

ABSTRACT

La scelta del tema delle Autorità amministrative indipendenti e della vigilanza sugli organismi responsabili delle Alternative Dispute Resolution (d'ora in poi semplicemente organismi ADR), è derivata, oltre che dall'interesse personale, dalla volontà di approfondire l'impatto che un fenomeno di grande attualità, quale quello degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, abbia avuto sulla disciplina, sul ruolo e sulle funzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti. L'intento di chi scrive è quello di comprendere come ciascuna delle *Authority* interpreti, nel settore di competenza, il proprio ruolo rispetto agli organismi ADR; con occhio attento alla dimensione concreta ed applicativa.

A mo' di introduzione non mancherà un riferimento ai principi ed agli elementi fondanti del fenomeno delle procedure ADR, passando attraverso un rapido excursus della esperienza statunitense. Si cercherà poi di ripercorrere il percorso normativo del legislatore europeo, nel tentativo di regolare in fenomeno delle ADR, per focalizzarsi in particolare sull'impatto che la Direttiva ADR ha avuto sugli ordinamenti europei e su quello italiano in particolare.

Una volta introdotti i concetti generali, utili all'intera esposizione, si passerà allo studio dei tre settori d'interesse osservando per ciascuno di essi, quali procedure ADR e quali organi di queste responsabili si siano affermati e come ciascuna delle Autorità di settore abbia reagito rispetto alla Riforma del titolo V del Codice del Consumo; ponendo enfasi sugli atti che ciascun regolatore indipendente ha assunto nell'esercizio delle nuove funzioni derivanti dall'art. 141 *decies* del Codice del Consumo.

La ricerca si avvarrà dei dati ottenuti dalle interviste rilasciate dai funzionari delle Autorità di settore.

RINGRAZIAMENTI

Preme ringraziare *in primis* la prof.ssa Boschetti, che con le Sue indicazioni e la Sua impagabile guida ha reso possibile il seguente lavoro.

Per la cordialità e la disponibilità dimostrate durante le interviste si ringraziano poi:

- l'Avvocato Enrico Maria Cotugno, Segretario generale della direzione tutela dei consumatori dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
- La segreteria del Consigliere, dott. Mario Valducci per l'Autorità di Regolazione dei Trasporti,
- L'Avvocato Ettore Ponz de Leon, collaboratore della Direzione Consumatori, Conciliazioni e Arbitrati dell'Autorità per l'Energia elettrica il gas e il sistema idrico.

INTRODUZIONE

All'origine del fenomeno delle procedure ADR

Uno dei temi più scottanti dell'esperienza giuridica moderna e contemporanea è quello dell'effettività della tutela giurisdizionale. La giurisdizione nell'ultimo trentennio è stata chiamata a far fronte a notevoli carenze politiche ed a frequenti silenzi legislativi; che l'hanno portata ad appropriarsi di funzioni che nello Stato costituzionale di diritto spetterebbero ad altri poli istituzionali¹.

A queste circostanze si sono accompagnate anche ulteriori difficoltà derivanti più strettamente dall'amministrazione della giustizia. Si è assistito in particolare ad una congestione dei tribunali italiani, che sono stati subissati da un quantitativo di cause² che va oltre le risorse a disposizione della magistratura³ e che ha condotto ad ingenti ritardi nella decisione finale delle controversie.

Un tale quadro ha cagionato dei costi⁴ e delle tempistiche irragionevoli⁵ del processo italiano, da cui è derivato, internamente al nostro paese, un globale malcontento e disillusione verso la giurisdizione e soprattutto un grave pregiudizio rispetto al diritto dei cittadini di vantare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Al di fuori del nostro paese poi, anche a seguito dei richiami delle organizzazioni internazionali⁶, si è diffusa un'immagine negativa del nostro sistema

¹ Per una specifica disamina sul passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto si rimanda a V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale II*, 5^a ed., Padova, Cedam, 1984, p. 200 e ss., nel quale viene sottolineato come la giurisdizione a seguito delle carenze del mondo politico e l'inerzia legislativa, andò lei stessa ad occuparsi dell'attuazione dei principi costituzionali, in sostituzione del legislatore.

² F. Cordopatri, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, n.6/2014.

³ F. Carnelutti, *La crisi della legge*, Stabilimento tipografico Mantero, 1930, p.170. Già negli anni '30 l'Autore sottolineava come nel momento di destinare risorse alla magistratura, il potere politico spesso temporeggiava; lasciando irrisolte le necessità dell'ordine.

⁴ In particolare, tra i vari autori che si sono soffermati sul punto, si veda S. Chiaroni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 200, p 448 s. L'Autore osserva come gli esorbitanti costi della giustizia abbiano finito per determinare una sproporzione con i vantaggi eventualmente ottenibili dalle cause di valore contenuto, come accade in particolare nel settore del consumo.

⁵ In base ai dati raccolti dalla Commissione europea sullo stato della giustizia dell'Unione, si necessitano di ben 1.400 giorni per giungere fino al giudizio di terzo grado in Italia. Dati questi, che si riferiscono al 2016 nell'abito delle controversie civili e commerciali.

⁶ Si ricordi in particolare gli Studi Economici dell'OCSE, maggio 2013 p 15 e ss., nei quali si sottolineano gli effetti economici della crisi della giustizia e ancora lo EU Justice Scoreboard (strumento informativo che si occupa di sostenere gli Stati membri nel raggiungimento di un sistema di giustizia più efficace) nel 2016 ha confermato le criticità italiane relative alle tempistiche dei processi, il numero delle cause pendenti e le garanzie d'indipendenza dell'apparato giurisdizionale, EU justice scoreboard 2016 disponibile alla pagina http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_en.pdf.

di giustizia, come profondamente lento ed affetto da una grave crisi dell'effettività. Questa dimensione ha cagionato e cagiona tutt'oggi, per l'Italia ampi danni a livello economico, reputazionale ed anche ricadute sul nostro *investment appeal*⁷.

Anche se l'inefficienza⁸ della giurisdizione, come accennato pocanzi, sia stata cagionata in gran parte da fattori ad essa esterni, una delle contromisure che sono state individuate per frenare l'emorragia di effettività del nostro sistema di giustizia è stata quella d'intervenire con strumenti deflattivi del contenzioso. Tra questi, quelli che in particolare catturano la nostra attenzione sono le tecniche di composizione delle controversie alternative alla giurisdizione. Queste tecniche, costituite generalmente dalla mediazione, della mediazione-conciliazione e da particolari forme di arbitrato, sono soggette ai criteri che le istituzioni dell'Unione Europea hanno posto nei vari atti normativi comunitari; ed hanno aperto nuovi scenari di accesso alla giustizia per i cittadini.

L'esperienza pionieristica statunitense

Nell'ottica di perseguire un sempre maggiore ed effettivo accesso alla giustizia, la ricerca di strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, comunemente chiamati ADR (*Alternative Dispute Resolution*), si è convertita in uno dei temi più attuali ed interessanti del panorama giuridico mondiale, moderno e contemporaneo. Basta soffermarsi sulla stessa dicitura, *Alternative Dispute Resolution*, per cogliere il profilo, che almeno in origine, ha caratterizzato questo fenomeno: l'alternatività⁹ al processo come generalmente inteso.

Dalla seconda metà del '900, si assiste nel mondo occidentale ad una congestione degli apparati giurisdizionali, che intaccando sull'efficacia e sulle tempistiche delle Corti comporta un indebolimento dell'effettivo accesso alla giustizia

⁷ C. Bentivogli, Attrattività e investimenti dall'estero in Italia, Relazione alla Conferenza "Internazionalizzazione delle imprese italiane", 27 febbraio 2014, pagina web Banca Italia, le slides 1 – 5 mostrano la proporzionalità inversa tra lentezza della giustizia civile e l'investment appeal del nostro paese; Studi Economici dell'OCSE, maggio 2013 p 15 e ss.

⁸ R. Caponigro, il tempo come bene della vita, sentenzaitalia.it, p. 35 e ss. L'autore indica come nell'ambito delle tempistiche processuali i profili dell'effettività e dell'efficienza della tutela, seppur mantengono la loro autonomia sembrano avvicinarsi fino ad incontrarsi.

⁹ F. E. Sander, Varieties of dispute processing, in A. L. Levin and R. R. Wheeler, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West publishing co., St. Paul, Minnesota 1979, pag.66; Il Professore, recentemente scomparso, nell'opera indica proprio come la ricerca di strumenti alternativi, sia una delle possibili soluzioni al carico di lavoro dei giudici.

per i cittadini. Proprio nella necessità di ricercare un nuovo sbocco per l'immane carico di lavoro delle autorità giudiziarie, si individua la spinta verso soluzioni delle liti che prescindono dalla proposizione di un'azione di fronte al giudice.

Le ADR incontrarono, in origine, terreno fertile nell'ordinamento statunitense, qui infatti, le corti federali vennero sottoposte ad uno spropositato carico¹⁰ di cause civili, che portarono sull'orlo del collasso l'amministrazione della giustizia. Le cause scatenanti di questa vertiginosa esplosione della litigiosità, furono individuate, in primo luogo, in dei fenomeni di natura politico-economico-sociale, quali l'uscita dalla crisi energetica del '73¹¹ e le pressioni esercitate dalle classi disagiate verso quella dirigente. Tuttavia gli studiosi del diritto, hanno posto l'accento, tra le concause rilevanti, sui profondi mutamenti nell'assetto delle fonti di produzione di diritto e le conseguenti ricadute processuali, che nella seconda metà del '90 travolsero l'ordinamento degli USA.

In questo periodo prese piede difatti una contaminazione dell'ordinamento da parte di logiche tipiche del funzionamento dei mercati, segnando così il passaggio dalla rigidità delle procedure previste dal *common law* ad un maggior spazio discrezionale ed una rilevante libertà di manovra riconosciute in favore delle corti¹². Venne così varata una riforma, con le *Federal Rules of Civil Procedure*¹³ tentando di provvedere rispetto a quanto, circa un trentennio prima, era stato con forza sottolineato dal professor Roscoe Pound, nell'intervento tenuto presso l'American Bar Association. Malgrado lo sdegno generale dei presenti al convegno, Pound additò come principale ragione d'insoddisfazione della pretesa di giustizia dei cittadini, la (eccessiva) macchinosità delle regole giuridiche¹⁴.

¹⁰ Come osserva G. De Palo., G. Guidi, Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti, Milano, Giuffrè, 1999, p. 10 e ss.; il numero dei giudizi civili dalla seconda metà degli anni '60 all'inizio degli anni '90 ebbero una crescita del ben trecento per cento.

¹¹ Con questo termine ci si riferisce alla crisi che i paesi occidentali incontrarono a seguito dei pesanti provvedimenti che l'OPEC (Organizzazione dei paesi esportatori di petrolio) assunse, scatenando un selvaggio aumento dei prezzi del greggio.

¹² S. N. Subrin, How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective, In University of Pennsylvania Law Review, 1987, p. 925.

¹³ Trasmesse al Congresso in data 3 gennaio 1938 ed entrate in vigore il 16 settembre del 1938, il cui scopo viene così presentato dalla F. R. Civ P. 1 "To secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding".

¹⁴ Roscoe Pound: The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, Presented at the annual convention of the American bar Association in 1906, alla pag. 2 del suo discorso così recita "The most important and most constant cause of dissatisfaction with all law at all times is to be found in the necessarily mechanical operation of legal rules". Pound individuò nel suo discorso quattro principali ragioni d'insoddisfazione della giustizia civile, riassumendo: 1) il formalismo; 2) il farraginoso funzionamento delle norme giuridiche, queste prime due innate in ogni sistema giuridico; 3) la pessima organizzazione dell'apparato giudiziario; 4) le complicazioni delle procedure delle Corti, quest'ultime due attinenti invece al particolare ambiente giuridico statunitense.

Ad ogni modo la riforma attecchì con successo presso le corti, che si avvalsero a pieno dei nuovi spazi discrezionali loro attribuiti e si affermarono progressivamente come luogo prediletto per la tutela dei nuovi diritti riconosciuti alle classi sociali bisognose¹⁵. Parallelamente a quanto avviene presso gli apparati giurisdizionali, la classe degli avvocati, dal canto suo, in base alle dinamiche della *contingent fee*¹⁶, veniva spinta verso logiche poco meritevoli: di azzardo morale in danno degli interessi del cliente per un verso; ed al rifiuto delle cause a scarsa previsione di redditività, a discapito dell'effettivo accesso alla giustizia, dall'altro.

I Tribunali si trovarono così investiti da cause che avevano un valore economico particolarmente contenuto, se non irrisorio, ma quantitativamente sproporzionate rispetto alle concrete condizioni di un modello di efficace amministrazione della giustizia. Tra i vari organi giuridici si fece strada, di conseguenza, una posizione di dura riprovazione della stragrande maggioranza delle controversie proposte, che vennero indicate come *garbage cases*¹⁷; queste si differenziavano da quelle cause di particolare rilievo ed alta attrattività alle quali i tribunali aspiravano.

Nella dottrina statunitense, consapevole del contesto giuridico storico del momento, prese piede una rilevante divaricazione, che si pone alla radice del fenomeno delle ADR. Se da un lato i sostenitori dell'ADR *Movement* puntavano alla formazione di una nuova società che tendesse ad un rinnovato ideale di giustizia, con un massiccio spostamento delle controversie verso nuovi centri decisionali; dall'altro lato gli architetti dei metodi delle ADR¹⁸, quali i partecipanti alla Pound Conference, prospettavano in maniera più moderata, un mutamento che interessasse solo dei profili tecnici, senza toccare gli elementi sostanziali del sistema.

¹⁵ Si veda in particolare sulla posizione delle classi disagiate nella società statunitense del periodo I. Pupolizio, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 31.

¹⁶ Con questo termine tradotto come patto di quota lite, si suole riferirsi ad un metodo retributivo del professionista legale che condiziona il suo compenso direttamente all'esito della lite: in caso di esito positivo spetterà al professionista una quota fissa stabilita sull'ammontare riconosciuto in favore dell'assistito, se l'esito della controversia sarà sfavorevole ci sarà una decurtazione della parcella fino a prevedere un totale annientamento del compenso del difensore.

¹⁷ Letteralmente le cause spazzatura che comportano un inutile dispendio di energie e tempi a discapito delle controversie realmente rilevanti e bisognose di una rapida risoluzione. In tal senso L. Nardner, *Controlling Process in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to re-Form Dispute Ideology*, in *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 9, 3 1994, nel quale a p. 3 si legge "The rationalization for ADR was from the outset articulated as protecting the courts from "garbage cases...".

¹⁸ M. Galanter, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, *Arizona Law Review*, Vol. 40. No. 3, p.720., Fall 1998.

Veniva, dunque, globalmente percepita la problematica dell'accesso alla giustizia, ma in concreto due diversi mondi si scontravano, sull'approccio pratico da seguire di fronte a questa criticità. La prima fazione, estranea ai circuiti politici e giuridici istituzionali, rigettava le dinamiche del modello tradizionale di gestione dei conflitti sociali; la seconda invece, proveniente dagli ambienti delle Corti, dei comitati accademici e degli organi legislativi, credeva nella possibilità di mantenere quanto di buono conseguito dal sistema giuridico vigente, attuando contemporaneamente una riforma che mirasse alla razionalizzazione e ad una semplificazione della giurisdizione.

In questo contesto generale, si giunse ad una presa di coscienza decisiva dell'ipertrofia giuridica¹⁹, con la "National Conference on the Cause of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", del 6 aprile del 1976²⁰; e non a caso, proprio in questa occasione venne utilizzato per la prima volta il termine stesso Alternative Dispute Resolution. Fedelmente al monito lanciato settanta anni prima da Pound e con la necessità, ora più che mai impellente, di adottare delle contromisure; sotto la guida del Presidente della Corte Suprema, Warren Burger si aprirono i lavori della conferenza. Il proposito era fin dal principio chiaro, favorire il dirottamento delle cause di minor entità verso metodi di risoluzione delle controversie alternativi, quali l'arbitrato e la mediazione²¹.

Emerse, però contestualmente, la difficoltà di definire un criterio discriminante che permettesse una facile distinzione tra le cause minori, che dovevano essere attribuite ai sistemi alternativi; e quelle invece di maggior rilievo ed entità, che richiedevano un'apposita trattazione davanti al giudice competente. Queste problematiche tuttavia non impedirono di portare avanti i lavori della conferenza nella duplice direzione di: semplificare i processi delle

¹⁹ Come emerge dallo scritto di T. E. Frosini, Un diverso paradigma di giustizia: Le Alternative Dispute Resolutions, Rassegna Forense – 2/2011, p. 330 e ss. L'Autore individua per altro come "la cultura delle ADR" sia nata da due profili fondamentali: a) il contrattualismo; b) la critica dell'ipertrofia giuridica. Per quanto concerne il contro-culturalismo, questo nasce negli anni sessanta in contrasto con l'appannaggio esclusivo delle Corti; in un'ottica di rottura della relazione cliente-avvocato, e quella giudice-parte. Il fondamento ideologico, è l'assunto che attraverso una rieducazione della società, all'insegna di soluzioni mediate, conciliative ed equitative, si potrebbe e dovrebbe giungere ad una liberazione dalle ottriate statuizioni provenienti dall'apparato giudiziario, favorendo lo sviluppo dei rapporti interpersonali all'insegna del comune senso di giustizia.

²⁰ Tenutasi presso S. Paul Minnesota., la conferenza che riunì nella medesima sala gli organismi giuridici più importanti e le menti più alte del panorama giuridico statunitense dell'epoca, venne ribattezzata "Pound Conference" in memoria del discorso pronunciato, nel medesimo luogo, circa settant'anni prima da Roscoe Pound di fronte ai membri del Bar, denunciando pubblicamente le falle del sistema giurisdizionale statunitense.

²¹ W. E. Burger, Agenda for 2000 A. D. – A need for Systematic Anticipation, in A. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, a p. 32. "There is nothing incompatible between efficiency and Justice" così afferma il Presidente della Suprema Corte auspicando un maggiore utilizzo di procedure ed organismi alternativi rispetto ai processi giurisdizionali, che in aggiunta a metodi innovativi di risoluzioni di questioni giuridiche specifiche, quali quelle del diritto di famiglia, risarcitorio, matrimoniale tra gli altri, erano individuati come valide valvole di sfogo dell'elefantico flusso di domande giudiziali.

Corti, in tal senso si pensi all'eliminazione delle giurie nei processi civili; e dall'altro lato riportare la classe giudiziaria sul piano che le spetta, evitando un eccessivo contatto con il tessuto sociale²².

Per quanto attiene alla seconda direttrice, particolarmente rilevante fu la proposta presentata dal Professor Sander, con la sua tesi del "Multidoors Courthouse System"²³. Con la sua teoria, il professore di Harvard, presentava un modello che si mostrava potenzialmente idoneo a rispondere alla necessità di ridurre il carico di lavoro gravante sulle Corti statunitensi, senza frustrare la pretesa di giustizia per quelle controversie che rientravano nella, poco felice, categoria delle cause minori. Il modello di Sander si fondava su di un "Alternative Dispute Center" che offriva alle parti²⁴ un più ampio spettro di sistemi di risoluzione della loro controversia; questo meccanismo permetteva così che la lite potesse essere trattata secondo la procedura più appropriata ed adeguata rispetto alle esigenze delle parti.

Il modello Sanderiano trae molto ispirazione da quanto espresso da Leon Fuller²⁵, quest'ultimo negando che la soluzione giudiziale fosse l'unica disponibile, affermò che ciascun metodo di *dispute management* vanta dei caratteri specifici e peculiari che lo qualificano e distinguono dagli altri. Le varie procedure alternative previste nel Multidoor Courthouse System, sono quindi il frutto dell'incontro degli studi di questi due giuristi; da questa base concettuale però, pare che abbia preso vita il malinteso²⁶ contenuto nel primo termine dell'acronimo ADR. Se infatti nella loro prima fase di affermazione, le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie vennero conosciute per il fatto di rappresentare una valida alternativa al procedimento incardinato presso le Corti; il modello prospettato da Fuller prima e ripreso da Sander poi, si basa su delle procedure che si svolgono presso le Corti e che trovano non nell'alternatività, bensì nell'adeguatezza il loro tratto caratterizzante.

²² O. G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituale.*, ed. 2009, p. 104, individua come le Corti fosse divenuti i luoghi di tutela dei diritti di recente attribuiti alle classi disagiate, finendo quindi per affievolire la loro natura di *Dispute solvers* in favore di funzioni proprie di *public policy*.

²³ F. E Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference*, p. 65

²⁴ Il modello di Sander in realtà prevedeva che un funzionario, di adeguata preparazione, guidasse le parti in lite nella scelta della metodologia di risoluzione della loro controversia più adeguata alle specifiche esigenze

²⁵ L. Fuller and Kenneth I. Wiston, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), p. 354. Si legge che: "As the term adjudication is used here its application is not restricted to tribunals functioning as part of established government. It includes administrative bodies which owe their powers to the consents of litigants expressed in agreement of submission, as in labor relations and international law".

²⁶ Il tema dell'alternatività è stato progressivamente accostato e poi sostituito, da quello dell'appropriatezza e della proporzionalità, come emerge dalla definizione di *Appropriate Dispute Resolution*. Da questa formula è possibile cogliere una nuova concezione che si basa sulla coesistenza e sinergia delle procedure alternative a quella giurisdizionale, volte a garantire una maggiore tutela del cittadino, come si coglie da M. Delsignore, *I rimedi alternativi alla Judicial Review oltre Manica*, in *Riv. Proc. Amm.*, 3/2015, pag. 218 e ss.