

*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION PROCEDURES*  
E ATTIVITÀ DEL CO.RE.COM.\*

Giovanni Sciancalepore\*

L'interesse che il *favor conciliationis* va via via assumendo nel nostro ordinamento, come nell'Europa tutta, conduce ad alcuni brevi cenni del fenomeno nei paesi in cui ha avuto origine e si è affermato come modello di giustizia "alternativo" allo *strict law* proprio della giurisdizione ordinaria.

L'acronimo *ADR* (*Alternative Dispute Resolution procedures*), entrato ormai nel gergo comune, sta ad indicare i "sistemi di negoziazione strutturata dell'autodeterminazione", nati negli Stati Uniti, nei quali il provvedimento di composizione della lite non risulta eteroimposto dalla volontà di un giudice terzo, ma si viene formando attraverso un graduale processo di ravvicinamento delle ragioni delle parti coinvolte, guidate dall'attività *maieutica* di un intermediario.

Molteplici sono le ragioni del successo delle *ADR* che vanno da fattori essenzialmente strutturali, connessi cioè a disfunzioni e carenze proprie del sistema giudiziario americano a motivazioni sostanziali, legate alla possibilità di un giudizio più equo perché tarato sulle necessità degli istanti e, magari, concordato. Ed invero, "confidenzialità" delle procedure, e "autosoddisfazione dell'approccio consensuale" sembrano colmare quel divario tra realtà dei fatti e verità processuale, tipico della natura conflittuale e antagonista del processo ordinario.

La ricerca di strumenti alternativi al processo ordinario si deve principalmente alla volontà di assicurare ai cittadini il riconoscimento dei propri diritti attraverso un sistema *informale* d'accesso alla giustizia, *più celere* perché non appesantito dal rigido proceduralismo, *più effettivo* perché differenziato in relazione alle peculiarità della materia del contendere, *più utile* perché maggiormente attento alle reali esigenze delle parti.

L'estrema varietà delle tecniche *ADR*, amplificata dalla loro costante metamorfosi, rende arduo se non velleitario qualsiasi intento classificatorio che aspiri alla completezza; l'imbarazzo degli interpreti si manifesta sia a livello metodologico cioè in relazione alla scelta dei criteri tassonomici, sia a livello puramente descrittivo, essendo qualsiasi risultato prevedibilmente vanificato dall'emergere di ulteriori strumenti innovativi. Questo non significa che non sia possibile rintracciare tra i tanti modelli esistenti similitudini e differenze. E infatti, la dottrina è solita collocare le molteplici forme di *ADR* in un sistema binario: le procedure "aggiudicative" nelle quali spicca l'attività decisionale di un soggetto terzo che dirime la controversia (l'esempio paradigmatico è l'arbitrato), e le procedure "mediative", mezzi di composizione della lite "non decisionali" che si concludono con un accordo delle parti come la conciliazione.

Le *ADR* riconducibili allo schema conciliativo sono senza dubbio quelle che hanno incontrato maggior fortuna e diffusione, dovuta, con ogni probabilità, all'idea che una soluzione "concordata"

---

\* Relazione del 5 dicembre 2017, svolta al convegno "Risoluzione alternativa delle controversie: la conciliazione e il ruolo dei CO.RE.COM.", presso la sala B del Palazzo del Consiglio Regionale della Basilicata a Potenza.

\*Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Studi di Salerno. Direttore del medesimo Dipartimento.

sia di gran lunga preferibile ad una “imposta” da un terzo, che è, e resta sostanzialmente estraneo agli interessi delle parti. La logica che ne è fondamento non è la volontà di far valere le proprie ragioni, ma la ricerca di un accordo relativo alle proprie pretese. Il suo scopo è il raggiungimento di un ordine negoziale che possa soddisfare i contrapposti interessi delle parti. Potrebbe essere la conciliazione, definita un modello di risoluzione conflittuale “ontocentrico” che miri cioè, tramite la procedura in cui si articola, alla complessiva soddisfazione delle aspirazioni degli istanti.

Lo schema procedurale di base consta di diverse fasi. Al momento introduttivo, in cui è compito del conciliatore illustrare alle parti le modalità di svolgimento del procedimento, segue la fase del riconoscimento delle questioni controverse e della narrazione dei fatti che vi hanno dato causa. Protagoniste in senso assoluto, sono le parti che, tramite la presentazione dell'accaduto, espongono la propria versione dei fatti e specificano le proprie pretese in ordine alla definizione della contesa. Successivamente, e questo è il momento centrale dell'attività conciliativa, il mediatore riassume le opposte ragioni, formulando domande sugli aspetti poco chiari della vicenda e proponendo un ventaglio di possibili ipotesi conciliative.

La nascita e la diffusione degli strumenti alternativi è generalmente ricondotta al problema dell'ipertrofia giuridica e alla fisiologica reazione all'inefficienza della giustizia formale: le *ADR* rappresenterebbero la conseguenziale modalità di deflazione del carico giudiziario delle Corti.

Tuttavia, una più attenta analisi dei fattori che hanno contribuito al successo degli strumenti alternativi, smentisce l'esistenza di un legame esclusivo tra aumento del carico giudiziario e fuga dalla *rule of law*.

Infatti, l'utilizzo da parte dei tribunali di programmi di arbitrato e di mediazione *c.d. court annexed* dimostra come le *ADR* non operino sempre quale alternativa alle giurisdizioni ordinarie, assumendo spesso il ruolo di metodologie endoprocedimentali all'attività delle Corti stesse.

L'impiego “interno” delle *ADR* evidenzia non la volontà di individuare nuove risorse per far fronte alle esigenze del sovraccarico lavorativo dei tribunali, ma di impiegare diversamente quelle già esistenti.

Quanto poi alla sperata riduzione dei tempi processuali, va sottolineato che l'esito del tentativo di risoluzione delle controversie mediante una procedura alternativa può concludersi anche con un nulla di fatto, con relativa riassunzione della causa innanzi alle Corti ordinarie. Leggere la fortuna delle procedure alternative come spontanea risposta alle disfunzioni del sistema giudiziario risulta, quindi, manifestamente riduttivo se non semplicistico.

Nell'ordinamento interno, la legge di riferimento in materia è il D.lgs. n. 28 del 2010, come modificato dal D.lgs. n. 130 del 2015 e, da ultimo, aggiornato dal D.l. n. 50 del 2017, che non solo regola la conciliazione come sistema di risoluzione stragiudiziale, ma anche quale necessario momento endo - procedimentale.

Ed infatti, la mancata partecipazione della parte, senza giustificato motivo, alla procedura di mediazione costituisce una condotta stimabile ai fini della valutazione degli argomenti di prova da parte del giudice, ai sensi dell'articolo 116 c. p. c., ed incide sulla determinazione delle spese del giudizio.

Tali previsioni dimostrano l'intento del legislatore di arginare le condotte ostruzionistiche rispetto al ricorso al procedimento. La stessa giurisprudenza ne rimarca l'importanza, laddove, in diverse pronunce, dispone che l'assenza ingiustificata alla mediazione della parte parzialmente vittoriosa nel giudizio possa costituire giustificato motivo di compensazione parziale delle spese di lite.

Come già accennato, la definitiva consacrazione dell'istituto avviene con il D.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella L. 21 giugno 2017, n. 96, che ha stabilizzato nell'ordinamento l'efficacia della disciplina della mediazione obbligatoria, eliminando il suo carattere temporaneo.

Che l'attenzione verso l'istituto sia massima trova conferma anche nel rapporto del 2016, in tema di *European Judicial Systems. Efficiency and Quality of Justice* (Strasburgo 2016): nell'adunanza plenaria tenutasi il 7 dicembre 2016, il *Cepej* ha aggiornato le *guidelines* dirette a migliorare l'efficienza della giustizia (*Structural Measures Adopted by Some Council of Europe Member States to Improve the Functioning of Civil and Administrative Justice. Good Practice Guide*) e la relazione, nell'indicare soluzioni peraltro già adottate dal Parlamento e dal Governo italiano, ha incluso anche un paragrafo su conciliazione e mediazione, riportando le diverse iniziative assunte dai paesi del Consiglio d'Europa e in particolare dai paesi membri dell'Unione.

In prospettiva comparatistica è interessante rilevare come la recente legge di riforma francese sull'amministrazione della giustizia del 18 novembre 2016 – nella dichiarata volontà di favorire i modi alternativi per risolvere i conflitti – abbia previsto che per le questioni di modesta entità l'interessato presenti un'istanza scritta per tentare una procedura di mediazione, se il primo tentativo extraprocessuale è fallito; ciò a pena di improcedibilità. La mediazione, come di consueto, è svolta da un mediatore terzo imparziale e competente, oppure da persona nominata dal tribunale ad istanza delle parti. All'accordo viene riconosciuto carattere esecutivo, quando omologato dal giudice. La mediazione può essere chiesta, anche prima dell'avvio della procedura giudiziaria, su istanza di parte e per iniziativa d'ufficio.

Anche a livello sovranazionale si conferma l'interesse per le procedure alternative.

Si pensi a titolo esemplificativo: alla Raccomandazione n. 9/2001, che specifica i caratteri inderogabili degli organismi *ADR*, quali l'indipendenza e l'imparzialità del soggetto giudicante, il rispetto del giusto procedimento e dell'uguaglianza fra le parti, la garanzia della trasparenza, l'esecuzione della decisione, la ragionevole durata del procedimento; alla Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, nazionali e transfrontaliere, nello specifico ambito delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita, ovvero di servizi, tra professionisti stabiliti nell'Unione Europea ed i consumatori ivi residenti.

La Direttiva in parola mira a conciliare diversi valori: incrementare la formazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche che coniughi i caratteri della libera prestazione dei servizi e la concorrenzialità nell'offerta e garantire, comunque, un elevato grado di tutela degli utenti nei rapporti con gli operatori. Più in particolare, la Direttiva è ispirata dalla finalità di aumentare il livello di armonizzazione fra gli Stati assicurando ai soggetti consumatori l'opportunità, a livello transfrontaliero, di sollevare reclami innanzi ad organismi indipendenti, imparziali, tramite l'adozione di procedure trasparenti ed efficaci, destinate alla risoluzione delle controversie fuori dalle aule di giustizia. La disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'*ADR* tra gli Stati membri è considerata dall'Unione come una barriera allo sviluppo del mercato interno, una delle ragioni principali per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri, temendo che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico; al regolamento UE n. 524 del 21 maggio 2013 che ha istituito un sistema *online* per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, sia nazionali che transfrontaliere, nella materia delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita, o di servizi, tra professionisti e consumatori nei confini dell'Unione Europea (cd. *ODR, Online Dispute Resolution*).

Il citato decreto legislativo n. 130 del 6 agosto 2015 recepisce e attua gli ultimi due provvedimenti, che considerano le *ADR* quale meccanismo generale di risoluzione delle controversie, parallelo ai classici rimedi giurisdizionali, da attivarsi anche tramite l'impiego di procedure telematiche.

Con specifico riferimento al segmento delle comunicazioni elettroniche, come è noto, la legge istitutiva dell'Autorità, n. 249 del 1997, ha previsto l'impiego delle *ADR* quali strumenti risolutivi del contenzioso nascente tra operatori e utenti durante la fornitura del servizio.

In particolare, in base al menzionato decreto, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è incaricata della tenuta e l'aggiornamento di un elenco di soggetti abilitati a dirimere le controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali, nonché della definizione dei requisiti minimi affinché questi ultimi siano dotati delle necessarie garanzie di indipendenza e competenza.

A questo fine, il nuovo Regolamento dell'Autorità detta le regole procedurali necessarie per l'iscrizione dei soggetti all'interno di uno specifico elenco, nonché per la tenuta dello stesso, ai sensi del decreto legislativo n. 130 del 6 agosto 2015.

Tali previsioni aprono a significativi esiti di tutela del consumatore grazie anche alle modifiche al Codice del Consumo, con l'introduzione del Titolo II *bis*.

Le nuove previsioni sono applicabili alle diverse Autorità competenti nei vari settori, e cioè all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, alla Banca d'Italia, alla Commissione nazionale per la società e la borsa nonché all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. La lista dei soggetti abilitati a risolvere le controversie su iniziativa volontaria, sull'operato del quale vigila l'Autorità di volta in volta competente, è disponibile sul sito web dell'Autorità e notificato alla Commissione europea. Quest'ultimo viene periodicamente aggiornato, per l'inserimento in un *network* europeo di tali organismi.

A tal scopo, l'Autorità è tenuta a notificare l'elenco degli organismi *ADR* al Ministero dello sviluppo economico quale "punto di contatto unico" con la Commissione europea. Difatti, data la presenza di molteplici Autorità settoriali, il D.lgs. 130/2015 ha previsto l'istituzione di un tavolo di coordinamento e indirizzo presso il Ministero dello sviluppo economico (tavolo composto da un rappresentante per ciascuna Autorità competente) cui sono assegnati compiti relativi alla definizione degli indirizzi per l'iscrizione nei registri delle varie Autorità, l'individuazione dei criteri generali di trasparenza e imparzialità, nonché la determinazione dell'indennità dovuta per il servizio prestato dagli organismi *ADR*.

Le Autorità di settore sono altresì tenute ad incoraggiare la massima cooperazione tra gli organismi di *ADR* nella risoluzione delle controversie transfrontaliere sia tra *ADR* ed Autorità nazionali attraverso uno scambio di informazioni sulle prassi vigenti.

Nello specifico, il citato decreto sostituisce l'art. 141 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (cd. Codice del consumo), ed inserisce gli articoli dal 141-*bis* al 141-*decies*.

Il consumatore, in relazione ad ogni contratto di vendita o di prestazione di servizi che abbia dato luogo ad una controversia nazionale o transfrontaliera, può attivare con un "reclamo" una "procedura *ADR*" presso un "organismo *ADR*".

Ai nuovi organismi di composizione alternativa delle controversie è quindi assegnato il compito di gestire la procedura, avanzando una proposta di composizione della lite. L'*iter*, gestito dagli organismi *ADR*, sarà gratuito, o comunque potrà prevedere dei costi definiti come "minimi" a carico dei consumatori (art. 141-*quater*, comma 3, lettera c, cod. cons.), uniformandosi in tutti i casi ai principi fondamentali di indipendenza, imparzialità, trasparenza, efficacia, rapidità, equità.

La durata massima del procedimento è fissata in novanta giorni decorrenti dalla data di ricevimento, da parte dell'organismo *ADR*, del fascicolo completo della domanda. Solo in ipotesi di controversie particolarmente complesse, l'organismo *ADR* è legittimato a prorogare il termine fino a un massimo di novanta giorni, ed in tal caso le parti devono essere informate della proroga e del nuovo termine di conclusione della procedura.

Con l'adozione della Delibera 661/15/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni gli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche e dei servizi postali beneficiano di un ampliamento delle possibilità di tutela dei propri diritti, poiché sarà possibile ricorrere in via volontaria a procedure non giurisdizionali di definizione dei conflitti, tese alla composizione in via negoziale degli opposti equilibri in gioco.

Le nuove disposizioni si applicano alle procedure "volontarie" di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti o stabiliti nell'Unione europea, mentre è fatta espressamente salva la disposizione, di cui all'articolo 1, comma 11, della legge n. 249/1997, che prevede l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, secondo il procedimento delineato dalla delibera n. 173/07/CONS.

Pertanto, gli organismi *ADR* iscritti nell'elenco istituito dall'Autorità potranno essere chiamati a intentare una conciliazione nel settore dei servizi postali o nell'ambito delle comunicazioni elettroniche (per le controversie sorte in ambito nazionale o transfrontaliero) lì dove non è previsto il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione o, in ipotesi estrema, essere aditi una volta esperimento inutilmente tale tentativo, al fine di raggiungere una soluzione negoziale.

Il nuovo regolamento arricchisce i mezzi a disposizione dei cittadini per la tutela dei propri diritti nel settore dei servizi pubblici, moltiplicando gli organismi preposti alla composizione negoziale dei conflitti. A tal fine, il lancio di una efficace campagna educativa dell'utente circa l'utilizzo degli strumenti di tutela e salvaguardia dei diritti potrebbe determinare il successo delle nuove *ADR*, lì dove si tratta di forme di giustizia volontaria e dunque attivabili soltanto su iniziativa delle parti.

D'altro canto, il nuovo Regolamento, in linea con lo spirito e gli obiettivi dell'Europa e del mercato unico, affianca alla giustizia "territorialmente decentrata" di Co.Re.Com. e Camere di Commercio una giustizia che supera i confini nazionali, poiché beneficia delle semplicità procedurale e della a-territorialità offerte dalla Rete.

La connessione veloce, in questi termini, da obiettivo dell'Agenda Digitale e del Telcom Single Market diventa strumento proattivo della realizzazione del mercato unico transfrontaliero.

Va, tuttavia sottolineato che i Co.Re.Com., su delega di Ag.Com, continuano a svolgere un importante ruolo nella risoluzione delle controversie tra i cittadini e le compagnie di telecomunicazione per agevolare il superamento di disservizi.

Difatti, l'utente – consumatore o professionista che sia – per risolvere una inefficienza del servizio, dovrà rivolgersi al Co.Re.Com, sperando il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Infatti, nell'ipotesi in cui il reclamo fatto direttamente all'Operatore telefonico non abbia portato alla risoluzione della problematica o se la soluzione offerta dal Gestore non sia risultata esauriente o soddisfacente l'utente per vedere accolte le proprie domande, può usufruire della procedura di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori regolata dalla delibera 173/07/Cons. istituita dall'Ag.Com.

Il tentativo di conciliazione svolto presso il Co.Re.Com. è una procedura obbligatoria ed infatti il preventivo svolgimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità del

ricorso in sede giurisdizionale. Per adire il giudice ordinario non è tuttavia necessario attendere la conclusione della procedura conciliativa, ma è sufficiente che siano decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della domanda di conciliazione.

Gli utenti e i gestori dei servizi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse, prima di avviare una causa in sede giudiziaria, devono promuovere un tentativo di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com. competente per territorio (eccezione fatta per i casi previsti dall'Art. 2, commi 2 e 3 del Regolamento) attraverso il Formulario UG.

Giova sottolineare che nel procedimento di conciliazione non può essere richiesto il risarcimento dei danni, ma soltanto gli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. La procedura presso il Co.Re.Com. è completamente gratuita e il verbale di conciliazione ha valore immediatamente esecutivo.

Merita considerazione il dato, chiarito anche dalla più recente giurisprudenza, secondo cui nell'eventualità dell'insorgere di una controversia fra operatore e utente, l'organismo legislativamente preposto dinanzi al quale esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione assume la veste di un soggetto neutrale rispetto alle posizioni contrapposte, avente la funzione di "mediatore di interessi". Sicché, quest'ultimo non adotta – a differenza dell'arbitrato – una decisione vincolante per le parti, piuttosto promuove l'individuazione di una soluzione negoziale della disputa, facilitando la formazione di un accordo stragiudiziale in grado di individuare un punto di equilibrio condiviso fra le parti contrapposte.

Nel caso, invece, di eventuale e successiva definizione della controversia da parte dell'Autorità amministrativa (o del Co.Re.Com. delegato), dinanzi all'Autorità si svolge un procedimento amministrativo di tipo giustiziale volto a risolvere un conflitto fra interessi contrapposti e classificato come esempio di "*regulation by litigation*".

A differenza degli ordinari ricorsi amministrativi, la controversia non coinvolge l'Autorità in qualità di parte, piuttosto questa è chiamata a dirimere il conflitto fra due soggetti terzi, l'operatore e l'utente finale. Oggetto del contendere non sono infatti i provvedimenti dell'Autorità, ma i conflitti sorti nell'ambito dei rapporti fra le parti.

La Cassazione ha escluso che la decisione assunta dall'Autorità atta a dirimere le controversie tra operatori e utenti assuma natura "paragiurisdizionale", poiché il nostro ordinamento non conosce un *tertium genus* fra amministrazione e giurisdizione e, d'altronde, la Costituzione all'art. 102 vieta di istituire giudici speciali.

Il provvedimento dell'Autorità risolutivo della questione costituisce pertanto una decisione amministrativa che non assume natura di cosa giudicata, ma è suscettibile di essere impugnato con gli ordinari rimedi giurisdizionali innanzi al Tribunale amministrativo.

La giurisprudenza citata ha dunque segnato un punto di svolta nell'ambito del dibattito dottrinale, sorto all'indomani della istituzione delle Autorità amministrative indipendenti, sulla natura della cd. "funzione giustiziale o contenziosa" svolta dalle prime.

Secondo una autorevole e più risalente impostazione, le Autorità indipendenti, oltre a svolgere funzioni tipicamente amministrative – vale a dire, esercitate in base a una valutazione comparata dei vari interessi compresenti, primari e secondari, ai fini della scelta da adottare nell'ambito dell'interesse pubblico – in determinati casi svolgono la funzione consistente nella "*applicazione della legge, ancorché tale applicazione non consista nella meccanica traduzione della volontà astratta del legislatore in atti concreti, ma nella valutazione dei presupposti della fattispecie astratta,*

*in base ai precetti tecnici richiamati dal legislatore e suscettibili di vario apprezzamento...".* L'attribuzione della funzione di garanzia dei diritti, svolta in posizione neutrale nell'ambito di un giudizio caratterizzato da elevata discrezionalità tecnica collocherebbe le Autorità in una posizione distante da quella amministrativa, inducendo a qualificare le funzioni di dette Autorità come para-giurisdizionali, cioè sostanzialmente contigue alla funzione decisoria del giudice.

In posizione distante da siffatto orientamento si pongono coloro che hanno sostenuto che le Autorità indipendenti, pur essendo soggette alla legge, siano al medesimo tempo preposte alla tutela degli interessi sensibili (pluralismo, mercato, *privacy*, tutela del risparmio...) che questa le attribuisce.

In tal guisa, le Autorità risolvono il conflitto tra le parti intervenendo *ex post* a dirimere la controversia in qualità di amministrazione attiva, cioè perseguendo l'interesse primario tramite l'adozione di una decisione di natura amministrativa.

La natura discrezionale del potere di risoluzione delle controversie dell'Autorità comporta il riconoscimento di un potere di apprezzamento di tutte le circostanze di fatto che hanno condizionato il rapporto sottostante, e subordina la decisione finale al perseguimento e alla tutela dell'interesse pubblico affidato.

In altri termini, la definizione della controversia da parte dell'Autorità è funzionalizzata agli obiettivi da questa perseguita. Le Amministrazioni indipendenti non si collocano, dunque, in posizione neutrale e indifferente rispetto agli interessi in conflitto, né assumono una funzione sostanzialmente giurisdizionale nel risolvere la controversia.

Difatti, mentre l'amministrazione definisce il conflitto guidata da un particolare interesse pubblico alla cui tutela è strutturalmente preposta, la funzione giurisdizionale è volta ad applicare la legge nei singoli casi sottoposti al suo giudizio, in posizione equidistante rispetto agli interessi coinvolti nella controversia.