



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

La risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti pubblici

Workshop

Intervento del Presidente

Luigi Giampaolino

Roma, 6 luglio 2009

La risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti pubblici

Intervento del Presidente Luigi Giampaolino

Roma, 6 luglio 2009

1. Nel rivolgere a tutti i presenti il saluto dell’Autorità che ho l’onore di presiedere, desidero, anzitutto, ringraziare gli illustri Relatori per aver accolto il nostro invito a intervenire all’odierno convegno, divenuto ormai un appuntamento fisso prima della pausa estiva con il mondo universitario.

Ringrazio, inoltre, tutti i presenti che, come in occasione dei precedenti convegni, assistono numerosi e interessati, valorizzando così quest’ulteriore e particolare attività svolta dall’Autorità, con la quale essa si prefigge lo scopo di favorire e coltivare il dibattito culturale, che poi sfocia in indicazioni di pratiche operative.

E ciò intorno ai grandi temi dei contratti pubblici ed al fine di instaurare un rapporto diretto con tutti gli attori e gli esperti del settore.

Desidero dare l’avvio ai lavori quotidiani sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti pubblici, con una citazione del diritto francese della fine del 700 “Juger l’administration c’est encore administer”: trattasi di un brocardo d’origine, appunto, francese presente nella legge 16 -24 agosto 1790 e nel decret du 16 fructidor an III.

Fu in seguito l’ex ministro della Giustizia Henrion de Pansey che, nel 1814, in un suo libro, sostenne appunto con forza la netta separazione dei poteri giudiziari e amministrativi sostenendo che giudicare l’Amministrazione è ancora una volta amministrare.

Risulta oltremodo evidente l'attualità di tale brocardo e l'attinenza con la tematica della risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti pubblici che l'odierno convegno affronterà, la cui discussione non può che cominciare dalla esposta riflessione.

2. La sempre più forte domanda di giustizia, come è noto, trova il fondamentale ostacolo nei tempi lunghi della giustizia togata; la semplice constatazione che la vita media delle imprese è più breve della durata dei giudizi, spiega in maniera inequivocabile non solo il cattivo funzionamento del servizio giustizia da parte dello Stato ma addirittura la sua estraneità al funzionamento del sistema economico.

In questa situazione per un imprenditore uscire vittorioso o soccombente in un contenzioso non rappresenta un dato funzionale alla propria azienda ma solo una alea che si realizzerà quando ormai il danno di cui si chiedeva ragione in giudizio è stato riassorbito, cosicché se invece la perdita non è stata metabolizzata, al di là delle ragioni dell'azienda, questa sarà costretta al fallimento.

C'è quindi bisogno di una giustizia rapida che consenta alle aziende di poter esigere crediti e pretendere il rispetto dei contratti.

Il problema della scarsa effettività del sistema giustizia, porta anche ad un deficit di democraticità del sistema e intacca il principio di uguaglianza, laddove la disparità di forza economica tra le parti non consente normalmente alla parte più debole di sopportare i tempi di un normale contenzioso con la conseguenza che il creditore economicamente più debole del debitore è costretto ad accettare transazioni inique.

Nel tempo, il sistema giudiziario è riuscito ad assicurare un positivo approccio alla complessità dell'ordinamento giuridico, sempre in continua evoluzione, essenzialmente grazie a due fattori fondamentali della giurisdizione: l'elevato grado di specializzazione del giudice unito alla esiguità e flessibilità di regole processuali.

Oggi entrambi questi fattori, specializzazione e semplicità del rito, sono, per ragioni diverse, in crisi.

Da un lato, la specializzazione risente degli attacchi alla specialità del giudice, a loro volta dovuti al diverso atteggiarsi dell'azione volta alla cura di interessi pubblici.

E' noto come sia divenuto sempre più problematico stabilire con certezza in quali materie o rispetto a quali situazioni giuridiche soggettive ricorra tale specialità. E si devono indubbiamente anche alla entità e gravità che la questione del riparto di giurisdizione ha assunto in questi ultimi anni, sempre più per blocchi di materia.

Dall'altro lato, il proliferare di testi unici e codici, direttive europee, ma anche fonti regionali e locali, continuamente soggetti a ulteriori modifiche, comporta che si accavallino e si intreccino le regole processuali.

Esistono ormai tante regole diverse in base al settore cui la domanda di giustizia inerisce.

L'esempio più evidente è rappresentato proprio dalla materia di nostra competenza essendo quello degli appalti uno dei settori dell'azione pubblica più interessati dal fenomeno della complessità.

Il proliferare, a ritmo incalzante, di regole, sia sostanziali che processuali, non di rado dettate dalla necessità di adeguamento al diritto comunitario, ma non sempre correlate ai principi generali che governano il processo, ha assunto proporzioni veramente considerevoli.

Tanto che da tempo si parla anche di un vero e proprio "diritto processuale degli appalti", come di un settore a sé stante, distinto o distinguibile dal diritto processuale amministrativo tradizionalmente inteso.

E' indubbio, infatti, che alcuni istituti seguono nelle controversie relative ai contratti pubblici regole sempre nuove, diverse da quelle valevoli per tutte le altre controversie delle quali conosce il giudice amministrativo.

L'esempio più evidente, anche nell'ambito del codice dei contratti pubblici, è rappresentato dalla tutela cautelare. Ma anche dall'imminente recepimento della direttiva comunitaria in materia di rimedi, nonché dagli attuati provvedimenti anticrisi.

3. A ciò si aggiunge l'esigenza di tutela della concorrenza che anche caratterizza il mercato degli appalti.

Non vi è dubbio, infatti, che l'attività amministrativa nel settore degli appalti possa provocare distorsioni della concorrenza ed un non corretto funzionamento del mercato. Si tratta di un settore strategico dell'economia, il cui rilancio e la cui efficienza dipendono proprio dall'intensificarsi della concorrenza e dall'ampliamento dello spazio per l'esplicarsi dei meccanismi di mercato in un contesto di trasparenza ed economicità.

L'importanza, dunque, non soltanto di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione ma, soprattutto, di stimolare e di verificare una reale concorrenza che deve realizzarsi attraverso la domanda pubblica.

Ed è a questo punto che rileva come questione centrale, quella del ruolo dei poteri pubblici in un'economia di mercato, che devono garantire, da un lato, il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte di tutti e, dall'altro, salvaguardare l'interesse generale, in particolare la soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini.

L'adozione nel settore degli appalti pubblici della normativa di derivazione comunitaria e, quindi, dei principi di concorrenzialità e di mercato fa avvertire oggi, ed in modo più chiaro, l'esigenza di individuare meccanismi che in questo settore tutelino la libera competizione tra le imprese e assicurino l'esistenza giuridica del contratto.

E' certamente il settore degli appalti, infatti, a registrare il maggiore interesse al contenzioso ed alla risoluzione dello stesso.

Ho avuto di esporre, in occasione della recente presentazione della Relazione annuale al Parlamento della attività svolta dalla Autorità nel 2008, che il contenzioso negli appalti pubblici può riguardare sia l'affidamento sia l'esecuzione del contratto con differenti finalità. Nel primo caso, infatti, il contenzioso mira al ripristino della corretta procedura di gara ed alla tutela dell'interesse legittimo, mentre, nel secondo caso, il contenzioso ha per oggetto, nella maggioranza dei casi, il riconoscimento di oneri conseguenti ad una gestione non ottimale del contratto da parte della stazione appaltante.

Il 3,8% degli appalti di lavori conclusi nel periodo 2000 - 2007 è stato oggetto di contenzioso in fase di esecuzione dei lavori. Al crescere dell'importo dell'appalto si è registrato un notevole aumento del contenzioso con una incidenza di circa il 2% negli appalti di importo compreso tra € 150.000 e € 500.000 e addirittura del 46% negli appalti di importo superiore a € 15.000.000.

L'esistenza di un simile contenzioso comporta ritardi nell'esecuzione dei lavori con riguardo ai tempi previsti, superiori, mediamente superiore all'11% rispetto ai ritardi registrati negli appalti eseguiti in assenza di contenzioso.

Inoltre in presenza di contenzioso si registra un notevole incremento delle rescissioni contrattuali (+ 5,2 % a fronte dell'usuale l'1,4 %).

4. Nasce da qui l'esigenza di intervenire su due fronti: il miglioramento di efficienza del sistema giudiziario e la ricerca di canali alternativi o ausiliari che possano aiutare il primo a non soccombere sotto il peso dei grandi numeri.

La risoluzione stragiudiziale delle controversie risponde dunque a tale esigenza, attraverso i noti strumenti di derivazione anglosassone delle Alternative dispute resolution.

L'amministrazione giustiziale, che tende a conciliare l'esigenza del perseguimento di interessi pubblici nel caso concreto con quello della piena tutela delle situazioni giuridiche coinvolte, ha una lunga tradizione nel diritto amministrativo in alcuni ordinamenti europei.

Nel nostro ordinamento, invece, una tradizione amministrativa con venature stataliste e autoritarie ha sbarrato a lungo la strada a una simile concezione. Solo la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha introdotto, in modo forse ancora timido, alcuni istituti volti a garantire una tutela endoprocedimentale più piena dei soggetti amministrati.

Il procedimento (si rammenti il raffronto del Giannini tra procedimento e processo) viene visto non più come il luogo nel quale l'autorità prevale e si afferma sulla libertà dei privati, ma come luogo e momento nei quali si incontrano e sintetizzano, per meglio dire, si compongono, i diversi interessi compresenti, pubblici e privati, in modo da raggiungere l'interesse pubblico prevalente.

Sicché, il medesimo procedimento amministrativo consente di anticipare la soglia della tutela del cittadino, ad una fase precedente e più completa, quantomeno per aspetti tipicamente conoscibili soltanto in via amministrativa (anche se oggi è ammesso lo strumento di cognizione della consulenza tecnica anche nel processo amministrativo): lo stesso procedimento amministrativo, in una ottica garantistica, democratica, partecipativa e di dialogo, si pone esso come strumento di deflazione del contenzioso; a maggior ragione, tale funzione di deflazione, alla ricerca della concordia-accettazione dell'operato della amministrazione, rivestono gli accordi procedimentali e provvedimenti.

E' paradossale, tuttavia, che la esperienza abbia dimostrato come il principio della partecipazione degli interessati al procedimento abbia in buona misura creato nuovo contenzioso, sulla base di motivi di censura procedimentali che attengono proprio alla mancanza di comunicazione dell'avvio del procedimento (art. 7 L.241/1990).

Si tenga, altresì, presente che il percorso per arrivare alla realizzazione dell'opera pubblica è uno degli esempi più eclatanti di "costo ordinamentale" della partecipazione ai vari livelli dei portatori di interessi coinvolti. Infatti, l'esigenza di tenere conto di tutti gli interessi toccati dalla realizzazione dell'opera pubblica (intesa anche come coinvolgimento dei vari livelli di governo in un ordinamento a policentrismo esteso) molto spesso finisce per rendere impossibile (o, comunque, particolarmente difficoltosa) la realizzazione stessa, anche per la connessa lievitazione del contenzioso che tale partecipazione estesa comporta.

A questo punto la fase amministrativa di possibile definizione della controversia assume pertanto una valenza, pre-giudiziale, sia nel senso che anticipa la fase giudiziale, cercando di evitarla, sia nel senso che la condiziona (c.d. giurisdizione condizionata), in quanto certamente la istruttoria non giurisdizionale entrerà a fare parte, almeno documentalmente, come avviene di regola nel processo amministrativo, del processo giurisdizionale successivo.

Dunque, ancora risulta attuale, purtroppo, l'interrogativo che già la Dottrina più volte si è posto: in uno Stato di diritto, la vera legalità e giustizia è solo quella che proviene dal giudice (nel senso di giurisdizione statale)?

5. Con le autorità indipendenti il modello dell'amministrazione giustiziale ha trovato pieno ingresso, e con particolare attenzione all'Autorità che ho l'onore di presiedere, attraverso il doppio strumento del precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006, e dell'arbitrato amministrato.

Voglio dunque rispondere all'interrogativo appena postulato proprio ricercando nei due strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie dei contratti pubblici, la sussistenza di quei principi della Carta Costituzionale che caratterizzano da un lato il giusto processo (articolo 24 Cost.) e dall'altro la buona azione dell'Amministrazione pubblica (articolo 97 Cost.).

Sebbene parte della dottrina più ampiamente già afferma che i modi di tutela extragiudiziarie affidati alle Autorità indipendenti troverebbero la loro giustificazione in una diversa lettura della Costituzione, secondo la quale l'obbligo di garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo previsto dall'articolo 2, c.1, Cost. non graverebbe esclusivamente sulla magistratura, bensì sull'intero ordinamento che comprende l'Amministrazione, la Corte Costituzionale e il Parlamento.

A onor del vero va sempre tenuto presente che, a vigente ordinamento, il sistema delle ADR qualificato come "alternativo" alla giurisdizione deve essere inteso non nel senso negativo di esclusività ma in quello positivo di diversità. Infatti, nei casi in cui le parti possono utilizzare gli strumenti in questione non è mai esclusa la possibilità di adire il "giudice naturale" titolare del potere giurisdizionale.

Ma venendo alla disamina dei principi costituzionali, la opportunità di risolvere in fase di precontenzioso da parte dell'Autorità la controversia è resa più ragionevole anche dal carattere altamente qualificato dell'organo chiamato a rendere il parere, e dalla "terzietà" dei suoi componenti rispetto al personale amministrativo responsabile dell'atto impugnato.

Anzi andrebbe maggiormente evidenziato che la terzietà (e indipendenza di giudizio) è tipica solo delle autorità amministrative indipendenti c.d. di settore, che manifestano la loro potestà, trasversalmente, nei confronti di tutte le amministrazioni appaltanti.

E' vero quindi che in uno Stato di diritto, una amministrazione veramente imparziale, parte imparziale, come detto, se non addirittura neutra, assume essa stessa una funzione per così dire giustiziale, di raggiungimento delle finalità di giustizia, in quanto per uno stato di diritto, quale è quello italiano, la giustizia è uno dei fini dello Stato stesso.

Neutralità, dunque, ma anche competenza ed expertise nel settore.

L'attività del precontenzioso, introdotta come noto dal Codice De Lise, altro non è che un riconoscimento di una attività posta in essere dall'Autorità sin dal 1999, in primis dalla struttura su richieste di pareri e esposti, e dal Consiglio con l'emanazione di determinazioni e regolazioni che hanno non poco fornito adeguate garanzie agli operatori del settore e punto di riferimento per gli stessi giudici.

Lo strumento del precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006, ha trovato nel corso del 2008 un ulteriore sviluppo, grazie alle sue caratteristiche – tra le altre l'autonoma iniziativa delle parti nel promuovere l'intervento consultivo, la flessibilità e l'agilità della procedura, per la quale non sono richiesti particolari formalismi – che rendono l'istituto idoneo a raggiungere gli obiettivi, ripetutamente evidenziati dalla Commissione europea, di garantire un accesso a mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché la possibilità di correggere le riscontrate violazioni lamentate in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate.

Alla luce dell'esperienza maturata nel corso del 2007, sulla base della casistica che via via si è creata, al fine di rendere il procedimento di precontenzioso più rispondente alle esigenze manifestate sia dal mercato, sia dalle stazioni appaltanti, con provvedimento del 10 gennaio 2008 l'Autorità ha emanato un nuovo Regolamento sul procedimento al fine di semplificare e rendere conoscibile alla parti le procedure.

Rispetto all'anno 2007 si segnala un incremento delle istanze di parere inviate del 32% (da 564 di istanze di parere pervenute nel 2007 a 743 del 2008).

Il riconosciuto carattere di competenza e terzietà ha determinato che spesso le Stazioni appaltanti e le parti ingenerale si sono adeguate spontaneamente alle decisioni dell'Autorità conformandosi con quanto statuito, in una funzione di *moral suasion* tipica delle democrazie partecipative.

Infine i ristretti tempi in cui l'Autorità opera e perviene al risultato non può che richiamare i tre aspetti classici dell'azione amministrativa di cui al principio costituzionale sopra citato: l'efficienza, l'efficacia e l'economicità in correlazione con lo stato della sufficiente dotazione organica, della adeguata professionalità e della necessaria razionalità e semplicità dell'organizzazione degli uffici, nonché direi con l'attuata semplificazione e pubblicità delle procedure.

6. Passiamo ora al secondo strumento in dotazione all'Autorità: l'arbitrato amministrato.

Dei numerosi istituti oggetto della normativa introdotta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - alcuni dei quali ancora in attesa della necessaria disciplina regolamentare -

l'arbitrato è l'unico di cui non è dato conoscere la sorte definitiva; sul suo capo, infatti, pende il divieto generalizzato di utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, sancito dall'articolo 3, comma 19, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), divieto che, peraltro, è stato fatto oggetto di una serie ininterrotta di proroghe, l'ultima delle quali, contenuta nell'art. 29 del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito nella legge 27 febbraio 2009, n. 14, è fissata al 31 dicembre dell'anno in corso.

Questa evidente incoerenza normativa, costituita dal contrasto tra una disposizione, finalizzata ad eliminare l'istituto dall'orizzonte dei mezzi di risoluzione delle controversie utilizzabili dalla Pubblica Amministrazione, e la citata serie di proroghe, che ha coperto – dal 30 settembre 2007 al 31 dicembre 2009 – un arco temporale superiore al biennio, costituisce quasi una caratteristica storica dell'istituto che – negli ultimi quindici anni – è stato oggetto di continue modifiche normative, spesso antinomiche ed opposte.

Tuttavia un discorso a parte va fatto sull'utilizzo dell'istituto in generale.

Il sistematico ricorso avverso i provvedimenti di gara e, dunque, anche all'arbitrato, ha assunto una valenza tale da essere spesso considerato un momento, seppure ulteriore, dell'esecuzione del contratto e, pertanto, tenuto presente al momento della presentazione dell'offerta, così da conformare addirittura i comportamenti delle imprese, sempre più attente non tanto alla proposta ed alle soluzioni innovative, quanto al possibile esito positivo del successivo contenzioso, spesso arbitrale.

Infine, deve essere evidenziato l'aspetto preminente della questione, il suo stretto legame con l'azione amministrativa.

La circostanza, infatti, che l'arbitrato rappresenti una sorta di fase finale quasi costante delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e che porti, con una regolarità quasi assoluta, alla declaratoria di soccombenza della Pubblica Amministrazione, rappresenta un dato preoccupante non solo sotto l'aspetto del detrimento del patrimonio pubblico – dato particolarmente rilevante in un momento di crisi economica – ma, altresì, di quello del deficit di efficienza dell'azione amministrativa che ne costituisce la causa.

Riguardato sotto tutti questi aspetti, il problema dell'arbitrato si rivela un problema complesso, da analizzare da diverse angolazioni

Anche su questa tematica voglio fornire dei dati.

I dati del monitoraggio dell'Autorità sugli appalti conclusi nel periodo 2000-2007, per i quali si è verificato il contenzioso in fase di esecuzione, mostrano che al crescere dell'importo dell'appalto aumenta il contenzioso con una incidenza di circa il 2% negli appalti di importo compreso tra € 150.000 e € 500.000, del 46% negli appalti di importo superiore a € 15.000.000. Negli appalti di importo elevato si registra un contenzioso ogni

due contratti.

L'Autorità ha inoltre rilevato come, attualmente, le controversie di maggior valore sono nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" anziché in arbitrati amministrati. Tale dato dovrebbe indurre a qualche riflessione.

Difatti, posto che la scelta per l'arbitrato libero passa per l'accordo della stazione appaltante sul nominativo del terzo arbitro, occorre rilevare come la percentuale di soccombenza della Pubblica Amministrazione, elevata in entrambi i casi, è, comunque, in qualche misura minore negli arbitrati amministrati e che la durata degli arbitrati amministrati è stata in media, sia nel 2007 che nel 2008, minore di quella degli arbitrati liberi (addirittura, nel 2008 i secondi hanno avuto una durata media pari al doppio di quella dei primi).

I dati elaborati dall'Autorità nel corso degli anni hanno mostrato un maggior costo complessivo delle opere pari al 28%, come conseguenza del contenzioso. Le spese relative al compenso spettante agli arbitri hanno inoltre evidenziato un onere per la P.A. valutata in 2 milioni di euro per gli arbitrati amministrati; per quelli liberi, riferiti solo a 98 arbitrati su 158, l'onere è risultato pari a circa 17 milioni di euro. Da ciò l'esigenza del legislatore di ridurre le spese di giudizio con la decurtazione del 50% dei compensi agli arbitri disposta dalla legge n. 14/2009.

A questo punto mi rendo conto di essermi dilungato anche troppo nell'esposizione delle due ADR che orgogliosamente l'Autorità ne rivendica la paternità ne cura il corretto funzionamento.

Ciò a discapito della parte riguardante le modifiche normative di cui alla direttiva ricorsi e ai provvedimenti anticrisi. Ma gli illustri relatori che seguono sapranno colmare questo vuoto.

Vorrei soffermarmi su alcune considerazioni conclusive e proposte migliorative dei due rimedi stragiudiziali, stante che proprio in queste platee di dibattito si possono porre le basi per importanti cambiamenti.

Da più parti è stata, infatti, caldeggiata l'ipotesi di valorizzare ulteriormente l'istituto del c.d. precontenzioso, attraverso il quale l'Autorità come detto già contribuisce alla soluzione di alcuni tipi di controversie, con ottimi risultati in termini sia di deflazione del contenzioso, sia di rapidità di risposta, sia di contenimento dei costi.

Un rafforzamento dell'istituto, eventualmente prevedendo la facoltà delle parti di attribuire ai pareri resi dall'Autorità valenza vincolante, consentirebbe di risolvere sul nascere le liti e fugare le incertezze sulla sorte del contratto.

Analogamente ed a completamento del sistema nella fase successiva alla stipula del contratto, è emersa l'opportunità di favorire l'utilizzo dell'arbitrato, strumento anch'esso alternativo al ricorso in via giurisdizionale, nella forma però del c.d. arbitrato amministrato, alla luce della positiva esperienza della Camera arbitrale, che opera da tempo presso l'Autorità, così da conseguire l'obiettivo della massima trasparenza unitamente al contenimento dei costi.

L'Autorità dispone di mezzi e strumenti – rapidi, efficaci ed economici – non solo per risolvere le controversie in tema di contratti pubblici ma, addirittura, per evitare che esse sorgano.

Le Amministrazioni possono (e forse devono) approfittarne maggiormente.

Inoltre, la quasi costante soccombenza delle pubbliche amministrazioni dovrebbe consigliare queste ad un più attento uso della clausola compromissoria e del ricorso all'arbitrato libero.

Ed in proposito una circolare della Presidenza del Consiglio che invitasse le amministrazioni governative a ricorrere al più economico arbitrato amministrato, invece che al più dispendioso arbitrato libero, sarebbe stata opportuna e sarebbe comunque auspicabile.

Né va da ultimo sottaciuto che le pubbliche amministrazioni potrebbero trovare, anche con riguardo agli arbitrati, nei loro stessi apparati, idonei rimedi, prestando, ad esempio, maggiore attenzione alle modalità ed alle regole con le quali vengono nominati gli arbitri delle Amministrazioni.

In particolare, occorre chiedersi se il privilegiare la nomina di arbitri legati alle Amministrazioni da un rapporto organico non possa consentire una maggiore immedesimazione nelle ragioni delle stesse.

Concludendo, dunque, mi chiedo se si attende pertanto che il nostro ordinamento derivi dal diritto comunitario lo spirito, più che le regole, per forme alternative di risoluzione delle controversie nei confronti della amministrazione, non dimenticando che è necessario un nuovo ordine di rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione.

La vera sfida passa non soltanto attraverso l'effettiva prova di efficienza che i sistemi alternativi di soluzione dei conflitti potranno dare di sé, e quindi dalla loro credibilità, ma anche dal cambiamento generazionale di una pubblica amministrazione che si senta anche essa investita del compito di attuare la giustizia in applicazione della legge.

Probabilmente, oltre che a mezzo del ricorso alla giustizia privata, incentivabile soprattutto in considerazione della specialità della materia, o a mezzo di nuovi organismi e rimedi affidate a autorità terze, in via più generale, soltanto una amministrazione imparziale e terza che senta fino in fondo il principio di legalità, pur nella discrezionalità che le è propria, e che nessuno le contesta, consentirà di superare l'impasse tutta italiana, di percorrere tutti i rimedi consentiti e tutti i gradi di giudizio, e di considerare come principio di civiltà lo stare decisis anche nei confronti della amministrazione pubblica, accettandone e condividendone l'operato, in quanto sentito e ritenuto, oltre che legittimo, soprattutto giusto.

Si tratta di chiarire definitivamente che il compito del perseguimento della giustizia, non nel senso ideale ma in quello pratico e limitato alle capacità umane, è, in uno Stato di diritto, che voglia essere definito tale, proprio della res publica, complessivamente considerata, e quindi anche della pubblica amministrazione, e non dei soli giudici, che devono invece essere considerati, come negli ordinamenti anglosassoni, una risorsa, non inesauribile, alla quale attingere solo per le questioni più importanti.

Per questo va affermato che se è vero che giudicare l'Amministrazione è ancora una volta amministrare, è preferibile che l'Amministrazione giudichi prioritariamente, se non preventivamente, se stessa affinché non avvenga che altri, giudicandola, amministrino al posto di essa.