti conciliativi che non funzionano

Al lettore attento non sarà certo sfuggito il fatto che l’analisi sia stata finora condotta con riferimento ad una visione pessimistica che affonda forti radici nella precedente esperienza italiana di meccanismi di giurisdizione condizionata; si è, infatti, dato per scontato che i meccanismi di giurisdizione condizionata si riducano ad un puro costo processuale aggiuntivo, senza esplicitare alcun possibile beneficio; in termini analitici, si tratta però indubbiamente di una visuale distorta che deriva dall’esperienza concreta di funzionamento di questi meccanismi (esperienza concreta che è sotto gli occhi di tutti), ma che è

²⁶ In Italia, un grosso elemento di complicazione e incertezza è dato dalla presenza di aree estese di piccola impresa o impresa familiare che presentano più elementi di contiguità con l’avversione al rischio tipica del “semplice cittadino” piuttosto che con la “neutralità” rispetto al rischio della grande impresa: L. Viola, *Introduzione breve all’analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., 343, nota 52.

puttrotto insufficiente ad una piena conoscenza del fenomeno sotto una visuale che voglia qualificarsi, il più possibile, come scientifica.

Cerchiamo pertanto di valutare il fenomeno in un'ottica che sia il più aderente possibile alle ragioni "ideali" che sono alla radice del fenomeno della giurisdizione condizionata/ mediazione, riportabili, come ampiamente noto, alla volontà di prevedere dei meccanismi di risoluzione delle controversie destinati a deflazionare il giudizio e ad eliminare il ricorso alla proposizione dell'azione giurisdizionale in una determinata materia.

In linea di ipotesi, ammettiamo, quindi, che una pubblica amministrazione (o un gestore di servizio pubblico) decida oggi di "valorizzare" appieno le *chances* derivanti dall'introduzione (per il momento, ancora ipotetiche) di una qualche forma di mediazione obbligatoria preliminare all'esercizio dell'azione giurisdizionale, così cercando di "chiudere" in sede di mediazione e prevenire un numero importante di controversie che altrimenti sarebbero destinate ad approdare tutte in sede giudiziaria.

Come ampiamente intuibile, si tratta di una politica che importerebbe certamente dei *costi* (di difesa nel processo di mediazione, ove, come già rilevato, dovesse essere ritenuto necessario il patrocinio dell'avvocato anche per le amministrazioni o, più semplicemente, derivanti dalla necessità di adibire a questi compiti un certo contingente di personale), ma che potrebbe importare indubbiamente dei *benefici*, costituiti dalla riduzione dei costi derivanti dalla necessità di difendersi in sede giudiziaria (anche in questo caso, si tratta di attività che importa dei costi, anche nel caso di uffici legali interni all'ente) e di corrispondere eventualmente alla controparte vittoriosa, in applicazione della cd. *english rule*²⁷ recepita anche dal c.p.a., le spese di giudizio e di difesa anticipate; in linea di prima approssimazione, si tratterebbe quindi di una politica che potrebbe dare vita ad interessanti spazi di recupero di efficienza economica e liberare risorse oggi indirizzate verso la soluzione giudiziaria delle controversie.

Si tenga però presente quanto sopra rilevato in ordine alla "cifra nera" di danni che normalmente è scoraggiata dall'aumento dei costi derivante dalla previsione di un meccanismo di reclamo amministrativo/ mediazione obbligatoria che, il più delle volte, si rivela infruttuoso e si esaurisce, quindi, in un puro costo aggiuntivo incidente sulla tutela giurisdizionale, senza alcun beneficio; nei casi in cui il reclamo tornasse ad essere anche un beneficio, sarebbe abbastanza facile prevedere un forte ritorno dei "semplici cittadini" all'utilizzo del procedimento di mediazione (che renderebbe praticamente inutile il

²⁷ Definita da A.M. Polinsky e D.L. Rubinfeld, *Liti temerarie e responsabilità processuale: un'analisi economica cit.*, 869 come la regola secondo cui "la parte che soccombe nell'azione iniziale deve farsi carico delle spese legali sostenute dall'altra parte", in contrapposizione all'*american rule*, in cui "ciascuna delle parti paga personalmente le proprie spese di difesa" (D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2003, 94). L'*english rule* è spesso definita anche come "regola continentale" o principio del *fee-shifting*: D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile cit.*, 94 e L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, 215.

ricorso alla tutela giurisdizionale e svolgerebbe pienamente la propria ideale funzione deflattiva del ricorso al giudizio, definendo la lite in tempi brevi e, soprattutto, a costi nettamente inferiori a quelli dell'azione giurisdizionale) ed una conseguenziale riduzione della “cifra nera” dei danni non azionati in giudizio; il beneficio derivante dall'attivazione reale del meccanismo di mediazione della controversia sarebbe quindi *controbilanciato*, almeno in parte, dall'attivazione da una maggiore serie di pretese (come già rilevato, presumibilmente di limitato valore economico) oggi destinate ad essere disincentivate dagli alti costi del giudizio amministrativo (soprattutto, nella possibile versione “accresciuta” dai costi di un procedimento di mediazione obbligatoria che si riduce in puro spreco di tempo e denaro).

La reale attivazione di un meccanismo di mediazione obbligatoria delle controversie è quindi scelta che importa flussi più complessi di quanto è possibile prevedere ad un primo e sommario esame; flussi economici positivi (riduzione delle spese derivanti dalla soccombenza in giudizio), controbilanciati da flussi economici negativi (spese per la risoluzione amministrativa delle controversie; maggiori controversie e di minore importo economico oggetto di mediazione).

In maniera sostanzialmente paradossale lo stesso *appeal* del procedimento di mediazione finisce, quindi, con il produrre uno *stock* aggiuntivo di contenziosi di minore importo economico e che non risultano più “disincentivati” dagli alti costi di giudizio, ma che trovano nello stesso funzionamento di un meccanismo celere ed economico di definizione un forte effetto di incentivo.

È quindi di tutta evidenza come l'opzione per una reale attivazione dei meccanismi amministrativi di risoluzione delle controversie o delle procedure di mediazione obbligatoria divenga una strada realmente praticabile per l'amministrazione (o il gestore di pubblici servizi) solo nelle ipotesi in cui i risparmi attesi dalla prevenzione della fase giudiziaria della lite (come già rilevato costituiti dalle spese per la difesa in giudizio e della possibile spesa da rifondere alla controparte, in applicazione dell'*english rule*), siano *maggiori* o, alla peggio, almeno *uguali*²⁸ alle maggiori spese derivanti dalla politica di prevenzione attiva delle liti in sede di mediazione (riportabili alle due grosse “poste” costituite dai maggiori costi per il funzionamento degli uffici di risoluzione amministrativa/mediazione delle controversie e dal maggior numero di pretese portate all'attenzione degli uffici di mediazione); solo in queste due ipotesi è, infatti, possibile, almeno sul piano teorico, attendersi una scelta dell'amministrazione orientata per una politica attiva di prevenzione delle liti giudiziarie in sede di mediazione.

Quanto sopra rilevato permette quindi di ricondurre a sistema e di giustificare un paradosso che balza evidente dall'esame disincantato della problematica; per quale ragione una grande varietà di meccanismi

²⁸ In questo caso, l'opzione tra le due diverse politiche potrebbe essere determinata da ragioni di immagine o di soddisfazione del cittadino/utente del servizio che non sarebbero da sottovalutare soprattutto nella materia che ci occupa.

di risoluzione amministrativa/mediazione delle controversie non sono realmente valorizzati dalle “parti resistenti” e tendono a ridursi, visti dalla parte del “semplice cittadino”, in semplici “impacci” o “perdite di tempo e denaro” nella prospettiva della proposizione dell’unico rimedio veramente decisivo (la proposizione dell’azione giurisdizionale)? Non sarebbe più razionale per la controparte pubblica rendere efficiente il meccanismo ed affrancarsi dagli onerosi costi derivanti dall’opzione (praticamente forzata per il cittadino/utente, ma non per l’amministrazione/gestore del servizio) per la risoluzione della controversia in sede giudiziaria?

La risposta è probabilmente in quanto sopra rilevato; è assai probabile che la scelta delle amministrazioni/gestori del servizio per la pratica inefficienza delle procedure di conciliazione/mediazione obbligatoria spesso riscontrabile nella pratica costituisca espressione di un comportamento *razionale* radicato sulla maggiore convenienza economica della politica fondata sulla pratica riduzione della fase conciliativa obbligatoria ad un puro costo aggiuntivo per l’utente del servizio, rispetto all’ipotesi alternativa tesa ad attribuire un ruolo effettivo alla conciliazione/mediazione.

È quindi possibile che l’intera vicenda non si esaurisca nella generica giustificazione in termini di inefficienza dell’amministrazione/gestore del servizio (che non attribuirebbe la dovuta attenzione alla fase di conciliazione/mediazione, per mancata consapevolezza dei possibili vantaggi del meccanismo), ma costituisca espressione di un razionale calcolo dei costi delle due opzioni e della consapevole opzione per un comportamento inerte ma che permette di “lucrare” appieno i vantaggi dell’aumento dei costi processuali dell’azione giudiziaria.

In buona sostanza emerge, quindi, un quadro ricostruttivo in cui la risoluzione della lite in sede stragiudiziale non dipende per nulla dall’obbligatorietà o meno della previsione di meccanismi amministrativi di reclamo/conciliazione (ricostruzione che appare essere caratterizzata, ad avviso di chi scrive, da un’eccessiva semplificazione), ma è determinata più esattamente dalla convenienza economica dell’opzione per la risoluzione stragiudiziale della vicenda.

Del resto, si tratta di una conclusione che è stata da tempo percepita, anche senza particolare approfondimento degli aspetti economici della questione, dalla parte più attenta della dottrina processualcivilistica/lavoristica, con riferimento alla problematica del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro: “premettiamo subito la nostra opinione: sulla effettività dei risultati sperati è legittimo nutrire sin da ora riserve. Il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione non aggiunge alcuna garanzia al suo buon esito. La conciliazione, quale forma pattizia di soluzione dei conflitti, trova fondamento nella disponibilità delle parti a raggiungere un “accordo” anche senza l’intervento dell’autorità statale e può, quindi, produrre risultati positivi solo se sostenuta da una concreta volontà delle parti stesse in tal senso; l’obbligatorietà del tentativo difficilmente può contribuire a

rafforzare la volontà privata. In contrario, l'obbligatorietà, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rischia di trasformarsi in ulteriore ostacolo alla celere definizione del contenzioso nel caso in cui, fallito il tentativo, si giunga comunque davanti all'autorità giudiziaria²⁹.

Ad avviso di chi scrive, l'analisi economica sommariamente tratteggiata in queste pagine permette di andare ancora più oltre e di articolare in maniera più approfondita (e sostanziale) il giudizio.

Il ricorso ai meccanismi di giurisdizione condizionata, non può essere solamente considerato in termini di "ostacolo alla celere definizione del contenzioso", ma svolge gli effetti di selezione derivanti dall'aumento dei costi processuali sopra analizzato; si tratta, pertanto, di un sostanziale filtro che riduce l'apporto di contenzioso e lo seleziona secondo i meccanismi sopra evidenziati (esplicando maggiore efficacia nei confronti dei soggetti avversi al rischio come i "semplici cittadini"/utenti e con riferimento alle controversie di minore importo).

L'opzione per una politica attiva di risoluzione delle controversie in sede di conciliazione importa pertanto la rinuncia o una forte attenuazione degli effetti di selezione in questione e, quindi, riduce, in sostanza, la convenienza della scelta; in questa prospettiva, la previsione di forme di conciliazione obbligatoria/mediazione della controversia introduce nella fattispecie un nuovo elemento che, lungi dal favorire la transazione, esplica effetti prevalentemente contrari, aumentando la convenienza per la parte resistente (soprattutto se più forte economicamente) di un ricorso a politiche fondate su una gestione inerte e sostanzialmente non collaborativa del procedimento di mediazione.

Forse, l'apparente paradosso dei meccanismi di giurisdizione condizionata può trovare una composizione in quanto sopra rilevato; l'introduzione del meccanismo obbligatorio di risoluzione stragiudiziale della controversia, ispirato da ragioni di deflazione processuale nobili e comprensibili finisce, infatti, per "remare contro" la stessa conciliazione della lite e si impantana in una gestione poco commendevole del procedimento di conciliazione/mediazione che, alla fine, porta a giudizi dottrinali e dell'uomo della strada in termini di inutile impaccio alla tutela.

In questa logica basata sul paradosso (apparente, per quanto sopra rilevato), trova poi giustificazione anche l'altalenante giurisprudenza della Corte costituzionale che, affrontando la problematica sotto una visuale prettamente giuridica e che non attribuisce particolare considerazione alle modalità concrete di

²⁹ R. Tiscini, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 3, 1087;

funzionamento delle previsioni normative³⁰, finisce con l'oscillare³¹ tra interventi tesi a salvare le previsioni di giurisdizione condizionata (magari, a mezzo interventi *ortopedici* tesi a ridurre l'impatto delle previsioni, attraverso una rilettura delle stesse in termini di condizione di procedibilità dell'azione, piuttosto che di ammissibilità) ed interventi più radicali tesi ad eliminare dall'ordinamento previsioni che ormai, nella pratica di tutti i giorni, abbiano ampiamente evidenziato il loro ruolo di semplice impaccio alla proposizione dell'azione giurisdizionale, non controbilanciato da sostanziali vantaggi.

Un quadro quindi decisamente più complicato della “salvifica” invocazione della previsione di meccanismi di conciliazione/ mediazione obbligatoria che è, a volte, emersa in dottrina (e, soprattutto, nella grande stampa o nella pubblicistica economica più “divulgativa”), in funzione deflattiva del contenzioso e della riduzione dei tempi di giudizio; effetti che probabilmente derivano comunque dall'introduzione di forme di mediazione obbligatoria (a causa dell'effetto disincentivante e selettivo sopra richiamato), ma non necessariamente per effetto della risoluzione in via conciliativa di un maggior numero di controversie.

4. Approfondiamo ancora il modello: il paradosso dei cittadini che non approfittano dei meccanismi di mediazione

Sulle orme di alcuni vecchi scritti³², l'analisi degli effetti economici dei cd. sistemi di giurisdizione condizionata/ mediazione obbligatoria è stata finora condotta guardando esclusivamente al lato della pubblica amministrazione/ gestore del servizio destinataria della (possibile) azione giurisdizionale e che appare destinata a compiere le complesse valutazioni sulla convenienza o meno di una risoluzione stragiudiziale della vicenda sulla base della duplice (e contrapposta) serie di effetti economici sopra richiamata.

Il contatto con i colleghi francesi (destinati ad operare in ordinamento che ha già introdotto la *médiation* anche in ambito amministrativo, ormai da qualche anno³³) reso possibile dagli *stages* dell'*European Judicial Training Network-Réseau européen de formation judiciaire (EJTN-REFJ)* che chi scrive ha avuto occasione di

³⁰ Altamente significativa appare la precisazione metodologica di Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276 *cit.*: “se infatti è vero che l'art. 24 della Costituzione garantisce una tutela giurisdizionale "effettiva", al di là della sua proclamazione formale, è altrettanto vero che in tanto l'ineffettività del modo di tutela può risolversi nella violazione della norma costituzionale, in quanto derivi direttamente dalla legge così come formulata e strutturata e non dalle modalità, più o meno efficaci, della sua applicazione. La valutazione degli eventuali limiti della concreta attuazione della legge compete infatti alla pubblica amministrazione, per l'apprestamento degli strumenti più idonei consentiti dalle norme vigenti, mentre spetta al legislatore l'adozione delle eventuali modifiche che l'esperienza rivelasse opportune”.

³¹ Per l'approfondimento della problematica, impossibile in questa sede, ci si permette di rinviare a L. Viola, *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della p.a: le incertezze della Corte costituzionale*, *cit.*; Id., *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti dei gestori di servizi pubblici*, *cit.*, §§ 1 e 4.

³² Si vedano, a questo proposito, gli scritti già citati alla nota precedente.

³³ Al proposito, si rinvia a M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, V ed. 2019, 563 e ss.

svolgere presso vari Uffici giudiziari amministrativi francesi (*Cours administratives d'appel* di Parigi e Marsiglia; *Tribunaux administratifs* di Montpellier, Poitiers e Marsiglia) rende però possibile articolare ulteriori (e sostanzialmente nuove) considerazioni, in una (diversa) prospettiva che parte, al contrario, dall'altro "versante" del procedimento di conciliazione, costituito dai cd. *justiciables*.

In questa prospettiva (necessariamente caratterizzata da un qualche grado di soggettività, trattandosi di rilevazioni che, almeno per quanto è a conoscenza di chi scrive, non risultano finora trasfuse in analisi sociologiche, economiche o giuridiche dei meccanismi di mediazione), i colleghi francesi hanno riscontrato diversi ostacoli alla piena operatività dei meccanismi di mediazione, che vanno dalla difficoltà di selezionare le materie effettivamente suscettibili di accordo conciliativo, alla necessità di considerare anche i profili relativi alla regolarità delle spese derivanti dalla definizione stragiudiziale della lite (da cui, la prassi che ritiene opportuna, se non necessaria, la "doppia" presenza, nella delegazione dell'amministrazione, del titolare della materia oggetto di conciliazione e del titolare del potere di spesa). Dal lato dei *justiciables* è stato però individuato un possibile (e, in alcuni casi, forte) ostacolo alla conciliazione che può essere così sintetizzato: perché dovrei chiudere una vicenda in sede di *médiation* tenendo a mio carico le eventuali spese di mediazione e patrocinio (in questo caso, trova, infatti, sostanziale applicazione una qualche forma di *american rule*, in cui ciascuna delle parti paga personalmente le proprie spese di difesa, oltre alle spese di mediazione, se previste), quando, con poca spesa³⁴ ed in poco tempo³⁵, posso ragionevolmente ottenere soddisfazione in sede giurisdizionale e, per di più, in una sistemica che, in applicazione della cd. *english rule*, mi permette anche di recuperare dalla controparte le spese di giudizio e patrocinio?

Siamo pertanto in presenza di altro apparente paradosso; in sistemi giurisdizionali che funzionano e caratterizzati da bassi costi e da una certa prevedibilità dell'esito della lite³⁶, la stessa celerità del giudizio può "remare contro" e disincentivare l'adesione alle procedure di mediazione e la disponibilità a chiudere

³⁴ Sulla caratteristica storica fondamentale del sistema processuale amministrativo francese, costituita dalla mancanza di tasse di giudizio e dalla possibilità di non utilizzare il patrocinio dell'avvocato con riferimento ad una "fetta" importante del contenzioso, ci si permette di rinviare a L. Viola, *Eremita a Parigi: la giustizia amministrativa francese vista da un magistrato italiano* in *Giurisd., amm.*, 2012, II, 20 e *federalismi.it*, 2011, 26; Id., *Il contenzioso dei contratti pubblici in Italia e in Francia: una (prima) comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, 2, 407; sulla disciplina fiscale, si veda anche F. Volpe, *Una storia francese (ancora sul contributo unificato)*, in *www.lexitalia.it*, 2014, 1.

³⁵ Nel 2019, la durata media del giudizio di primo grado avanti ai *Tribunaux administratifs* francesi è stata di 9 mesi e 10 giorni (*file:///C:/Users/lviola/Downloads/Conseil%20d'Etat_Rapport%20d'activit%C3%A9%202019---.pdf*).

³⁶ Almeno ad avviso di chi scrive, un ruolo fondamentale ai fini della prevedibilità del risultato finale della lite (ed alla fine, dell'operatività del meccanismo sopra richiamato) deve essere riconosciuta anche alle limitazioni alla retroattività delle nuove soluzioni giurisprudenziali affermata dalla giurisprudenza amministrativa francese a partire dalla giurisprudenza *Société Tropic Travaux Signalisation* (C.E., ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, in *Lebon*, 360 ; *AJDA*, 2007, 1577 ; J.C. Bonichot, P. Cassia e B. Poujade (cur.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, VI ed., 2018, § 70, con ampio commento di P. Cassia); per un'ampia ricostruzione dello svolgimento del processo amministrativo francese in proposito, si rinvia a M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 1088 e ss.

in via transattiva la vicenda dei *justiciables* che (ragionevolmente) ritengano di poter chiudere la vicenda in sede giurisdizionale, in poco tempo e con il ristoro dei costi di giudizio garantito dall'*english rule*.

Da cui la possibilità di un secondo tentativo di analisi destinato a muoversi sul filo del paradosso: l'*appeal* del ricorso ai meccanismi di mediazione per le parti private appare decisamente potenziato dai lunghi tempi del giudizio amministrativo ed in questa prospettiva, viene ad assumere un chiaro significato di surroga di un meccanismo giurisdizionale reso inefficiente dalla sua stessa lentezza (ed in questa prospettiva, non è neanche tanto nascosto il legame genetico con le sempre più ricorrenti invocazioni di un massiccio ricorso alla mediazione in vari sistemi processuali) e dalla mancanza di “correttivi” alle modificazioni degli orientamenti giurisprudenziali, come quelli previsti dalla giurisprudenza francese *Société Tropic Travaux Signalisation*; ma, in prospettiva, lo stesso successo del ricorso alla mediazione (indipendentemente dai meccanismi che ne possono assicurare il successo sopra richiamati) ed il conseguente effetto deflattivo del contenzioso possono assumere un ruolo disincentivante del ricorso alla mediazione che finisce con l'aver meno *appeal* di un giudizio amministrativo celere e presidiato dalla garanzia dell'*english rule* (oltre che da meccanismi di regolazione dell'evoluzione della giurisprudenza come quelli previsti dalla sentenza *Société Tropic Travaux Signalisation*).

Anche in questo caso, emerge pertanto una sistemica basata su un sostanziale bilanciamento di effetti opposti ed in cui lo stesso (ipotetico) successo dei meccanismi di mediazione potrebbe assumere, a lungo andare, un ruolo disincentivante della conclusione transattiva delle controversie e depotenziare i meccanismi di giurisdizione condizionata.

Come dire, un'ulteriore ragione per operare una riflessione sull'opportunità di introdurre un meccanismo di mediazione obbligatoria in un contesto in cui la durata media del procedimento giurisdizionale amministrativo italiano appare in costante contrazione ed il risultato di un processo celere appare (almeno in un rilevante numero di sedi) non più tanto lontano; il tutto, con il rischio ulteriore (che potrebbe costituire la prova empirica di quanto sostenuto in queste pagine o, forse, anche la sua smentita) di un procedimento di mediazione destinato ad operare “a macchia di leopardo”, conseguendo positivi risultati in alcune sedi e non decollando in altre.

In definitiva (e come già anticipato), da quanto sopra rilevato emerge un quadro complessivo caratterizzato da più di una problematicità.

Problematicità che non possono essere rilevate da chi approcci la problematica con gli strumenti dell'analisi giuridica “pura” che quasi necessariamente inducono a rilevare come “l'utilità della mediazione non ... (sia) di per sé contestabile³⁷” (ed in effetti, in termini puramente giuridici non può essere contestata

³⁷ C. Volpe, *Mediazione e giudizio amministrativo*, cit., 13.

l'utilità di una celere soluzione in sede conciliativa di una lite, rispetto all'abnorme prolungamento dei tempi del giudizio).

Del tutto analogamente, chi approcci la problematica attraverso gli strumenti della macroeconomia³⁸, della gestione degli *stock* di contenzioso e del *ranking* internazionale³⁹ è (quasi inevitabilmente) portato a concludere per l'inevitabilità del potenziamento dei sistemi di mediazione obbligatoria, che si presentano pienamente funzionali alla riduzione dei tempi di giudizio.

Solo l'analisi economica del diritto (che sostanzialmente utilizza un *mix* di microeconomia e analisi giuridica) permette di evidenziare alcuni effetti latenti del ricorso alla mediazione che certo meritano considerazione in un territorio, come quello del processo amministrativo italiano che certo soffre, per effetto di alcune scelte normative, di problematiche originate da alti (se non altissimi) costi di giudizio ed ha forse più bisogno di ridurre tali costi⁴⁰, piuttosto che incrementarli, attraverso l'introduzione di ulteriori ipotesi di giurisdizione condizionata.

Sotto diverso (ma, in fondo, connesso) profilo, l'analisi condotta in queste pagine evidenzia come la problematica del possibile successo/insuccesso dei meccanismi di mediazione costituisca la risultante, non tanto della mancanza di “una cultura della mediazione, che va invece ricercata e perseguita⁴¹” come spesso rilevato dalla (poca) dottrina che si è occupata della questione, quanto del più concreto gioco di interessi economici evidenziato dall'analisi economica del diritto e che ci si è sforzati di sintetizzare in queste pagine.

³⁸ Indicativi di questo tipo di approccio sono M. Modena, *I costi della giustizia, e i suoi ricavi*, in *Foro.it.*, 2020, V, 122 e i numerosi contributi ospitati, con riferimento al tema (anche sotto il profilo della mediazione), dal sito www.lavoce.info.

³⁹ Con riferimento alla giustizia civile, si veda (in una prospettiva critica) P. Nappi, *Giustizia civile e classifiche internazionali: eterogenesi dei fini del legislatore?*, in *Foro.it.*, 2018, V, 360, § 2.

⁴⁰ In questa prospettiva, necessariamente contraddittoria risulta la proposta di I. Cacciavillani, *Sulla possibile istituzione d'un "Ufficio regionale di mediazione amministrativa"* (in <http://www.amministrativistiveneti.it/sulla-possibile-istituzione-dun-ufficio-regionale-di-mediazione-amministrativa/>) che ha prospettato il ricorso alla mediazione (anche se, sembrerebbe di capire, in forma facoltativa e nel corso del procedimento) come rimedio per ovviare all'“enorme calo del numero dei ricorsi al TAR, con enorme contrazione dell'attività professionale degli “amministrativisti””.

⁴¹ C. Volpe, *Mediazione e giudizio amministrativo*, cit., 15.