

Tommaso Edoardo Frosini

UN DIVERSO PARADIGMA DI GIUSTIZIA: LE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS*

Sommario: 1. La conciliazione, una filosofia del diritto d'origine americana. – 2. Le ADR in Italia, a partire dalla sussidiarietà della giurisdizione. – 3. Una panoramica sulle ADR in Italia. – 4. *Focus*: la conciliazione presso i Co.Re.Com

1. LA CONCILIAZIONE, UNA FILOSOFIA DEL DIRITTO D'ORIGINE AMERICANA

Comincio col dare una definizione della conciliazione nel diritto: una procedura tramite la quale le parti richiedono l'assistenza di un terzo, o terzi, nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole rispetto a una controversia derivante da o in relazione a un rapporto contrattuale o un altro rapporto giuridico.

Conciliare è verbo che ha radici giuridiche antiche, che affondano nelle origini contrattuali del processo romano, simboleggiate dalla *litis contestatio*, e percorrono circa un millennio della storia della tradizione di *civil law*. Ne troviamo traccia scritta nel primo codice di procedura civile dell'Italia unita (1865), che si apriva con la seguente disposizione: «I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie»¹. Si era però

* Il presente scritto, destinato a un fascicolo monografico sulle ADR della rivista *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, verrà ricompreso nella raccolta di *Studi in onore di Aldo Loiodice*.

¹ Vale però la pena ricordare quanto affermato dal Ministro Giuseppe Pisanelli nella sua *Relazione al Libro I del Codice di procedura civile* del 1865: «la conciliazione delle parti è un'idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della concilia-

(segue)

dentro il processo, seppure in una fase preliminare, alla ricerca di una risoluzione della lite in grado di sopirla accontentando le parti.

La fuga dal processo giurisdizionale verso metodi alternativi è storia più recente. Nasce, si afferma e poi diventa modello da far circolare nei sistemi giuridici negli Stati Uniti d'America, quale scelta di libertà dell'autonomia dei privati. Innanzitutto come arbitro, e risale addirittura al 1768 quando la Camera di commercio di New York istituì un tribunale arbitrale, riservato specialmente per la risoluzione delle controversie mercantili, sulla spinta dei coloni olandesi che scelsero l'arbitrato come alternativa al processo per la sua rapidità e il suo basso costo. Un rinnovato interesse per le formule arbitrali per la risoluzione delle liti si ebbe agli inizi del XX secolo, a causa della eccessiva durata dei processi e dei costi della giurisdizione ordinaria, che finivano con l'exasperare l'accesso alla giustizia. Allora, il varo di una legge nello stato di New York, che rendeva le clausole compromissorie vincolanti ed eseguibili dalle corti, e la nascita, nel 1926, dell'*American Arbitration Association*, segnò la piena legittimazione del ricorso all'arbitrato (amministrato) quale risoluzione alternativa delle controversie, sebbene in prevalenza per gli affari del commercio. Nel frattempo cresceva anche l'interesse verso la conciliazione, che è cosa diversa dall'arbitrato, seppure venisse inizialmente relegata alle questioni "bagatellari".

La soluzione delle controversie fuori dalle corti ha caratterizzato significativamente la storia e le vicende giurisdizionali americane, come racconta Jerold Auerbach nel suo *Justice Without Law*². Fino ad anni più recenti: basti pensare che agli inizi del Duemila l'*American Arbitration Association* aveva un carico di amministrazione di arbitrati di oltre 230.000 istanze. A questo successo concorse un cambiamento di indirizzo giurisprudenziale della Corte Suprema, dapprima restrittivo e poi favorevole all'applicazione del *Federal Arbitration Act*, una legge emanata nel 1925 allo scopo di rendere le convenzioni di arbitro e i lodi eseguibili nelle corti federali.

zione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità».

² J.S. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York and Oxford, 1983.

E veniamo alle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR)³, che si esprimono, negli Stati Uniti, attraverso qualunque procedimento che sia “alternativo” al processo giurisdizionale: dalla negoziazione alla mediazione all’arbitrato e alla combinazione di questi ultimi due, la c.d. “med-arb”, alla valutazione preliminare, ai processi sommari con giuria. Una varietà e vastità di altri modi di giudicare. Si tratta, quindi, di fenomeni eterogenei, caratterizzati dal fatto di essere volti a risolvere i conflitti senza pervenire alla decisione del giudice ordinario, in quanto basati sul potere riconosciuto alle parti di disporre delle loro controversie. Sono modi informali, semplici, rapidi, flessibili e favoriscono l’accesso alla giustizia; non alternativi ma piuttosto modi appropriati o amicali o complementari alla giurisdizione. Ovviamente non posso esaminarli singolarmente, e poi non è nemmeno lo scopo di questo scritto. Quello che può interessare qui, invece, è la filosofia del diritto che sta alla base delle ADR. Tenendo comunque presente che siamo in ambiente di *common law*, e quindi di un diritto che è a prevalenza giurisprudenziale.

Punto primo: alleviare il carico del processo e deflazionare il contenzioso. Queste sono ragioni di analisi economica del diritto, che tanto peso hanno in America nelle valutazioni delle scelte giuridiche⁴. Le ADR, quindi, permettono e consentono la riduzione dei ricorsi avanti le corti giurisdizionali, con la conseguenza che permettono e consentono alle corti di giudicare in tempi rapidi e certi, senza essere travolti dal contenzioso. Ma la “cultura” delle ADR nasce sulla base di due temi predominanti: a) il contro-culturalismo; b) la critica dell’ipertrofia giuridica⁵. Brevemente: il contro-culturalismo si afferma negli anni Sessanta come movimento ostile e diffidente nei confronti del sistema consolidato di soluzione delle controversie, affidato in esclusiva alle corti, perché «l’uso della

³ Si tratta di fenomeni eterogenei, caratterizzati dal fatto di essere volti a risolvere i conflitti senza pervenire alla decisione del giudice ordinario, in quanto basati sul potere riconosciuto alle parti di disporre delle loro controversie. Sono procedure informali, semplici, rapidi, flessibili e favoriscono l’accesso alla giustizia; sono metodi amicali o sussidiari alla giurisdizione. L’uso del plurale è indotto dal fatto che si tratta di una pluralità di tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, pertanto il plurale è «non solo opportuno; è d’obbligo»: F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2009, 918.

⁴ Cfr. R.A. POSNER, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Cambridge, 1996.

⁵ Sul punto, v. le chiare pagine di O.G. CHASE, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America*, in *L’altra giustizia*, a cura di V. VARRANO, Milano, 2007, 144 ss.; ID., *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Roma-Bari, 2009, 112 ss.

coercizione nelle relazioni fra le persone è assolutamente inaccettabile»⁶. Da qui l'idea di creare e diffondere modi alternativi della risoluzione delle controversie per "sfuggire" alla gerarchia della relazione fra cliente e avvocato e anche a quella fra giudice e parte. Ma soprattutto per incentivare strumenti, quali la mediazione, in grado di rendere la società meno egoista e di favorire i rapporti fra gli individui; allo scopo, quindi, di trasformare il carattere sia dei singoli litiganti che della società nel suo complesso. Ovvero, se ogni lite venisse mediata, conciliata, secondo parametri equitativi e ragionevoli, allora, ragiona e argomenta il contro-culturalismo, non saremmo più soggetti a una decisione imposta dall'alto di uno scranno giudiziario, ma piuttosto favoriremmo i rapporti fra persone nella continua ricerca di un comune senso di giustizia. Idealismo, senz'altro. Ma suggestivo.

La critica dell'ipertrofia giuridica ha la sua epifania in un evento significativo per il mondo giuridico americano: la *Pound Conference* del 1976, così chiamata in occasione del settantesimo anniversario della celebre conferenza di Roscoe Pound sulla riforma giudiziaria. Relatore della *Conference*, lo *Chief Justice* della Corte Suprema Warren E. Burger: il quale, nel lamentare le perduranti inefficienze dell'amministrazione della giustizia, raccomandò l'utilizzo di strumenti e organismi alternativi al processo giurisdizionale. E quindi: che le controversie bagatellari fossero decise da tribunali composti da gente comune, la cui decisione finale fosse vincolante. E poi, "nuovi metodi" per risolvere una serie di problemi familiari, quali matrimonio, affidamento e adozione; nonché "nuovi metodi" per decidere sul risarcimento alle persone per danni causati dalla negligenza di medici, oppure per la soddisfazione in tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali.

Burger pensava soprattutto all'arbitrato, quale «strumento in grado di indirizzare le liti verso altri canali». Ma l'interesse per le cose dette nella *Conference* sta soprattutto nel chi le ha dette: e cioè, il Presidente della Corte Suprema statunitense, ovvero il massimo rappresentante del potere giurisdizionale. Non era certo un'abdicazione la sua; era piuttosto la consapevolezza di un giurista critico dell'ipertrofia giuridica, nel timore che l'eccesso di liti-

⁶ C.A. REICH, *The Greening of America: How the Youth Revolution is Trying to Make America Livable*, New York, 1970, 228

giosità e dei conseguenti ritardi della giustizia potesse minacciare il senso di giustizia dei cittadini e minare simboli tradizionali dell'autorità quali le corti. Le ADR, nella loro pluralità procedurale, potevano diventare uno sfogo per dare effettivo corso e accesso alla giustizia⁷.

Dalla teoria alla prassi. Lo sviluppo delle ADR negli Usa è stato il risultato anche di una politica giudiziaria e legislativa. Della prima si è detto, laddove ho ricordato il contributo della Corte Suprema (e del suo Presidente...) a tutela del *Federal Arbitration Act*, manifestato, tra l'altro, con una pronuncia del 1983 dove si leggeva, che «i dubbi sull'ambito delle questioni sottoponibili ad arbitrato devono essere risolti a favore dell'arbitrato». Il legislatore, dal canto suo, ha emanato, tra il 1980 e il 1998, almeno 5 leggi a favore delle ADR: il *Dispute Resolution Act* del 1980, che incoraggia (e finanzia) gli Stati ad adottare formule alternative delle controversie; il *Civil Justice Act* e l'*Administrative Dispute Resolution Act*, entrambi del 1990, che autorizza l'uso di strumenti alternativi e poi li impone per la soluzione delle controversie nell'ambito delle agenzie amministrative; l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, che incorpora nel processo procedure conciliative definite endoprocessuali, come fase obbligatoria e introduttiva rispetto al dibattimento, e che implementa *a new paradigm of Justice*⁸.

Vicenda importante quella americana, sicuramente modello di riferimento per il trapianto delle ADR nei sistemi giuridici europei, seppure con alcune diversità dovute soprattutto vuoi al sistema giuridico, vuoi all'organizzazione della giurisdizione, vuoi alla cultura del processo incentrata sul giudice ordinario quale risolutore dei conflitti⁹.

⁷ Su cui sviluppi, cfr. L. NAGEL, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley, 2002; ma v. già M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution. Processes within the Framework of World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, (3), 1993, 282 ss.

⁸ Sul punto, C.H. CROWNIE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review* (76), 2001, 1768.

⁹ V. M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternative delle controversie*, Bologna, 2007.

2. LE ADR IN ITALIA, A PARTIRE DALLA SUSSIDIARIETÀ DELLA GIURISDIZIONE

La diversità di sistema giuridico, incentrato come noto sul diritto codificato anziché giurisprudenziale, la centralità del sistema giurisdizionale cui è affidata la tutela della legalità, il culto per il processo quale luogo dove i giudici statali sono i depositari della risoluzione delle liti, non hanno certo favorito un rapido progresso della cultura delle ADR in Europa¹⁰, e più specificatamente in Italia. C'è dietro quello che noi costituzionalisti chiamiamo la forma di Stato, ovvero la definizione dei rapporti fra individuo e autorità. E quindi il disegno politico culturale, che si tramuta in norme di indirizzo, sui cui fondare l'assetto del dialogo fra i governanti e i governati. Trasportando questo sul terreno della giurisdizione, si evidenzia come la forma di Stato italiana si è composta dapprima secondo un percorso prevalentemente democratico e solo in parte liberale, cioè premettendo le ragioni dell'eguaglianza e dell'intervento statale rispetto a quelle della libertà personale. Negli Stati Uniti d'America, invece, l'itinerario, fin dalle origini del costituzionalismo dei *Founding Fathers*, è stato quello prevalentemente liberale e in parte democratico, che ha condotto verso una piena valorizzazione dell'autonomia del privato. Una sorta di *laissez faire*, che si è espansa anche sul fronte delle scelte giurisdizionali, consentendo, quindi, uno sviluppo deciso della giustizia privata, ovvero affidata ai privati sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto.

La torsione verso una maggiore sensibilità nei confronti del privato e una conseguente riduzione dell'interventismo pubblico sta avvenendo, in Italia e non senza poche difficoltà, soprattutto a seguito della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà (ex art. 118 Cost.), che si è determinata con legge cost. del 2001. Infatti, la forza espansiva del principio di sussidiarietà, vero snodo di procedura costituzionale attraverso il quale si subordina il pubblico

¹⁰ S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; ma v. ora quanto previsto nel Trattato di Lisbona, il quale all'art. 67, comma 4, stabilisce che: «l'Unione europea facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie in materia civile», e poi all'art. 81, comma 2, lett. g) sollecita l'esercizio dei poteri normativi per l'adozione di misure volte allo «sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie» nell'ambito della cooperazione giudiziaria delle materie civili con implicazioni internazionali.

al privato¹¹, oltreché incidere sulle attività economiche e dei servizi sociali, si innerva anche nella giurisdizione, in modo tale che l'intervento autoritativo giurisdizionale finisce con l'essere considerato l'ultima *chance* a disposizione dei soggetti in lite, quando le soluzioni alternative non sembrano raggiungere lo scopo. La sussidiarietà della giurisdizione, quindi, consiste nel favorire le parti in una controversia verso una serie di soluzioni alternative al giudizio ordinario: dalla risoluzione negoziale diretta tra le parti, alla conciliazione, all'arbitrato. Ovviamente, solo quando si tratta di diritti disponibili.

Certo, non è solo una nuova concezione della forma di Stato, e la (conseguenziale) codificazione costituzionale del principio di sussidiarietà, ad avere consentito l'espandersi delle ADR in Italia. C'è anche la questione dell'abuso del processo, ovvero l'esasperata conflittualità specialmente micro, e pertanto un eccesso di richiesta di tutela presso i tribunali (secondo dati ministeriali ci sono oltre 4 milioni di ricorsi all'anno davanti al giudice civile). C'è quindi una sempre maggiore inadeguatezza, a seguito dell'ingolfamento della domanda di giustizia, del "sistema giustizia" statale a fornire un servizio tempestivo ed efficiente. C'è pertanto una "irragionevole" durata dei processi (a dispetto dell'art. 111 Cost.), che porta ad avere una decisione, dopo essere passati attraverso tutti i gradi di giudizio, in un tempo spaventosamente lungo, che può arrivare financo a dieci anni e più dall'introduzione del ricorso (con la conseguente condanna dell'Italia da parte della Corte Edu, ex art. 6 della Cedu).

Attenzione, però: la conciliazione e più in generale i modi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego in quanto vi è una situazione drammatica – nei termini sopra indicati – della giurisdizione statale, e pertanto in caso contrario, e cioè a fronte di una situazione florida del sistema giurisdizionale statale, allora si potrebbe fare a meno di sperimentare ovvero di ricorrere a soluzioni alternative per risolvere le liti. Invece, «conciliazione e arbitrato sono essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un "servizio" di buon livello: per la stessa logica, in virtù della quale l'intervento pubblico è opportuno so-

¹¹ Sul punto, v. T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. II, t. 2, ed. Milano, 2008 (ora in *Id.*, *La lotta per i diritti*, ESI, Napoli, 2011, 147 ss.).

lo ove si renda necessario»¹². Quindi, la conciliazione e più in generale i modi alternativi di risoluzione delle controversie hanno un valore intrinseco, e meritano di essere promosse indipendentemente dalla loro caratteristica di potere alleggerire la pressione sul sistema giudiziario. Quindi, le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili, restano libere di conservare il pieno controllo sugli atti posti in essere mediante l'esercizio della propria autonomia e, pertanto, possono decidere di addivenire a forme di autocomposizione o eterocomposizione dei propri interessi che, pur situandosi al di fuori del fenomeno giurisdizionale, trovano eguale riconoscimento sotto il profilo costituzionale.

Il fatto che le ADR sono una sorta di giustizia contrattuale e che la decisione ha effetti assimilabili a quelli del contratto, le rende ammissibili sul piano costituzionale. Certo, qui il discorso andrebbe affrontato con maggiore profondità; sul punto basta ricordare l'indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 276 del 2000 (confermato con la sent. n. 403 del 2007 e l'ord. n. 51 del 2009), che ha ritenuto legittimi i tentativi obbligatori di conciliazione, ex art. 24 Cost., a condizione che questi siano finalizzati a dilazionare, e non certo a negare o circoscrivere, l'intervento del giudice, per ottenere un miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale. Scrive la Corte, «il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo [...] il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio. La logica che impone alle parti di "incontrarsi" in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi fin dall'inizio in contraddittorio fra le parti». Affermazioni pienamente condivisibili.

¹² Così F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, nel sito web: www.judicium.it.

I diversi modelli di ADR si differenziano, oltre che per la loro differente natura e struttura giuridica, anche per il diverso grado di autonomia immanente agli stessi, il quale raggiunge la massima espansione nella negoziazione, in cui le parti assumono il pieno controllo in ordine alla gestione della controversia. Infatti, l'autonomia privata trova il suo massimo grado di esplicazione nella fase della negoziazione, all'interno della quale le parti mantengono il pieno controllo della procedura e procedono all'autoregolamentazione dei propri interessi, attraverso un dialogo costruttivo e scambiandosi reciprocamente ogni informazione utile alla gestione delle problematiche emerse nel corso del negoziato.

La conciliazione, invece, consiste in un procedimento mediante il quale le parti tentano di raggiungere la risoluzione della controversia per mezzo di un soggetto – il conciliatore – estraneo alla questione ed equidistante dai contrapposti interessi, il quale sollecita gli istanti a pervenire ad un'intesa. Nella conciliazione si assiste all'intervento di un terzo imparziale, indipendente e neutrale, che mette in relazione i soggetti e favorisce il dialogo tra i medesimi, i quali restano liberi di raggiungere un accordo oppure di intraprendere un'azione giudiziale.

Le ADR debbono essere valutate sul piano qualitativo, dal momento che risultano sottesie alla risoluzione delle controversie attraverso una modalità dialogica di approccio, espressione sia del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che rimedio complementare agli altri mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento. Pertanto, le ADR svolgono un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adottati nelle ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. Il loro impiego, insomma, deve essere favorito solo qualora esso non rappresenti un ostacolo per l'accesso alla giurisdizione ma piuttosto una garanzia ulteriore e complementare a essa. Si tratta, quindi, di un diverso paradigma di giustizia.

3. UNA PANORAMICA SULLE ADR IN ITALIA

Grazie alle meritoria iniziativa dell'Istituto scientifico per l'arbitrato e il diritto commerciale, che pubblica annualmente un importante *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in*

*Italia*¹³, abbiamo un costante monitoraggio sullo sviluppo e la diffusione delle ADR in Italia. Nel 2008, per quanto concerne la sola conciliazione, abbiamo 105 servizi di conciliazione istituiti presso le Camere di commercio, 17 presso i Co.Re.Com (comitati regionali per la comunicazione) e 58 centri di conciliazione al di fuori del sistema camerale, di cui 40 che offrono servizi di conciliazione amministrata e 18 che offrono servizi di cd. conciliazione paritetica, ovvero servizi che nascono sulla base di accordi tra l'impresa e le associazioni di consumatori. Abbiamo procedure di conciliazione nelle controversie di lavoro privato (artt. 410-412 *bis* c.p.c.) e alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; in materia di diritto d'autore (D.Lgs. n. 68 del 2003); in materia di patti di famiglia (artt. 768 *bis*-768 *octies* c.c.); in materia di consumo (D.Lgs. n. 203 del 2006) e altro ancora.

Per quanto riguarda l'arbitrato, invece, abbiamo 69 Camere arbitrali istituite presso le Camere di commercio e 24 Camere arbitrali al di fuori del sistema camerale. Vanno poi ricomprese quelle Camere che svolgono entrambe i servizi, sia di conciliazione che di arbitrato. Fra queste, la "Camera di conciliazione e di arbitrato per le controversie fra investitori ed intermediari" presso la Consob¹⁴; e la ex "Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport" presso il Coni, ora trasformata nel "Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport", dove il tentativo di conciliazione non è più in una fase autonoma del procedimento, come avveniva precedentemente, ma viene svolto nella prima udienza arbitrale¹⁵.

Una crescita davvero esponenziale di centri per la conciliazione si è avuta di recente, complice l'approvazione del D.Lgs. n. 28 del 2010 e il d.m. n. 180 del 2010, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali¹⁶. Nata, la legge, anche sulla base del recepimento della direttiva 2008/52/CE,

¹³ Il *Rapporto* viene pubblicato dall'Istituto scientifico per l'arbitrato e il diritto commerciale con il concorso della Unioncamere, la Camera di commercio di Milano e la Camera arbitrale di Milano e con il patrocinio della Camera dei deputati e del Ministero della Giustizia. Nel 2010 è stato pubblicato il *Terzo Rapporto* (riferito all'anno 2008).

¹⁴ Su cui, v. D. SICLARI, *La Camera di conciliazione presso la Consob e la relativa procedura. Prime note*, nel sito web: www.amministrazioneincammino.it.

¹⁵ Sul tema, sia consentito il rinvio a T.E. FROSINI, *L'arbitrato sportivo: teoria e prassi*, in *Studi in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011.

¹⁶ Su cui, v. F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss.; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, 354 ss.

sulla mediazione civile e commerciale. È una novità per l'ordinamento italiano che, a regime, è destinata a modificare la mappatura del processo civile. La mediazione è lo strumento per addivenire alla conciliazione; per arrivare a ciò, vi è il supporto degli organismi, ovvero enti pubblici o privati, abilitati a svolgere il procedimento di mediazione (senza l'autorità per imporre una soluzione), iscritti in un registro istituito con decreto del Ministro della Giustizia. Chiunque può accedere alla mediazione, purché si pongano questioni inerenti diritti disponibili, senza escludere aprioristicamente forme di negoziazione. Non sono previste formalità particolari ed è possibile utilizzare anche modalità telematiche. Sono stati previsti, essenzialmente, tre tipi di mediazione: 1) *facoltativa*, quando viene liberamente scelta dalle parti; 2) *obbligatoria*, quando è imposta dalla legge; il procedimento di mediazione deve essere esperito, a pena di improcedibilità (da eccepire nel primo atto difensivo dal convenuto, oppure dal giudice non oltre la prima udienza), nei casi di svariate controversie; 3) *giudiziale*, quando è il giudice a invitare la parte a intraprendere un percorso di mediazione (con ordinanza); l'invito potrà essere fatto in qualunque momento, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. La mediazione non può riguardare: i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento di rito di cui all'art. 667 c.p.c.; i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 c.p.c., comma 3, c.p.c.; i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione, relativi all'esecuzione forzata; i procedimenti in camera di consiglio; l'azione civile esercitata nel processo penale.

Sul decreto legislativo incombe ora una questione di costituzionalità sollevata dal Tar Lazio (il 12 aprile 2011). Infatti, è stato ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28 del 2010 poiché in contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui, in materia di mediazione civile, introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione; prevede che l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o

rilevata d'ufficio dal giudice. Infatti, la norma da un lato determina una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, e dall'altro eccede dai criteri fissati dalla legge delega n. 69 del 2009, atteso che tale legge nulla dice in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale. Ancora: è stato ritenuto altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, del D.Lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di "serietà ed efficienza".

La norma più vulnerabile, sotto il profilo dello scrutinio di costituzionalità, appare l'art. 5, comma 1, del decreto legislativo, laddove prescrive l'obbligatorietà insieme all'onerosità per il servizio di mediazione. Ovvero, suscita perplessità e dubbi rispetto all'art. 24 Cost., che esclude che l'accesso alla giustizia sia subordinato al pagamento di una somma di denaro, che non sia un tributo giudiziario o una cauzione. Quindi, l'obbligatorietà, come già detto precedentemente, non risulta essere motivo di incostituzionalità, ma laddove è associata anche all'onerosità allora il giudice delle leggi potrebbe senz'altro censurarla, dichiarando illegittimo l'art. 5, comma 1. Altro dubbio, riguarda l'eccesso di delega: la legge delegata (n. 69 del 2009), infatti, aveva stabilito che la mediazione doveva darsi «senza precludere l'accesso alla giustizia», essa, evidentemente, non faceva riferimento alla possibilità della parte di adire il giudice dopo la mediazione, cosa scontata e ovvia, ma faceva piuttosto riferimento alla necessità che la mediazione non condizionasse il diritto di azione, e quindi non fosse costruita come condizione di procedibilità, come invece risulta dall'art. 5 del decreto legislativo¹⁷.

¹⁷ Sugli aspetti riguardanti le questioni di costituzionalità del decreto legislativo, cfr. I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, nel sito web: www.judicium.it e R. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, nel sito web: www.astrid-online.it (e in corso di stampa su *Foro it.*).

4. FOCUS: LA CONCILIAZIONE PRESSO I CO.RE.COM

Tra le più diffuse procedure di conciliazione c'è senz'altro quella presso i Comitati regionali per le comunicazioni (d'ora in poi: Co.Re.Com): basti pensare che nel 2007 le domande di conciliazioni presso questi organismi erano 33.167 divenute 38.801 nel 2008, rappresentando oltre il 65% della conciliazione in Italia. Si tenga però conto, come dirò meglio più avanti, che la conciliazione presso i Co.Re.Com è obbligatoria in base alla legge.

Si è scelto di svolgere un *focus* sulla procedure conciliative presso i Co.Re.Com, vuoi, come detto, per la loro diffusione che le pone quale ADR più utilizzato, vuoi per la loro particolarità e le implicazioni giuridiche sottese¹⁸. Vediamo innanzitutto le fonti, che regolano il sistema. La *Grundnorm*, per così dire, è la legge n. 249 del 1997, istitutiva dell'Autorità garante per le comunicazioni (AG-COM), e in particolare l'art. 1, comma 11, prevede che «L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione» e poi al comma 13 specifica che «Riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione, sono funzionalmente organi dell'Autorità i comitati regionali per le comunicazioni, che possono istituirsi con leggi regionali entro sei mesi dall'insediamento, ai quali sono altresì attribuite le competenze attualmente svolte dai comitati regionali radiotelevisivi». In tal sen-

¹⁸ Diversi, in dottrina, gli studi dedicati alla ADR nelle comunicazioni: G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali* e G. GARDINI, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, entrambi in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6, 2008, 833 ss. e 851 ss.; I. PAGNI, *Le controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti*, nel sito web: www.judicium.it.

so, va ricordata la delibera 52/99 con cui l'Autorità, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, ha stabilito gli indirizzi generali relativi alla struttura dei Co.Re.Com. Tali indirizzi riguardano la composizione dei Co.Re.Com, i requisiti di professionalità e indipendenza richiesti ai loro membri, il procedimento di nomina, la durata della carica, il quadro delle incompatibilità, i criteri generali per l'organizzazione interna e il finanziamento.

Prima questione, che vale la pena evidenziare, la legge n. 249 del 1997 ha attribuito ai Co.Re.Com una "doppia natura": organi regionali quanto alla struttura e al funzionamento, da una parte, e organi "funzionali" dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'altra parte. I Co.Re.Com sono dunque "organi misti", ai quali sono attribuiti sia compiti di consulenza delle Regioni in materia di comunicazione, sia competenze delegate dall'Autorità al fine di garantire «le esigenze di decentramento sul territorio» nell'esercizio delle funzioni in materia di comunicazioni, anche in applicazione dell'art. 117, comma 3, Cost., che inserisce l'"ordinamento della comunicazione" fra le materie a competenza concorrente Stato/Regione.

In attuazione alle disposizioni legislative, hanno fatto seguito l'approvazione di delibere da parte dell'Autorità: la 53/99/CONS ha approvato il regolamento relativo alla definizione delle materie di competenza dell'Autorità delegabili ai Co.Re.Com, individuando le funzioni delegabili e le procedure di delega¹⁹, ivi compresa la definizione delle controversie tra operatori e utenti; la 141/01/CONS, che ha adottato il regolamento delle controversie tra organismi di telecomunicazioni; la 182/02/CONS, che ha adottato il regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti; poi modificato con delibera 137/06/CONS, che prevede che il tentativo di conciliazione

¹⁹ Si tratta di: 1) funzioni consultive in materia di definizione dei criteri relativi alle tariffe massime per l'interconnessione e l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni, di emanazione delle direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione da parte di ciascun operatore di una carta di servizio standard per ciascun comparto di attività; 2) funzioni di vigilanza e controllo in materia di interferenze elettromagnetiche, di rispetto dei diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni, di rispetto dei tetti di radiofrequenze compatibili con la salute umana, di conformità alle prescrizioni di legge dei servizi e dei prodotti forniti da ciascun operatore, nonché delle modalità di distribuzione degli stessi; 3) funzioni istruttorie in materia di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni e di controversie tra operatori e utenti privati. Inoltre, in materia di registro degli operatori di comunicazioni, i Comitati possono essere chiamati a svolgere sia una funzione consultiva in merito al regolamento concernente la tenuta del registro, sia funzioni di gestione diretta del registro medesimo.

si svolga davanti ai Co.Re.Com; la delibera 173/07/CONS (e succ. mod.: delibera 95/08/CONS), che disciplina un nuovo regolamento in tema di raccordo tra processo e tentativo di conciliazione; infine, la delibera 479/09/CONS, che disciplina una serie di modifiche al regolamento sulla risoluzione delle controversie fra operatori e utenti, accentuando il dettaglio processuale. A tutte le delibere citate va aggiunto il D.Lgs. n. 259 del 2003 (il cd. "Codice delle comunicazioni"), in particolare gli artt. 23 e 42, che riguardano la risoluzione delle controversie, senza però incidere significativamente su quanto già disciplinato (salvo incentivare l'introduzione di metodi *on line* di composizione della lite)

La materia della controversia riguarda per lo più gli addebiti in bolletta di chiamate per numeri speciali, satellitari, internazionali, mancato inserimento nell'elenco telefonico, i disservizi tecnici, il cambio di gestore non richiesto, l'attivazione/disattivazione non richiesta di servizi, i problemi legati a Internet o ADSL. Il quadro normativo e regolamentare è così riassumibile: «a) distinzione netta, in punto di disciplina, tra le controversie che vedono contrapposti gli operatori tra loro e quelle in cui si fronteggiano invece operatori e utenti, indipendentemente dal fatto che si tratti di consumatori o professionisti; b) conseguente sovrapposizione con le norme sostanziali e processuali a tutela del consumatore, che vengono fatte salve, e che, proprio per questo, debbono essere tenute presenti dinanzi all'insorgere della lite; c) previsione di un tentativo di conciliazione obbligatorio, laddove, invece, le controversie dei consumatori e quelle promosse dalle associazioni si caratterizzano sempre per la natura facoltativa del tentativo; d) possibilità di un espletamento del tentativo, oltre che davanti ai Co.Re.Com e alle Camere di commercio, anche dinanzi agli organismi previsti dall'art. 141 del Codice del consumo; e) inserimento tra i titoli esecutivi del verbale di conciliazione stragiudiziale, pur in assenza di un controllo di regolarità formale sul modello dell'omologa; f) possibilità per entrambe le parti, o per il solo utente, e purché non sia stata già adita la magistratura ordinaria, di chiedere all'Autorità la definizione della lite con atto vincolante, impugnabile dinanzi al TAR Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva; g) potere, demandato al Co.Re.Com in pendenza del tentativo di conciliazione e all'Autorità in sede decisoria, di adottare "provvedimenti temporanei", sulla falsariga delle misure cautelari del codice di rito, "diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio", eventualmente sospeso dall'operatore, o "a far cessare

forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'operatore"»²⁰.

Si è già detto che la conciliazione presso i Co.Re.Com è obbligatoria («condizione di procedibilità dell'azione», secondo il regolamento): tale vincolo procedurale è stato ritenuto legittimo dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 24334 del 2008, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di contratti in materia di telecomunicazioni tra utenti e soggetto autorizzato o destinatario di licenze rientranti tra le fattispecie disciplinate dalla legge 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo") e dal «regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti" approvato da detta Autorità, anche le controversie volte a stabilire se sia stato o meno stipulato uno dei predetti contratti, sono assoggettate alla disciplina prevista in detta normativa nel comma 11 dell'art. 1 della legge e negli artt. 3 e 4 del regolamento; e quindi l'attore, prima di agire in giudizio, è tenuto a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio (c.vo mio)». Anche la Corte costituzionale si è pronunciata, con sentenza n. 403 del 2007, sull'obbligatorietà della conciliazione, ritenendola pienamente conforme all'art. 24 Cost., essendo – la conciliazione – finalizzata ad assicurare «l'interesse generale al soddisfacimento più immediato di situazioni sostanziali, realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito mediante il processo». La questione, semmai, può riguardare la competenza esclusiva di dettare regole rilevanti, quali quelli sulla tutela pre-giudiziale dei cittadini in forma peraltro obbligatoria, a un'Autorità priva di legittimazione democratica e fuori del circuito della democrazia rappresentativa. Ebbene, questo, che è ormai un diffuso *refrain* nelle storie e vicende delle Autorità amministrative indipendenti, solleva più di un dubbio con riferimento al rispetto del principio di legalità e alla possibilità di limitare il diritto alla difesa in giudizio (un altro esempio di Autorità che si erge a giurisdizione è quello della protezione dei dati personali: art. 145 del cd. "Codice della *privacy*", che prevede, in caso di lesione di diritti soggettivi (ex art. 7 del

²⁰ Si riporta per intero la chiara sintesi di I. PAGNI, *op.cit.*, 4.

Codice), l'alternatività del ricorso al Garante oppure dinanzi alla giurisdizione ordinaria)²¹.

La conciliazione presso i Co.Re.Com può concludersi con successo, e quindi verrà redatto e sottoscritto un verbale, che ha valore di titolo esecutivo in cui saranno indicati i punti controversi e si darà atto dell'accordo. Altra questione, più complessa e meno lineare, è invece il mancato accordo e quindi il fallimento della procedura di conciliazione. Infatti, a questo punto, si aprono le porte del giudizio: le parti potranno ricorrere alla ordinaria tutela giurisdizionale davanti all'Autorità giudiziaria (dopo 30 giorni dalla proposizione dell'istanza), ovvero alla speciale tutela davanti all'AGCOM, che dovrà definire la controversia entro un termine massimo di 90 giorni (art. 16 della delibera n. 173/07/CONS). È questo secondo percorso di tutela che lascia perplessi. Primo, perché si attribuisce all'AGCOM una funzione paragiurisdizionale²², che non ha nessun fondamento costituzionale; secondo, perché il provvedimento che verrà assunto sarà un atto, o decisione che dir si voglia, amministrativo, e quindi soggetto a impugnativa davanti al giudice amministrativo (Tar Lazio, nella specie). Generando, in tal modo, una doppia via: ricorso al giudice ordinario, qualora le parti vogliano rivolgersi direttamente all'Autorità giudiziaria; ricorso al giudice amministrativo, nel caso in cui le parti dopo essersi rivolti all'AGCOM vorranno impugnare la decisione presa. Certo, va riconosciuto che la decisione che verrà assunta dall'AGCOM, stante le obiezioni di cui prima, riflette un'attività istruttoria, ad alto elevato tecnico, effettuata da un soggetto indipendente preposto alla cura di un interesse specifico. Pur sempre, però, soggetto al sindacato giurisdizionale.

Infine, vale la pena fornire alcuni dati sulle procedure conciliative presso i Co.Re.Com: il valore medio è pari a € 120,00 (con un aumento per le procedure relative ai clienti *business*); la durata media si attestata sui 71 giorni (sebbene l'art. 3, comma 3, della delibera 173/07/CONS preveda la conclusione della procedura entro 30 giorni); l'esito è diffusamente favorevole alla conclusione

²¹ Sull'attività contenziosa delle Autorità amministrative indipendenti, v. M. CLARICH, *L'attività delle Autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 149 ss.; G. DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, 2003, 269 ss.; M. GIOVANNINI, *op. cit.*, 235 ss.

²² Più sfumata la definizione di "amministrazione in forma contenziosa": I. PAGNI, *op. cit.*, 10.

positiva della conciliazione, tenuto conto che il mancato accordo è pari al 17,3% delle procedure²³.

In conclusione, alcuni rapidi cenni ai problemi e alle prospettive dell'ADR nelle comunicazioni, oltre a quelli già discussi precedentemente. Faccio un mero elenco delle questioni: 1) ampliare le sedi dei Co.Re.Com., che sono soltanto nei capoluoghi regionali e creano, pertanto, difficoltà agli utenti, i quali devono presenziare personalmente all'udienza, oppure un rappresentante munito di procura. Occorrerebbe, altresì, introdurre modi e motivi per l'incentivazione alla partecipazione della controparte al procedimento; 2) riflettere adeguatamente sulla composizione dei Co.Re.Com., in particolare relativamente al problema della nomina e della professionalità dei suoi componenti, magari prevedendo alcuni requisiti formali di professionalità; 3) pensare e proporre soluzioni relative al dopo conciliazione, cioè nel caso di mancato accordo: ovvero trasferire la lite in sede arbitrale anziché andare davanti l'Autorità o il giudice. In tal senso, allora, si può ipotizzare l'istituzione di una "Camera di conciliazione e arbitrato per le comunicazioni", magari presso i Co.Re.Com. e sotto il controllo dell'AGCOM; 4) Tenere in debito conto gli sviluppi in materia di telematica, specialmente in tema di accesso alla rete Internet, e telecomunicazione radiotelevisiva, anche al fine di regolare le possibili controversie secondo un diverso paradigma di giustizia, che è quello delle ADR. Per promuovere e diffondere una cultura che ha l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia.

²³ Dati ricavati dal *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, cit., 66 ss.