

Capitolo 3

Gli strumenti di giustizia alternativa (L. Giani)

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sistema delle tutele verso forme di "giustizia alternativa". – 2. Gli strumenti di ADR in Europa. – 3. Strumenti precontenziosi e poteri delle parti e del terzo. – 4. Gli strumenti di giustizia alternativa nell'ordinamento italiano. – 5. Giustizia alternativa e pubblica amministrazione. – 6. Le controversie in materia di lavoro. Dalla obbligatorietà alla facoltatività della conciliazione. – 7. Le controversie in materia di contratti pubblici. – 8. Gli strumenti di soluzione precontenziosa amministrati (da un soggetto pubblico). – 9. Le controversie in materia di telecomunicazioni. – 10. L'arbitrato in materia sportiva: cenni e rinvio.

1. L'evoluzione del sistema delle tutele verso forme di "giustizia alternativa"

Nel corso degli anni si è assistito a una significativa diffusione, nell'ambito dei sistemi nazionali, degli strumenti di soluzione delle controversie **alternativi alla via giurisdizionale**, con un conseguente ampliamento del sistema delle tutele che non pochi problemi e perplessità ha sollevato, soprattutto avuto riguardo alla compatibilità con i principi generali dell'ordinamento. Il nucleo centrale intorno al quale il dibattito è stato focalizzato è senza dubbio individuabile nella circostanza per cui tali strumenti, indipendentemente dalla fase in cui vengono a collocarsi, si pongono in diretta relazione con il sistema delle tutele giurisdizionali che rappresenta il momento principe di garanzia e di equilibrio nell'ambito dei sistemi democratici. Quindi la previsione di formule "**alternative**" ad esso rappresenta, per certi versi, un elemento di rottura rispetto all'assetto tradizionale fondato sulla separazione dei poteri, con la conseguente necessità di prevedere e garantire un impianto normativo che da un lato assicuri il mantenimento di quel sistema di valori che la stessa via giurisdizionale rappresenta e dall'altro consenta al singolo, comunque, di accedere ad essa.

Il riferimento è evidentemente alla compatibilità dei filtri precontenziosi obbligatori con la garanzia del diritto di azione (art. 24 Cost.) e più in generale con il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e il sistema di garanzie ad esso correlato, e con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e consacrato agli artt. 6 e 13 della CEDU e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹. Una compatibilità in più sedi

¹ Sul punto cfr. Corte giust. CE, 15 aprile 2008, causa c-268/06, Impact, punti 44 e 45; Id., 16 luglio

espressamente riconosciuta² sul presupposto di una condivisa possibilità di far soggiacere i diritti fondamentali a restrizioni, purché queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale, quale certamente è quello della riduzione del contenzioso; e, soprattutto, non costituiscano un intervento sproporzionato rispetto all'interesse perseguito, che finirebbe per ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti³.

In tale prospettiva, dunque, la via stragiudiziale, anche ove obbligatoria, non si pone in contrasto con il principio di equivalenza nonché con il principio di effettività della tutela, si legge nei considerando, “a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti [54], non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale [55], sospenda la prescrizione dei diritti in questione [56] e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti [57] per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone”⁴.

2. *Gli strumenti di ADR in Europa*

Una forte spinta verso l'adozione di forme di giustizia alternativa proviene, oltre che dalle sedi internazionali, anche da quelle comunitarie, nelle quali gli strumenti di soluzione alternativa delle controversie occupano un ruolo di primo piano nel quadro delle misure volte a favorire la cooperazione giudiziaria in materia civile, allo scopo di garantire piena applicazione ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

La prima, e forse più evidente, opzione per uno strumento di ADR è senza dubbio rappresentata dalla istituzione, nel 1992, del Mediatore europeo il cui ambito di intervento è rappresentato dai casi di cattiva amministrazione delle istituzioni o degli organismi comunitari, secondo quanto previsto dall'art. 228 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione, fatta eccezione per la Corte di giustizia e per il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali (principio espresso dal legislatore comunitario e specificamente richiamato in numerosi atti delle istituzioni comunitarie)⁵.

2009, causa C-12/08, *Mono Car Styling*, punto 48 nelle quali viene ribadito l'obbligo per gli Stati Membri di garantire una tutela effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione Europea, con l'obbligo di disciplinare le modalità procedurali in modo da evitare che esse siano “meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza); o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)”, sentenza *Impact*, punto 46.

² Sul punto Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73; Id., 6 luglio 2000, n. 276; Id., ord. 26 ottobre 2007, n. 355; Id., 18 gennaio 2009, n. 51.

³ Corte giust. CE, 15 giugno 2006, causa C-28/05, *Dokter e a.*, punto 75; CEDU, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*; Corte giust. CE, Sez. IV, 19 marzo 2010, procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08.

⁴ Corte giust. CE, Sez. IV, 19 marzo 2010, cit.

⁵ Cfr. ad esempio dec. Parlamento europeo 9 marzo 1994, in *G.U.* 4 maggio 1994, n. L. 113, lo *Statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni di Mediatore*.

A testimonianza del rilievo che gli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie hanno all'interno dell'agenda comunitaria, basta rammentare che, già nel vertice europeo di Vienna del dicembre del 1998, fu approvato il piano d'azione predisposto dal Consiglio e dalla Commissione sull'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sono contemplate le procedure stragiudiziali; e, ancora, nel Consiglio europeo di Tampere, del 15-16 ottobre 1999, furono definite nuove prospettive in tema di giustizia e affari interni, auspicando lo sviluppo delle procedure extra-giudiziali⁶; nel Vertice europeo di Lisbona del marzo 2000 lo sviluppo delle ADR fu individuato addirittura come strumento attraverso cui accrescere la fiducia dei consumatori nel commercio elettronico⁷. Obiettivo poi ribadito nel quadro dell'approvazione del piano d'azione *eEurope 2000*⁸.

Le raccomandazioni del 2019 e del 2020 – le c.d. *Country Specific Recommendations* – si sono orientate nel senso di aggiornare gli strumenti di risoluzione alternativi alle controversie attraverso la riduzione della durata dei processi e il potenziamento dei modelli di ADR.

Quelli appena richiamati sono, però, soltanto alcuni dei momenti nei quali il tema delle ADR viene affrontato nelle sedi comunitarie. Se si passasse all'analisi dei singoli settori di normazione comunitaria si vedrebbe che lo strumento delle ADR occupa un posto centrale nell'agenda delle istituzioni da circa un ventennio. Emblematico, in tal senso, è proprio il diritto del lavoro nel quale viene sottolineata l'importanza degli strumenti di ADR nella soluzione e prevenzione dei conflitti sociali⁹, fino al punto di considerarli strumenti per la modernizzazione del modello sociale europeo¹⁰ che, accanto alle altre forme di cooperazione stragiudiziale, si pongono quali veri e propri mezzi di pacificazione sociale.

Altrettanto significativo è poi il percorso evolutivo che è stato seguito nell'ambito del dibattito avutosi nel settore del diritto dei consumatori rispetto al quale, a seguito della emanazione del *Libro Verde* (“*L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*”)¹¹, è stata confermata la necessità e l'urgenza di un'azione comunitaria tesa ad incrementare

⁶ Il Consiglio dei ministri di giustizia e affari interni aveva invitato la Commissione a presentare delle proposte operative sui modi alternativi di risoluzione delle controversie diversi dall'arbitrato, sempre nella materia civile e commerciale, e ciò “per fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare. La priorità deve essere data alla possibilità di stabilire dei principi fondamentali, in genere in settori specifici che forniscano le garanzie necessarie affinché la composizione delle controversie da parte di istanze extragiudiziali assicuri il livello di sicurezza richiesto nell'amministrazione della giustizia”.

⁷ S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution*, in *Dir. inf.*, 2017, 497 ss.

⁸ Sul punto cfr. l'analisi condotta da S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 743 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017.

⁹ Cfr. art. 13 della Carta sociale europea del 1998.

¹⁰ COM (2000) 379 def. del 28 giugno 2000.

¹¹ COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993.

l'utilizzo di strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie, anche allo scopo di incentivare il commercio transfrontaliero. Necessità colta appieno dalla Commissione che ha emanato sul tema due raccomandazioni nelle quali si evidenziano i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumatori¹² e in quelle procedure nelle quali il terzo.

Seguendo la stessa impostazione, nella seconda raccomandazione si limita a formulare un accordo, senza però assumere una posizione formale sulla soluzione da dare eventualmente alla controversia¹³. Dunque, una vera e propria **conciliazione facilitativa** che non conta un intervento attivo di un soggetto terzo teso a proporre o imporre una soluzione, ma più semplicemente, come precisato in uno dei considerando della raccomandazione n. 310, un "tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso". E sono appunto la differenza di ruolo e di poteri riconosciuti al terzo gli elementi che evidentemente giustificano il minore rigore della seconda raccomandazione.

Il percorso teso a garantire un'ampia diffusione degli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie conta poi l'istituzione, nel settore del diritto del consumo, di reti europee di organismi nazionali: la "Fin-net" nel settore dei servizi finanziari, creata il 1° febbraio 2001¹⁴, e la "EEJ-Net" (Rete europea extragiudiziale)¹⁵ in fase

¹² Si tratta della raccomandazione del 30 marzo 1998 (n. 257) riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo nella quale vengono individuati dei principi (indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza) la cui applicazione deve essere garantita non solo per gli arbitrati in materia di consumo, ma in tutte quelle procedure in cui il terzo trova egli stesso una soluzione da presentare alle parti, decidendo sostanzialmente la controversia in modo vincolante o meno. Essa individua, quali principi cardine, che gli organismi creati per la soluzione delle controversie devono garantire, in primo luogo "l'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione", sì da assicurare l'imparzialità della sua azione. Seguendo una linea ben nota, l'indipendenza viene assicurata attraverso la garanzia di qualità soggettive della persona designata, che deve pertanto possedere "la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni". Non manca poi la previsione di requisiti oggettivi a garanzia della indipendenza dell'organo deputato ad assumere la decisione. Si tratta della previsione della irrevocabilità del mandato, la cui durata deve essere tale da garantire l'indipendenza, e della incompatibilità con precedenti attività svolte. In aggiunta a quello appena richiamato, sulla scia del modulo processuale, devono essere garantiti il principio di trasparenza, applicato alla procedura, che non solo deve essere esplicitata in ogni sua fase, ma deve seguire regole e principi predeterminati; il principio del contraddittorio, nonché i principi di efficacia (assicurata anche attraverso la garanzia di un accesso diretto alla procedura che deve comunque avere costi moderati se non essere addirittura gratuita, nonché avere termini ridotti), di legalità (inteso come garanzia del rispetto delle norme imperative in vigore nello stato in cui l'organo stragiudiziale ha sede), di libertà e di rappresentanza.

¹³ 4 aprile 2001, n. 310.

¹⁴ Si tratta di una rete per la soluzione stragiudiziale delle liti transfrontaliere in materia di servizi finanziari che collega gli organismi nazionali che si occupano della soluzione stragiudiziale delle controversie in questo settore e che presentano i requisiti indicati dalla Commissione.

¹⁵ Risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000 EEJ-Net. Si tratta di una struttura che fornisce assistenza ed informazioni ai consumatori che conta dei punti di contatto nazionali (presenti oltre

pilota dal 16 ottobre 2000, con una competenza a carattere generale, al fine di garantire lo sviluppo di procedure di ADR nel cui ambito vengono rispettati “il principio di **imparzialità** del terzo nei confronti delle parti; il principio di **trasparenza**, garantendo così alle parti accesso alle informazioni necessarie in qualsiasi stadio della procedura di ADR; il principio di **efficacia**, mediante la facilità di accesso e un costo contenuto; il principio di **equità**, nonché quello di riservatezza”.

Le esperienze settoriali appena menzionate, cui deve aggiungersi quella relativa alla gestione dei conflitti familiari, devono essere inserite per completezza in un quadro più generale nel quale acquistano rilievo i regolamenti Bruxelles I¹⁶ – concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale –, Bruxelles II, abrogato dal Regolamento Bruxelles II-*bis*¹⁷ e la direttiva 2000/31¹⁸ relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno.

Si deve, infine, segnalare che nella programmazione del PNRR la risoluzione del problema stesso dei tempi della giustizia, principalmente civile, è affidata prioritariamente al potenziamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi alla sentenza. Si tratta, a tutti gli effetti, di una nuova stagione della mediazione e della conciliazione, calibrata su progetti e moduli organizzativi dell’ufficio del processo, basato su buone pratiche, innovazioni informatiche e reti di formazione.

3. *Strumenti precontenziosi e poteri delle parti e del terzo*

Un ruolo di primaria importanza nella caratterizzazione degli strumenti di soluzione alternativa delle controversie va riconosciuto al *Libro Verde* della Commissione del 19 aprile 2002¹⁹ che da un lato delinea l’ambito oggettivo delle ADR, escludendone l’arbitrato il quale, per la natura stessa del lodo, viene considerato più vicino ai sistemi giurisdizionali che a quelli alternativi²⁰, dall’altro ne promuove l’adozione, sottolineandone la necessità, e l’esigenza di “garantire il miglior contesto per il loro sviluppo” all’interno dell’Unione europea²¹.

che negli Stati membri anche in Norvegia e in Islanda) i quali fungono da collegamento e scambio di informazioni tra quegli organi che presentano i requisiti indicati nelle raccomandazioni della Commissione sugli organi responsabili per la risoluzione delle controversie in materia di consumo.

¹⁶ Reg. n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000.

¹⁷ Si tratta del reg. n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli, abrogato dal Regolamento Bruxelles II *bis* n. 2201/2003.

¹⁸ Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2000/31/CE dell’8 giugno 2000.

¹⁹ Il *Libro Verde* concerne i *modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM (2002) 196 def. 19 aprile 2002.

²⁰ Cfr. in tal senso il Parere del CES sul Libro Verde 2003/C85/02, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*. Libro Verde, Bruxelles, 19 aprile 2002, cit.; art. 3, direttiva 2008/52/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008.

²¹ Il *Libro Verde* è stato seguito dalla emanazione anche di un codice di condotta per mediatori nel quale sono stabiliti dei principi ai quali i singoli mediatori possono spontaneamente decidere di aderire

Sempre nel quadro del *Libro Verde* viene riproposta la distinzione, ripresa essenzialmente dalle esperienze oltreoceano e oltremarina, tra **ADR che si svolgono nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali**, e cioè ADR condotte da un giudice (il quale assume direttamente le vesti di conciliatore) o che vengono affidate dallo stesso giudice ad un soggetto terzo, e **ADR cosiddette convenzionali**, che si svolgono al di fuori di qualsiasi procedura giurisdizionale ed i cui esiti possono essere (o no) vincolanti per le parti alle quali, addirittura, in alcuni casi non viene offerta dal terzo alcuna soluzione, giovandosi le stesse soltanto del suo ausilio nella ricerca di un accordo²².

Una ulteriore distinzione nell'ambito della generale categoria delle ADR viene effettuata proprio in relazione al rapporto tra ADR e la via giurisdizionale da un lato, ed i poteri che vengono riconosciuti al terzo, ad esempio al conciliatore, dall'altro. E così, con riferimento al primo profilo si individuano gli strumenti che si pongono in posizione di **alternatività** alla via giurisdizionale, concludendosi con atti limitatamente impugnabili dinanzi al giudice; quelli che si pongono quali **condizioni di procedibilità** della stessa, come nel caso delle controversie relative ai rapporti tra gestori e utenti nei servizi di telecomunicazione, rispetto alle quali l'esperienza del tentativo di conciliazione è condizione (di procedibilità) per l'accesso alla via giurisdizionale; e quelli meramente **facoltativi** ai quali i privati possono far ricorso anteriormente all'accesso alla via giurisdizionale.

Avuto riguardo al secondo profilo richiamato, concernente il ruolo e i poteri che vengono riconosciuti al soggetto cui le parti della controversia si rivolgono, si distinguono quelle ipotesi in cui (c.d. **conciliazione facilitativa**) il conciliatore ha solo il compito di facilitare la comunicazione tra le parti, con la conseguenza che l'individuazione di una possibile soluzione alla controversia è estranea ai suoi poteri, da quelle in cui il conciliatore può egli stesso individuare una possibile soluzione da proporre alle parti (c.d. **conciliazione valutativa**) alle quali rimane, però, il potere di accettare o rifiutare la proposta formulata dal conciliatore. Proposta che evidentemente non acquisisce una autonoma efficacia giuridica, rimanendo la decisione finale della controversia nella disponibilità delle parti della stessa. Vi sono casi, invece, e qui si intercetta un terzo profilo, in cui al terzo (che può essere un singolo o un collegio) viene deferita dalle parti la soluzione della controversia (**soluzione eteronoma**), si pensi, ad esempio, allo strumento arbitrale che in ragione della regolamentazione della procedura, sulla falsariga del modello del processo civile, ha come conseguenza la assimilabilità della decisione alla sentenza.

4. *Gli strumenti di giustizia alternativa nell'ordinamento italiano*

Alcuni strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie presenti nel nostro ordinamento hanno radici lontane. Si pensi alla transazione o ancora all'istituto della

sotto la propria responsabilità. Nel Codice sono in particolare consacrati i principi di indipendenza, neutralità e imparzialità ai quali il mediatore deve attenersi nello svolgimento della propria attività.

²² Cfr. *Libro Verde*, 1.1, 4.

conciliazione contemplata già nel primo codice di procedura civile del 1885 nel quale era previsto che “*i conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie*”. Istituto ripreso e sviluppato nel Codice del 1942²³ che in alcune ipotesi, come detto, assurge a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale (**conciliazione obbligatoria**)²⁴.

Nel nostro sistema un ruolo centrale nel percorso di diffusione di una cultura delle ADR va riconosciuto alla legge n. 580/1993, modificata dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23, con la quale sono state attribuite delle competenze fondamentali alle Camere di commercio alle quali è riconosciuta la possibilità di promuovere, singolarmente o in forma associata, “*la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori ed utenti*” (art. 2, comma 2, lett. g). Si tratta di una tipica forma di **conciliazione amministrata**, gestita, cioè, da un’organizzazione, un ente esterno, sulla base di un contratto di amministrazione di conciliazione, che si conclude nel momento in cui la parte chiamata in conciliazione deposita l’atto di accettazione della procedura²⁵.

Di rilievo anche la disciplina contenuta nel Codice di consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e ss.mm.ii.) che contempla la possibilità per le associazioni di consumatori di esperire una procedura conciliativa dinanzi alle Camere di commercio, nonché agli altri organi di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo e, per i singoli consumatori e professionisti, anche in via telematica, dinanzi alle Camere di commercio o a quegli organismi che si conformano alle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE della Commissione.

Tra dette procedure vanno incluse anche le **conciliazioni paritetiche**, disciplinate da protocolli di intesa sottoscritti dalle associazioni dei consumatori ed utenti ed alcune aziende (Poste italiane S.p.A., Enel S.p.A., Telecom S.p.A.) in merito alle controversie aventi ad oggetto l’erogazione di servizi e che si concludono con un accordo transattivo che può essere stipulato talvolta anche senza che la commissione abbia ascoltato il consumatore-utente²⁶.

²³ S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 447; C. PUNZI, voce *Conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. IV, Milano, 2000, 327 ss.; ID., *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1030 ss.; ID., *Relazioni fra l’arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di lozione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385 ss.

²⁴ Sulla compatibilità di tale previsione con l’art. 24 Cost. cfr. Corte cost., ord. 21 gennaio 1988, n. 73, in *Giur. cost.*, 1988, I, 201; Id., sent. 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, 1023; Id., sent. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752.

²⁵ Con il richiamato intervento normativo è stato istituzionalizzato un ruolo che le stesse Camere di commercio già svolgevano in passato e che, grazie a successivi interventi del legislatore, è stato ampliato anche alle controversie in materia di fornitura di servizi di energia e gas e in generale per i servizi di pubblica utilità, subfornitura, turismo, franchising, e tinto-lavanderia. Sul punto cfr. V. CAPONI-G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata delle Camere di Commercio*, in S. GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 152 ss.

²⁶ Data la peculiarità di tale strumento, il legislatore, al comma 4 dell’art. 141 ha previsto la non vessatorietà delle clausole inserite all’interno dei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni contenute nel medesimo articolo. Previsione necessaria ove si consideri la natura, certamente non assimilabile a quella conciliativa sin ora analizzata, delle

I recenti interventi normativi hanno segnato un deciso passo in avanti nello sviluppo degli strumenti di giustizia alternativa.

Assai significativa in tal senso è la riforma del codice di procedura civile operata con la legge 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*) che tende, per certi versi, a modificare l'approccio delle parti in giudizio allo strumento conciliativo facendo leva sugli aspetti economici. Chiaro obiettivo del legislatore è quello di indurre le parti del processo ad una rivalutazione della conciliazione, abbandonando così l'idea che la prosecuzione del giudizio, vuoi per la sacralità dello stesso, vuoi forse per l'eccessiva durata, porti alla individuazione di soluzioni più vantaggiose.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, recante delega per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, si delinea una dicotomia tra ADR negoziali e arbitrato. L'obiettivo della riforma è provvedere a un'ulteriore deflazione del contenzioso giudiziale e considerare le stesse ADR complementari e non solo alternative al sistema giustizia.

5. *Giustizia alternativa e pubblica amministrazione*

L'ingresso degli strumenti di giustizia alternativa e complementare sul terreno del diritto amministrativo risulta più complesso.

Parlare in generale di vie alternative a quella giurisdizionale in quelle ipotesi in cui sia coinvolta la pubblica amministrazione – assumendo il termine in senso completamente atecnico – significa, infatti, riferirsi ad almeno quattro ambiti. Il primo, più lontano dagli strumenti cui è dedicato il presente capitolo, è certamente riferibile alla stessa amministrazione, o meglio a quelle attività che la stessa svolge al proprio interno ricadenti nell'ambito dell'attività esecutiva, sia pure contenziosa, tese a risolvere un conflitto o meglio tese ad individuare una soluzione al problema amministrativo oggetto della decisione. Il secondo concerne i cosiddetti rimedi contenziosi amministrativi (i ricorsi), devoluti alla stessa amministrazione²⁷. Nel terzo ambito vi rientrano quelle ipotesi in cui la soluzione dei conflitti, di cui l'amministrazione è parte, viene demandata a un soggetto terzo che, come si vedrà, può alternativamente essere o meno un'amministrazione. Il quarto ambito riguarda, infine, quelle ipotesi in cui il compito di ricercare una soluzione stragiudiziale di una controversia insorta tra privati viene affidato ad una pubblica amministrazione, come nel caso prima richiamato delle conciliazioni amministrate dalle Camere di commercio.

Prima di passare ad analizzare alcuni dei modelli precontenziosi che possono essere adottati quando parte della controversia sia una pubblica amministrazione, è interessante notare che il principale ostacolo alla diffusione degli strumenti di giustizia

procedure che hanno luogo dinanzi alle Commissioni paritetiche, sebbene, in realtà, il comma 5 del medesimo articolo preveda il diritto del consumatore all'accesso alle sedi giurisdizionali "qualunque sia l'esito della procedura di composizione stragiudiziale".

²⁷ Sul punto cfr. *supra*, Parte 7, Capitoli 1 e 2.

alternativa, e in particolare dello strumento arbitrale, è stato sempre individuato nella disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive o, meglio, nella ritenuta generale indisponibilità degli interessi legittimi e del potere, cioè di quelle situazioni soggettive connesse alla tutela di un pubblico interesse. In altri termini, è proprio la relazione biunivoca esistente tra interesse legittimo e potere amministrativo, o se si vuole tra potere amministrativo e interesse pubblico, ad aver spinto una parte della dottrina, e con essa il legislatore, ad escludere il ricorso a forme di giustizia alternativa, ed in primo luogo alla conciliazione, e ciò in ragione del preciso convincimento secondo cui esse non offrono sufficienti garanzie per la tutela del pubblico interesse²⁸.

Gli altri ostacoli teorici individuati in relazione alla utilizzabilità degli strumenti stragiudiziali in quelle controversie di cui l'amministrazione sia parte, ovviamente non *iure privatorum*, sono riconducibili da un lato ad una ricostruzione processuale degli strumenti stragiudiziali, la cui alternatività è stata ricondotta soltanto nell'alveo della giurisdizione ordinaria, rimanendo così estranea quella del giudice amministrativo; e dall'altro alla contraddittorietà con la regola del riparto di giurisdizione che verrebbe a crearsi in alcune ipotesi quali, ad esempio, l'impugnativa del lodo, regolata dalle norme del codice di procedura civile²⁹.

Norma di riferimento sul punto è l'art. 6, comma 2, della legge n. 205/2000, interamente recepito nell'art. 12 c.p.a., nella quale è previsto che “*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*”, da ultimo modificato dal secondo correttivo che ha inserito la locuzione “*ai sensi degli articoli 806 e seguenti del Codice di procedura civile*”. Dalla lettura della disposizione possono trarsi alcune conclusioni. In primo luogo, l'espreso richiamo ai diritti soggettivi sembra confermare la indisponibilità dei rapporti di diritto amministrativo aventi ad oggetto posizioni giuridiche connesse all'esercizio di pubbliche potestà, e dunque la impossibilità di devolvere ad arbitri le controversie aventi ad oggetto detti rapporti³⁰.

In secondo luogo, si coglie il netto superamento di quella impostazione che circoscrive l'ambito della alternatività alla giurisdizione ordinaria. L'apertura operata dal legislatore si pone, infatti, in linea con le acquisizioni espresse dalla Corte di cassazione, che, sulla scia di autorevolissima dottrina³¹, ha offerto una ricostruzione privatistica della tutela stragiudiziale intesa come “*un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere*

²⁸ Impostazione per certi versi confermata dallo stesso legislatore che all'art. 6 della legge n. 205/2000 ha previsto la deferibilità ad arbitri delle sole controversie in materia di diritti rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo. Disposizione confermata nel contesto del c.p.a. all'art. 12.

²⁹ Sul punto cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 2.

³⁰ Cfr. Cass., SS.UU., 11 maggio 2021, n. 12428, in *Guida al diritto*, 2021, 28, la controversia relativa alla mancata adozione di provvedimenti che abbia determinato la non eseguibilità della convenzione urbanistica, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è afferente a interessi legittimi e non può essere risolta mediante arbitrato rituale di diritto.

³¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1940, 69 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, 702 ss.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato*, in *Enc. Dir.*, II aggiornamento, Milano, 1998, 81 ss.

ripete la fonte nell'investitura conferitagli dalle parti"³². In questo quadro, dunque, è evidente come il ricorso allo strumento arbitrale sia possibile in quelle ipotesi ricadenti nella giurisdizione esclusiva, o in quella di merito, in cui si controverta su diritti soggettivi e, dunque, anche con riferimento alle controversie relative alla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi e per gli altri diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento di atti e provvedimenti autoritativi, sebbene non sia possibile sottacere alcune perplessità in ordine alla applicazione dello strumento stragiudiziale connesse alla difficoltà di distinguere le situazioni soggettive oggetto del giudizio, nonché alla riconosciuta pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la decisione discenda da un preventivo annullamento del provvedimento amministrativo. In questo caso, dovrebbe trovare applicazione il comma 1 dell'art. 819-*bis* c.p.c. che al n. 2 contempla, tra i casi in cui si può procedere alla sospensione del procedimento arbitrale, quella in cui la questione pregiudiziale riguardi una materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato. In questi casi non è ipotizzabile una decisione in tal senso da parte dell'arbitro al quale, al più, potrà essere demandata una scelta in ordine alla disapplicazione del provvedimento ritenuto illegittimo. Disapplicazione che, però, mal si concilia con la disciplina dell'azione risarcitoria e soprattutto dei suoi presupposti, contemplata all'interno del c.p.a.³³.

Altri profili problematici riguardano poi le ipotesi di impugnazione del lodo e di concessione di misure cautelari. Nel primo caso, infatti, stante la previsione codicistica secondo cui l'impugnazione del lodo per nullità deve essere proposta dinanzi alla Corte di appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato³⁴, delle perplessità non possono non sorgere ove si rilegga la richiamata previsione alla luce del criterio di riparto di giurisdizione. Nel secondo caso, invece, posto che l'adozione di misure cautelari è espressamente interdetta agli arbitri, ai sensi dell'art. 818 c.p.c., ove essa dovesse rendersi necessaria la parte rimarrebbe priva di tutela nel caso in cui dovesse decidere di proseguire lungo il percorso prescelto, a meno di non intraprendere anche la via giurisdizionale che, ai sensi dell'art. 819-*ter* c.p.c., risulta percorribile, non essendo la competenza degli arbitri esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice.

Dalle rapide considerazioni generali riportate emerge che la scelta di diffondere all'interno delle amministrazioni una cultura tesa a incentivare il ricorso alle forme di giustizia alternativa richiede la strutturazione di un sistema di garanzie procedurali tali da assicurare che il ricorso alla via conciliativa e arbitrale non si tramuti in una decisione che, proprio in ragione di alcune incongruenze, finisca con l'essere sostanzialmente dannosa per l'amministrazione, risultando di fatto in danno all'erario.

³² Cass., SS.UU., 3 agosto 2000, n. 527; Id., Sez. I, 1° febbraio 2001, n. 1493, in *Foro it.*, 2001, I, 838 ss.

³³ Sul punto cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 3.

³⁴ Sul punto cfr. Cass., SS.UU., 3 luglio 2006, n. 15204.

6. *Le controversie in materia di lavoro. Dalla obbligatorietà alla facoltatività della conciliazione*

Nel quadro delle procedure stragiudiziali che vedono come parte una pubblica amministrazione un posto di rilievo è occupato dalle controversie in materia di lavoro per le quali – tanto per il lavoro privato quanto per il pubblico impiego privatizzato – il legislatore ha previsto forme di arbitrato e di conciliazione³⁵. E proprio la conciliazione, nella formulazione iniziale, era stata configurata, in entrambe le ipotesi, come obbligatoria³⁶, e quindi come condizione di procedibilità del giudizio.

Nel sistema del pubblico impiego privatizzato, a partire dagli inizi degli anni '90 era stata introdotta una ipotesi di conciliazione obbligatoria amministrata dalla Direzione provinciale del lavoro, da svolgersi dinanzi ad una commissione composta da un rappresentante del lavoratore, da nominarsi all'atto della richiesta di conciliazione, da un rappresentante dell'amministrazione e dal Direttore della Direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato. Secondo quanto previsto nella relativa disciplina contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (t.u. pubblico impiego) il tentativo doveva essere effettuato nel termine perentorio di 90 gg. dalla indizione dello stesso. Il suo mancato esperimento, con l'eccezione dei procedimenti cautelari, comportava la sospensione del giudizio e la fissazione da parte del giudice di un termine perentorio per il promovimento del tentativo di conciliazione, decorso il quale il processo poteva essere riassunto nel termine di 180 giorni, pena l'estinzione dello stesso³⁷.

Della conciliazione, sia che essa avesse avuto un esito positivo, sia un esito negativo per mancato raggiungimento di un accordo tra le parti o per mancata presentazione di una di esse, veniva redatto verbale. Il verbale di mancata conciliazione confluiva nel fascicolo del giudizio, risultando, come nelle ipotesi prima esaminate, elemento utile anche ai fini del regolamento delle spese del giudizio.

Anche in questo caso la disciplina della conciliazione era tale da attribuire poteri al conciliatore che oltrepassavano i confini del mero ausilio del terzo alle parti, consentendo a quest'ultimo di offrire un vero e proprio "*consilium*" o, più precisamente, una proposta bonaria per la soluzione della controversia³⁸.

³⁵ Sul punto, per le questioni relative al ricorso al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale, cfr. Cass. civ., Sez. lav., 17 ottobre 2016, n. 20968, in tema di sanzioni disciplinari, per le quali l'arbitrato ha natura irrituale ed è impugnabile in sede giudiziale.

³⁶ L. GIANI, *La disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione nel pubblico impiego privatizzato: obbligatorietà e difficoltà applicative*, in L. GIANI (a cura di), *Controversie di lavoro e soluzione stragiudiziale nel pubblico impiego privatizzato. Dirigenza pubblica e conferimento degli incarichi nella giurisprudenza*, Rimini, 2002, 17 ss.; F. POLITI, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e "giurisdizione condizionata" nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 47 ss.; L. FRANZESE, *Il principio di autocomposizione delle liti tra mediazione e processo*, in *Jus*, 2016, 247 ss.

³⁷ Nell'ipotesi in cui il giudizio fosse stato riassunto senza il necessario esperimento del tentativo di conciliazione il giudice avrebbe pronunciato una sentenza dichiarativa della condizione di improcedibilità.

³⁸ M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro*

Ora, ferma restando la circostanza per cui la decisione finale rimaneva comunque affidata alle parti, le quali potevano anche non accettare la proposta fatta dal conciliatore, non si può non sottolineare l'anomalia che comunque veniva a crearsi proprio nel settore del pubblico impiego privatizzato nelle ipotesi in cui le parti risultavano aver optato per la via arbitrale in ragione del doppio ruolo riconosciuto all'arbitro³⁹.

Nel 2010⁴⁰ si è operata una radicale riscrittura delle norme in materia di conciliazione e arbitrato, tanto nel settore del lavoro privato quanto in quello pubblico che vedono applicato lo stesso regime (art. 31, comma 9). Si tratta di una scelta, quella da ultimo richiamata, che suscita senza dubbio qualche perplessità, in particolare con riferimento alla materia arbitrale rispetto alla quale la previsione contenuta nella disciplina esaminata precisa la **irritualità** dello stesso che, su richiesta di parte, può essere deciso anche **secondo equità**, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi comunitari. Una scelta che per certi versi mal si concilia con la previsione contenuta nell'art. 12 del Codice rispetto al quale, per le controversie relative a diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, è possibile il ricorso allo strumento arbitrale ma nella sua formula dell'arbitrato rituale di diritto. Viene così a crearsi una situazione per cui, per le controversie relative al **pubblico impiego non privatizzato** la possibilità di una soluzione arbitrale viene individuata nell'**arbitrato rituale di diritto**, mentre per le controversie relative al **pubblico impiego privatizzato** sarebbe possibile il ricorso all'**arbitrato irrituale**, da decidersi secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto comunitario. Rispetto dei

della tutela dei diritti, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1202; F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *www.giustamm.it*.

³⁹ Nel CCNQ in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato – stipulato il 23 gennaio 2001 e poi sostanzialmente confermato nella sua articolazione contenutistica nel successivo accordo sottoscritto nel corso del 2003, la cui validità era stata prorogata fino alla stipula di un nuovo accordo in materia – muovendo dal riconoscimento della obbligatorietà della conciliazione anche nell'ipotesi di ricorso allo strumento arbitrale, era previsto che, ove questa non fosse stata preventivamente esperita dalle parti, l'arbitro aveva il dovere di provvedere in tal senso. Dunque, l'intera procedura conciliativa, anziché essere affidata al collegio di conciliazione, previa sospensione del procedimento arbitrale – secondo lo schema predisposto nel caso in cui le parti avessero optato per la via giurisdizionale –, veniva affidata allo stesso arbitro il quale, già in possesso della “documentazione contenente la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa”, nonché della memoria difensiva di controparte, in virtù delle previsioni contenute al comma 3 dello stesso articolo, assumeva le vesti di conciliatore. Ed è appunto in tale veste che egli non solo era tenuto a svolgere attività di impulso della procedura conciliativa, ponendo in essere ogni possibile tentativo per addivenire ad una soluzione negoziata e concordata della controversia, ma addirittura poteva, ai sensi del comma 6 dell'art. 4 del CCNQ, “formulare una proposta, comprensiva di ogni costo, con gli effetti di cui al comma 8 dell'art. 69 bis del d.lgs. n. 29/1993”. Una proposta che, secondo quanto riferito in precedenza, poteva essere rifiutata dalle parti, nel qual caso l'arbitro, cessate le vesti di conciliatore, avrebbe fissato “la prima udienza per la trattazione contenziosa”. È facile immaginare che la proposta formulata dall'arbitro in qualità di conciliatore poteva nella sostanza rappresentare una vera e propria anticipazione del lodo arbitrale.

⁴⁰ Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro).

principi generali che, però, non esclude di fatto la derogabilità delle disposizioni di legge, con evidente ipoteca sulla garanzia dei diritti indisponibili e degli stessi principi costituzionali consacrati all'art. 97.

Con riferimento allo strumento conciliativo l'intervento normativo si caratterizza in primo luogo per la **eliminazione della obbligatorietà** del tentativo di conciliazione, che così cessa di essere una condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale, ad eccezione dell'ipotesi di controversie aventi ad oggetto contratti di lavoro certificati da appositi soggetti previsti dal d.lgs. n. 276/2003⁴¹.

La richiesta del tentativo di conciliazione non vincola la controparte, che può sempre decidere di adire le sedi giurisdizionali competenti⁴².

Il mancato raggiungimento dell'accordo non rappresenta il termine della procedura in quanto la commissione di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria conciliazione della controversia. Proposta della cui eventuale mancata accettazione deve essere redatto verbale contenente le valutazioni delle parti, da depositarsi in giudizio dove può assumere un peso rilevante nella formazione della volontà del giudice anche in ordine alle spese.

Singolare poi la disciplina contenuta nel riformato art. 412 c.p.c. nel quale è previsto che in qualunque fase del procedimento conciliativo, o nell'ipotesi di fallimento dello stesso, le parti possono affidare alla commissione di conciliazione il mandato per la decisione della controversia in sede arbitrale⁴³.

Alla decisione della controversia da parte dell'arbitro, da pronunciarsi entro 20

⁴¹ La disciplina contempla diverse modalità di esperimento, tanto della via conciliativa, quanto di quella arbitrale. È previsto, infatti, che la conciliazione possa essere esperita dinanzi alle Commissioni provinciali del lavoro; nelle sedi sindacali, nel qual caso non si applicano le disposizioni contenute nel riformato art. 410 c.p.c. e, dunque, la conciliazione sarebbe a forma libera e non avrebbe efficacia sospensiva della prescrizione; o secondo altre forme, come previsto all'art. 412-*quater* c.p.c. Con riferimento alla prima forma, l'accesso allo strumento conciliativo avviene su richiesta della parte interessata ed ha effetto interruttivo della prescrizione e sospensivo di ogni termine decadenziale "per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione". La commissione è composta dal Direttore dell'Ufficio o da un suo delegato o da un Magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale.

⁴² Qualora la controparte accetti il tentativo di conciliazione è tenuta a depositare, nel termine di 20 giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande riconvenzionali. Il testo di legge contempla termini ridotti per la conclusione del tentativo. Nei 10 giorni successivi la commissione, infatti, deve fissare la comparizione delle parti che deve avvenire nei successivi 30 giorni.

⁴³ Nell'atto di conferimento del mandato arbitrale le parti debbono poi indicare il termine per la emanazione del lodo, non superiore a 60 giorni, decorso il quale l'incarico deve intendersi revocato; nonché le norme invocate a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Il lodo è impugnabile *ex art. 808-ter* c.p.c., in caso di invalidità della convenzione arbitrale o di decisione *ultra petita*; o ancora di illegittimità della nomina degli arbitri o di violazione del principio del contraddittorio o di quelle norme poste dalle parti come condizione di validità del lodo, anche in deroga all'art. 829, commi 4 e 5, c.p.c., che prevede l'impugnazione per nullità del lodo.

giorni dall'udienza di discussione, vista la irritalità dell'arbitrato, è riconosciuta la stessa efficacia del contratto, in ragione dell'espresso richiamo all'art. 1372 c.c., e assume il valore di titolo esecutivo a seguito della espressa dichiarazione del giudice della circoscrizione presso cui ha sede l'arbitrato e dove lo stesso lodo deve essere depositato ex art. 825 c.p.c. presso la cancelleria del Tribunale.

In alternativa alla formula testé richiamata, nel nuovo testo gli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c. prevedono rispettivamente che la conciliazione e l'arbitrato vengano svolti presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative o facendo ricorso a un collegio di conciliazione ed arbitrato composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro in funzione di presidente, nominato di comune accordo tra le parti, tra professori universitari di materie giuridiche e avvocati ammessi al patrocinio delle Corti superiori o, in difetto, dal Presidente del Tribunale del circondario dove ha sede l'arbitrato o, ove detta sede non sia stata ancora determinata, nel luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro o dove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la propria opera al momento della fine del rapporto.

La previsione di clausole compromissorie, per espresso dettato normativo, è consentita, in relazione alle materie di cui all'art. 409 c.p.c., soltanto ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. È inoltre previsto che la clausola compromissoria, pena la nullità della stessa, sia certificata in base alle disposizioni di cui al Titolo VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione previsti all'art. 76 i quali a loro volta possono istituire camere di conciliazione e arbitrato.

7. *Le controversie in materia di contratti pubblici*

Nella materia dei contratti pubblici la disciplina degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie, e in particolare dell'arbitrato, è stata sempre altalenante, tanto da impedirne un consolidamento anche rispetto alla stessa prassi applicativa.

Si pensi allo strumento arbitrale per la soluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici che è forse l'ipotesi più risalente di utilizzo di uno strumento di giustizia alternativa in una controversia di cui sia parte l'amministrazione⁴⁴. Già contemplato nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, all'art. 349, che prevedeva la possibilità di deferire ad arbitri la soluzione delle controversie, *rectius* delle "questioni fra l'amministrazione e gli appaltatori", diviene obbligatorio a seguito della emanazione del d.m. 28 maggio 1895, e cioè dopo l'approvazione del capitolato speciale l'adesione al quale determinava automaticamente la scelta per la formula arbitrale

⁴⁴ In tema S.S. SCOCA, *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1160 ss.; ID., *Art. 241. Arbitrato*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici commentato*, Milano, 2013, 2407 ss.

rispetto alla quale al privato non era neppure consentito procedere alla nomina di un arbitro. La nomina da parte del privato è resa possibile soltanto successivamente, con il d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 che, altresì, prevedeva nuovamente la non obbligatorietà dello strumento arbitrale, essendo prevista la possibilità per la parte di declinare la scelta in favore della via giurisdizionale. Declinatoria successivamente riservata dal legislatore in favore della sola amministrazione⁴⁵ e non per il privato che, di fatto, si riteneva avesse optato per l'arbitrato al momento della sottoscrizione del bando. Scelta ritenuta costituzionalmente illegittima⁴⁶, per contrasto con gli artt. 24 e 103 Cost., nella parte in cui di fatto legittimava la obbligatorietà dell'arbitrato per la parte privata.

Con la Merloni (legge 11 febbraio 1994, n. 109), e in particolare con la Merloni *bis* (legge 2 giugno 1995, n. 216), è stato introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione per le riserve delle imprese (art. 31-*bis*) e l'arbitrato (art. 32) da esperirsi ai sensi della disciplina contenuta nel codice di procedura civile.

Con la Merloni *ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415) la disciplina dell'arbitrato è stata interamente novellata, tanto con riferimento alla facoltatività dello stesso che viene nuovamente introdotta, quanto avuto riguardo al rito che viene mutato in favore di una procedura interamente affidata alla Camera arbitrale presso l'allora Autorità garante per i lavori pubblici e disciplinata da un decreto ministeriale⁴⁷.

Il quadro normativo di riferimento è poi nuovamente mutato a seguito della emanazione della Merloni *quater* (legge 1° agosto 2002, n. 166) con la quale era stata modificata la disciplina dell'accordo bonario⁴⁸, nonché con la legge n. 80/2005 con la quale si era tentata una razionalizzazione dell'istituto, soprattutto a seguito dell'intervento del Consiglio di Stato con il quale era stata dichiarata la parziale illegittimità della disciplina in materia di arbitrato contenuta nel regolamento⁴⁹.

Con l'emanazione del previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) si è per certi versi operata una risistemazione dei rimedi stragiudiziali di risoluzione delle controversie. Con il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, nel testo modificato dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, era stato fatto divieto, dal 1° luglio 2008 alle pubbliche amministrazioni di "*inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi*", pena la nullità delle stesse o dei compromessi comunque sottoscritti.

Relativamente ai contratti già sottoscritti alla data di entrata in vigore della legge, e per cui i relativi collegi non risultavano costituiti entro il 30 giugno 2008, era fatto

⁴⁵ Legge 10 dicembre 1981, n. 741, art. 16.

⁴⁶ Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152.

⁴⁷ D.m. 2 dicembre 2000, n. 398.

⁴⁸ La normativa settoriale che ha previsto delle modifiche al modello generale è alquanto nutrita. Si pensi ad esempio al d.m. 14 aprile 2000, n. 200, con il quale è stato emanato il regolamento relativo al capitolato generale per i contratti dell'amministrazione della difesa, nel quale erano specificate le categorie all'interno delle quali era possibile individuare l'arbitro di parte pubblica. Con il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 è stata modificata la norma relativa alla specificazione delle categorie all'interno delle quali era possibile individuare il Presidente del collegio.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335.

obbligo di declinare, ove tale facoltà era contemplata all'interno del contratto, la competenza arbitrale. Mentre i collegi arbitrali costituiti successivamente alla detta data decadevano automaticamente e le relative spese rimanevano integralmente compensate tra le parti.

L'operatività di detta disposizione è stata sospesa in un primo momento fino al 1° luglio 2008 (art. 15, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248) in attesa della istituzione presso i Tribunali ordinari di apposite sezioni specializzate, riproponendo, così, un'idea già apparsa negli anni '60, quando si suggerì di affidare le controversie a sezioni specializzate, sul modello dei Tribunali delle acque pubbliche. La proroga è stata poi estesa fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni di legge di attuazione della devoluzione delle competenze, cioè fino alla effettiva attivazione delle predette sezioni, secondo quanto previsto da ultimo nella legge 2 agosto 2008, n. 129.

Allo stesso modo, è stata sospesa l'operatività della disposizione contenuta nel successivo comma 21 dell'art. 3 richiamato il quale imponeva alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di declinare la competenza arbitrale per i contratti stipulati anteriormente alla entrata in vigore della disposizione.

E così, dunque, i termini sono stati prorogati al 31 dicembre 2008 (d.l. 30 giugno 2008, n. 97, art. 4-*bis*) e al 31 dicembre 2009 (d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, art. 1-*ter*). Da ultimo il termine è stato spostato al 30 aprile 2010 (d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge 26 febbraio 2010, n. 35).

La disciplina degli strumenti di soluzione alternativa delle controversie è ora contenuta all'interno del Codice, e anch'essa è stata oggetto di diversi ritocchi da parte del legislatore, da ultimo con la riscrittura del Codice dei contratti con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e il correlato correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209).

Nel nuovo Codice viene mantenuta la **transazione** all'art. 211, il ricorso alla quale è consentito per tutte le controversie relative alla esecuzione dei contratti aventi ad oggetto l'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture solo nell'ipotesi in cui non sia possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale. La norma contiene un esplicito riferimento ai diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione dei contratti, con la conseguenza che deve essere esclusa la possibilità di fare ricorso allo strumento transattivo nella fase di aggiudicazione del contratto, poiché l'arbitrato deve avere carattere rituale e la decisione deve aver luogo secondo diritto⁵⁰.

La conclusione dell'accordo transattivo, possibile anche al di fuori dei casi in cui è previsto l'accordo bonario, deve poi essere preceduta, se la somma a cui l'amministrazione intende rinunciare supera i 100.000 euro (200.000 euro in caso di lavori pubblici), dalla acquisizione di un parere, obbligatorio ma non vincolante, da parte dell'avvocatura che difende il soggetto o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso. La transazione deve avere forma scritta a pena di nullità, e la proposta può essere formulata sia dal soggetto aggiudicatario sia dal dirigente competente, sentito il RUP.

Diversa la disciplina dell'**accordo bonario** che, pur configurandosi come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, non ostacola lo svolgimento dell'ar-

⁵⁰ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 21 settembre 2020, n. 9616.

bitrato, decorso il termine di 90 giorni entro il quale l'amministrazione è tenuta a formulare la relativa proposta.

Nel testo novellato dell'art. 210 del Codice relativo ai lavori, per le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento, il cui valore raggiunge le soglie indicate dal legislatore, viene confermata l'interazione di due soggetti, il direttore dei lavori e il responsabile del procedimento, o un esperto avente competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto scelto tra una rosa di 5 professionisti indicati su richiesta dalla Camera arbitrale.

Il responsabile del procedimento, o l'esperto, sono chiamati a redigere una proposta di accordo bonario sulla quale si pronunciano il soggetto che ha presentato le riserve e le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1.

In caso di fallimento del tentativo di accordo bonario per rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti parte della procedura, o di inutile decorso dei termini per la conclusione della procedura, è possibile fare ricorso al giudice o agli arbitri nel termine di 60 gg. a pena di decadenza⁵¹.

In caso di accettazione dell'accordo bonario, viene redatto verbale a cura del responsabile del procedimento, sottoscritto dalle parti.

Il ricorso all'accordo bonario è possibile anche per i contratti di fornitura di beni e servizi in relazione alle contestazioni relative alla esatta esecuzione delle prestazioni dovute ai sensi dell'art. 211, seguendo la procedura prevista per i lavori.

Per le controversie su diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario, è prevista la possibilità di deferire la soluzione ad arbitri⁵². La circostanza che il contratto contenga o meno la clausola arbitrale deve essere espressamente menzionata nel contratto, anche per dare la possibilità all'aggiudicatario, entro 20 gg. dall'aggiudicazione, di ruscare la clausola compromissoria nel qual caso la clausola compromissoria non è inserita nel contratto. L'art. 231 prevede poi che è nella facoltà delle parti di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto. La clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara, o nell'invito è nulla e deve essere inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice.

Quanto al profilo soggettivo, possono ricorrere allo strumento arbitrale tutti i soggetti che sono comunque tenuti ad applicare le procedure disciplinate all'interno del Codice.

Possono essere decise nella sede arbitrale tutte le controversie "su diritti soggettivi" relative alla interpretazione ed esecuzione del contratto, mentre non possono essere portate nella sede arbitrale le controversie relative alla revisione prezzi, in ragione della qualificazione delle situazioni soggettive ad esse sottese, a meno che tale profilo non sia puntualmente disciplinato nel contratto nell'*an* e nel *quantum*, con la conseguenza che la revisione diviene questione che rientra all'interno della esecuzione del contratto.

⁵¹ Disposizione aggiunta dal decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56; sul tema, cfr. F. AU-LETTA, *La commissione Alpa e le ADR nei contratti pubblici*, in *Giur. arb.*, 2017.

⁵² ??? **eliminare?**

Il procedimento arbitrale ha inizio con la trasmissione della domanda di arbitrato, cui seguono il deposito dell'atto di resistenza, le eventuali controdeduzioni e le designazioni di parte.

Ai sensi dell'art. 213 la controversia è affidata a un collegio arbitrale composto da tre membri designati dalle parti tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, i quali pronunciano in applicazione delle disposizioni contenute nel codice di procedura civile. È previsto che le pubbliche amministrazioni individuino i propri arbitri preferibilmente tra dirigenti pubblici. Il procedimento di nomina dei componenti del collegio arbitrale esprime la peculiare conformazione che il legislatore ha imposto all'arbitrato nei contratti pubblici. Mentre la parte privata può individuare il proprio arbitro scegliendo tra soggetti che presentano esperienza nel settore del contratto, nonché indipendenza, la scelta della parte pubblica è nell'ambito della categoria dei dirigenti pubblici, nel rispetto del principio di rotazione⁵³. Quanto al Presidente del collegio arbitrale, la sua individuazione, dall'albo gestito dalla Camera arbitrale, è sottratta al potere delle parti cui spetta solo la designazione, mentre la nomina è affidata alla Camera arbitrale alla quale viene riconosciuto un vero e proprio potere di controllo sullo strumento arbitrale⁵⁴. La violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 relative alla nomina del collegio arbitrale determina, secondo quanto espressamente previsto al comma 7 dell'art. 209, la nullità del lodo.

Intervenuta la nomina del collegio il Presidente procede alla nomina, ove necessario, di un segretario.

Quanto ai mezzi di prova esperibili, il comma 10 prevede l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme.

Il successivo comma 11 stabilisce, poi, che i termini fissati dal collegio arbitrale non hanno natura perentoria, a meno che ciò non sia espressamente previsto o nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli stessi arbitri si sono dati, con la conseguenza che la parte che non li ha rispettati può essere dichiarata decaduta soltanto in questa ipotesi.

Il procedimento arbitrale termina con il deposito del lodo da parte degli arbitri presso la Camera arbitrale, momento dal quale esso è da considerarsi efficace, che precede il deposito da effettuarsi presso la cancelleria del Tribunale.

Il lodo è impugnabile, nel termine di 90 gg. dalla notifica, per motivi di nullità e per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione non può essere proposta comunque dopo il decorso di 180 gg. dalla data del deposito presso la Camera arbitrale.

Dominus della procedura arbitrale, amministrata, è la Camera arbitrale, istituita ai sensi dell'art. 214, presso l'Autorità⁵⁵ con il compito di curare la formazione e la tenuta

⁵³ L'art. 209 disciplina le incompatibilità relative alla nomina all'interno del collegio arbitrale.

⁵⁴ Trattandosi di un esercizio di potere amministrativo da parte della Camera arbitrale, è da ritenersi che esso sia assoggettato alle sue regole e che, pertanto, esso possa anche essere contestato dalle parti nelle sedi giurisdizionali.

⁵⁵ Con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, è stata disposta

dell'albo degli arbitri, redigere il codice deontologico, nonché provvedere agli adempimenti necessari non solo alla costituzione, ma anche al funzionamento del collegio arbitrale.

Tra i compiti della Camera arbitrale vi è quello della rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici, con successiva trasmissione all'Autorità e alla Cabina di regia di cui all'art. 221, nonché della cura dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali.

Alla Camera arbitrale presso la quale deve essere depositato il lodo, che così diviene efficace, spetta anche il potere di nominare il terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente.

Una ulteriore innovazione è rappresentata dall'art. 220 del codice dei contratti pubblici, il quale disciplina lo strumento precontenzioso della informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale e per la quale si rinvia ad altra parte del manuale⁵⁶.

Con il nuovo codice è stato innovato la disciplina del CCT (Collegio Consulativo Tecnico) per la prevenzione e risoluzione delle controversie tecniche durante l'esecuzione dei contratti pubblici. Composto da esperti, nominati secondo le modalità di cui all'allegato V.2 al Codice, il CCT esprime pareri e adotta determinazioni eventualmente aventi natura di lodo contrattuale, divenendo vincolanti per le parti. Il CCT interviene su molteplici aspetti della esecuzione del contratto, dalla valutazione delle varianti progettuali alla gestione di imprevisti che possono determinare la sospensione dei lavori. Il procedimento per l'espressione dei pareri da parte del CCT può essere attivato anche da una sola delle parti, attraverso la presentazione di un quesito scritto. È previsto che il CCT possa procedere ad audizioni informali delle parti, o possa convocarle per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive posizioni.

La Costituzione del CCT è obbligatoria, ai sensi dell'art. 215, comma 1, del Codice per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche, incluse quelle realizzate tramite contratti di concessione o di PPP, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea. Negli altri casi la costituzione del CCT è facoltativa e la sua costituzione è affidata al RUP, su richiesta delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Formato da tre componenti (cinque in caso di opere complesse) scelti tra professionalità eterogenee in relazione alla natura del contratto. Il Presidente è scelto dai membri di nomina di parte e, in caso di mancato accordo, è designato dal MIT per le opere di interesse nazionale, e dalle regioni o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

la soppressione dell'autorità e il trasferimento delle funzioni e compiti ad essa attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

⁵⁶ Sul punto cfr. Parte 5, Capitolo 5, Sez. III.

8. *Gli strumenti di soluzione precontenziosa amministrati (da un soggetto pubblico)*

In costante aumento sono le ipotesi di soluzione precontenziosa delle controversie affidate ad una pubblica amministrazione in linea con gli orientamenti espressi nelle sedi comunitarie cui si è fatto cenno in precedenza. Si pensi alla già richiamata conciliazione svolta dalle Camere di commercio; o alla conciliazione obbligatoria in materia di telecomunicazioni, di cui si dirà nel prosieguo, svolta dai Corecom, facenti capo all'AGCOM; oppure alle procedure di conciliazione e arbitrato che vengono svolte dinanzi all'Autorità per l'energia elettrica e per il gas in relazione a controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio; o ancora alle procedure di conciliazione svolte dalla Camera per la conciliazione della Consob in relazione alla controversie tra investitori e intermediari per la violazione degli obblighi di correttezza, informazione e trasparenza nei rapporti con gli investitori⁵⁷; o quelle garantite dalla Banca d'Italia in relazione all'arbitrato bancario e finanziario; o ancora alla attività di conciliazione ed arbitrato della Camera nazionale arbitrale in agricoltura, istituita dal Ministero per le politiche agricole alimentari e forestali in attuazione del d.p.r. 23 marzo 2005, n. 79, relativamente alle controversie nelle quali sia parte l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, con riguardo ai crediti e obbligazioni di cui le parti reclamano la disponibilità, o a quelle derivanti dall'attuazione di atti comunitari. In relazione a queste ultime, singolare è stata la scelta operata dal legislatore che ha individuato una soglia di valore (euro 20.000) al di sotto della quale la via stragiudiziale viene individuata in quella conciliativa, mentre per valori superiori è previsto il ricorso allo strumento arbitrale. O ancora, l'attività stragiudiziale svolta dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, conseguente a reclami, segnalazioni e ricorsi che si concludono con l'emanazione di decisioni vincolanti dotate di effetti sanzionatori, o a quella svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; o dalla Commissione per la trasparenza dei giochi (art. 2, comma 4, lett. b), d.p.r. 15 dicembre 2003, n. 385) o dal Ministero delle infrastrutture e trasporti (art. 37, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188); o dall'Istituto di autodisciplina pubblicitaria in materia di correttezza della comunicazione commerciale, mediante l'applicazione del codice di autodisciplina della comunicazione.

⁵⁷ Istituita ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 la Camera è composta da un presidente e quattro membri, due nominati dalla Consob e due dal Consiglio nazionale dei consumatori. Il Collegio provvede alla nomina del Conciliatore, scegliendolo tra i soggetti iscritti nell'elenco. Il Conciliatore, su richiesta delle parti, può formulare una proposta conciliativa che, ove non accolta, costituisce l'elemento da cui le parti stesse muovono per indicare le condizioni alle quali sono disposti a conciliare. La disciplina contempla poi due forme di arbitrato. Quello ordinario e quello semplificato, finalizzato al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori, mediante la determinazione di un indennizzo.

9. *Le controversie in materia di telecomunicazioni*

Per ciò che concerne il settore delle telecomunicazioni, nella legge 31 luglio 1997, n. 249, è previsto che l'Autorità di garanzia disciplini con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie insorte fra utenti o categorie di utenti e i soggetti autorizzati o destinatari di licenze o tra questi ultimi. Tale disposizione si pone in linea con le previsioni contenute nelle direttive 2002/21 e 2002/22 che rispettivamente prevedono il diritto della parte a rivolgersi ad una autorità di regolamentazione nazionale per la soluzione delle controversie (considerando 22) e la necessità di definizione di procedure efficaci tra consumatori ed utenti (considerando 47). Nella configurazione offerta dal legislatore, il tentativo di conciliazione è obbligatorio, cioè assurge a condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale, ed ha efficacia sospensiva dei termini per l'azione giurisdizionale, fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione⁵⁸.

In questo quadro un ruolo centrale viene riconosciuto ai Comitati regionali⁵⁹ per le comunicazioni (art. 1, comma 3), considerati funzionalmente organi dell'Autorità, ai quali sono state delegate le attività conciliative⁶⁰. Per espressa previsione normativa, e al precipuo fine di garantire la effettività dello strumento conciliativo, è previsto, inoltre, che il verbale di conciliazione abbia valore di titolo esecutivo.

La individuazione del Corecom territorialmente competente viene effettuata in base al luogo di residenza o di domicilio dell'utente nel caso di telefonia mobile, o in base alla localizzazione dell'utenza, per la telefonia fissa. Nel regolamento è previsto che la procedura conciliativa si svolga nel termine di 30 giorni dalla proposizione dell'istanza, decorsi i quali è possibile adire le sedi giurisdizionali.

Le parti possono partecipare all'udienza di conciliazione, che si svolge alla presenza del responsabile del procedimento designato dal Corecom, personalmente o attraverso un proprio rappresentante munito di procura generale o speciale per la conciliazione, o facendosi assistere da consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori. È interessante notare che l'art. 8 della delibera n. 173/07/Cons attribuisce al responsabile del procedimento dei poteri propositivi in ordine alla possibile conciliazione configurandola in termini di una vera e propria conciliazione valutativa. Della conciliazione o della mancata conciliazione – sia che essa sia dovuta al

⁵⁸ Ai sensi delle delibere n. 182/02/Cons. modificata con la delibera n. 307/03/Cons, e n. 173/07/Cons. dell'Autorità, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile “fino a che non sia esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio, munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo” di cui all'art. 141, commi 2 e 3, del codice di consumo. La predetta impostazione è stata confermata anche da Cass., 30 settembre 2008, n. 24334.

⁵⁹ Sul punto cfr. G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 6, 833 ss.; ID., *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 605 ss.; G. GARDINI, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6, 2008, 851 ss.

⁶⁰ Per le controversie tra operatori in tema di interconnessione, la stessa legge n. 249/1997 prevede l'intervento della Commissione per le infrastrutture e le reti (CIR) dell'Autorità.

mancato raggiungimento dell'accordo sia che essa sia imputabile alla mancata presentazione delle parti – viene redatto un verbale.

Nell'ipotesi in cui il tentativo di conciliazione fallisca, le parti, anche una sola di esse, hanno la possibilità o di adire la via giurisdizionale, oppure di chiedere all'Autorità di garanzia di definire la controversia entro un termine di 150 giorni, attraverso la presentazione di un ricorso amministrativo alla stessa nel termine di 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione. In questo caso l'Autorità, o il direttore al quale è delegata la definizione delle controversie di minore entità⁶¹, può condannare l'operatore oltre che al pagamento delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, anche ad effettuare rimborsi di somme indebitamente riscosse, o al pagamento degli indennizzi contrattualmente previsti, salva la possibilità per l'utente di adire le sedi giurisdizionali competenti per il maggior danno (art. 19, delibera n. 173/07/Cons). Tale procedura si conclude con la emanazione di un provvedimento decisorio che, stante la sua natura⁶², può essere impugnato davanti al T.A.R. Lazio, al quale spetta la competenza funzionale.

A ciascun Corecom, secondo quanto previsto nella richiamata delibera n. 173, possono poi essere delegate le controversie attualmente gestite dall'Autorità, a condizione che venga garantita, all'interno dell'organizzazione, una distinzione tra la funzione conciliativa, richiamata in precedenza, e la funzione di soluzione dei conflitti nel cui ambito, sempre all'interno dell'organizzazione del Corecom, debbono essere chiaramente distinti i ruoli in ordine alle fasi istruttoria e decisoria del procedimento.

10. *L'arbitrato in materia sportiva: cenni e rinvio*

A completamento del quadro delineato in materia di composizione stragiudiziale delle controversie, è opportuno un rapido cenno al sistema della giustizia sportiva i cui profili processuali sono trattati in altra parte del manuale⁶³.

L'art. 3 del d.l. n. 220/2003⁶⁴, convertito nella legge 17 ottobre 2003, n. 280 oggetto di numerose modifiche, recante le *Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva*⁶⁵ al comma 1, che in relazione alla giurisdizione amministrativa introduce la c.d. pregiudiziale sportiva, e cioè la necessità di esaurire, prima del ricorso al giudice amministrativo, i gradi della giustizia sportiva, contempla nell'ultima parte la possibilità che gli

⁶¹ Al direttore è delegata la soluzione delle controversie concernenti prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 euro.

⁶² Il provvedimento pronunciato dall'Autorità è un provvedimento amministrativo e la inottemperanza a quanto in esso previsto rientra nel disposto di cui all'art. 98, comma 11, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

⁶³ Per una compiuta analisi del tema cfr. *supra*, Parte 5, Capitolo 6, Sez. III.

⁶⁴ Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, per la quale il d.l. prevede tre forme diverse di tutela, non alternative, poiché l'esperibilità delle tre azioni è condizione di procedibilità dinanzi alla giustizia ordinaria o amministrativa; sul tema, cfr. M.R. SPASIANO, *La sentenza n. 49/2011 della Corte Costituzionale: un'analisi critica e un tentativo di riconduzione a sistema*, in *www.coni.it*, 2011.

⁶⁵ Convertito con legge 17 ottobre 2003, n. 280.

statuti ed i regolamenti del Coni e delle Federazioni sportive contengano clausole compromissorie che escludano la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il sistema delineato dallo Statuto del Coni (art. 12) era costituito dall'Alta Corte di giustizia sportiva (art. 12-*bis*), organo di ultimo grado con funzioni prevalentemente consultive ed il Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport – TNAS – (art. 12-*ter*), le cui funzioni erano disciplinate in appositi codici entrambi emanati il 7 gennaio 2009 e integrati il 23 marzo dello stesso anno.

A far data dal 1° luglio 2014, con l'entrata in vigore del Codice della giustizia sportiva, il sistema è stato sostituito dal Collegio di garanzia dello sport cui è devoluta la cognizione delle controversie non altrimenti impugnabili nell'ambito dell'ordinamento federale e che opera alternativamente in veste di Alta Corte o di Organo arbitrale a seconda delle previsioni preesistenti.

