



Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Diritto della Persona e Comparazione – DIRPE

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA"
Coordinatore Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone

X CICLO Nuova Serie

TESI
“La Mediazione in Europa”

Coordinatore
Prof. Pasquale Stanzone

Candidato
Dott. Enrico Maria Cotugno

Tutor
Prof.ssa Daniela Noviello

INDICE

PREMESSA. *La mediazione “obbligatoria” in Italia: le origini della riforma tra orgoglio e pregiudizio.*

CAPITOLO I

LA MEDIAZIONE. PROFILI RICOSTRUTTIVI E SISTEMATICI.

1. Mediazione e risoluzione alternativa delle controversie: *Justice without Law?*
2. Mediazione e Conciliazione: chiarimenti terminologici.
3. Mediazione e Aggiudicazione: differenze ontologiche e psicologiche.
4. Mediazione e Giurisdizione: prospettive storiche di interazione.

CAPITOLO II

LA MEDIAZIONE IN EUROPA. PROFILI COMUNITARI E COMPARATIVI.

1. Il *background* comunitario: la mediazione all’ombra della legge.
2. Un nuovo quadro normativo dell’Unione Europea in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali: *Molto rumore per nulla?*
3. La mediazione delle controversie dei consumatori: il “pacchetto 2013”.
4. Il panorama continentale e il modello britannico: *Niente processo, siamo inglesi.*

CAPITOLO III

LA MEDIAZIONE IN ITALIA. PROFILI RICOGNITIVI E CRITICI.

1. La stratificazione normativa e culturale.
2. La legislazione in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali: *duty to consider* o obbligo di conciliare?
3. La mediazione obbligatoria: cronaca di una morte annunciata?
4. La rivoluzione incompiuta: condannati all’ingiusta giustizia?

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

Dissatisfaction with the administration of Justice is old as law ... From time to time more or less reversion to justice without law becomes necessary in order to bring the public administration of justice into touch with changed moral, social, or political conditions.

Nathan Roscoe Pound

Premessa

LA MEDIAZIONE “OBBLIGATORIA”: LE ORIGINI DELLA RIFORMA TRA ORGOGLIO E PREGIUDIZIO.

L'entrata in vigore delle disposizioni del d. l.vo 28/2010 che rendono obbligatorio (e dunque condizione di procedibilità per l'azione civile) il tentativo di conciliazione per le controversie inerenti numerosi ed ampi settori del diritto privato rappresenta una vera e propria rivoluzione copernicana per il mondo del diritto, che ha rischiato di invertire il rapporto di forza tra processo e procedure conciliative in favore di quest'ultime.

Una simile rivoluzione di certo non poteva realizzarsi in maniera “pacifica”, senza cioè ridestare una certa avversione iconoclastica nei confronti della conciliazione “obbligatoria”, che ineludibilmente sembra recare con sé un bagaglio di pregiudizi difficili –almeno sin'ora- da estirpare.

Pregiudizi legati, innanzitutto, alla presunta incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione, nonostante la Corte Costituzionale sia intervenuta più volte al riguardo, riconoscendo legittimo il tentativo obbligatorio di conciliazione che abbia una durata certa e determinata. D'altronde la stessa direttiva 2008/52/CE in materia di mediazione conferma la possibile

coesistenza tra il tentativo obbligatorio di conciliazione ed il diritto di libero accesso alla Giustizia.

Eppure, ancora oggi si sente spesso invocare il combinato degli articoli 3 e 24 della Costituzione quale estremo baluardo contro l'avanzata delle orde barbariche di conciliatori, bramosi di mettere le mani sull'agognato contenzioso civile.

Vi è, poi, un pregiudizio più sottile, ma non per questo meno insidioso: quello di chi vorrebbe far discendere dalla natura volontaristica delle procedure conciliative, come conseguenza diretta, l'inadeguatezza di quelle, invece, "obbligatorie" a svolgere la funzione di riavvicinare le parti. Come a dire che se le parti di una controversia si siedono al tavolo di mediazione perché coartate dalla legge, esse difficilmente poi troveranno un accordo.

Ebbene, mentre il profilo di costituzionalità è stato oggetto di numerosi interventi della Corte delle leggi, il secondo pregiudizio è stato sfatato dall'esperienza tutta italiana del settore delle telecomunicazioni, dove il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato introdotto nel 1997, che nel corso dell'ultimo decennio ha dimostrato come l'obbligatorietà non sia affatto da ostacolo al raggiungimento di un accordo conciliativo. Tutt'altro.

L'esperienza delle telecomunicazioni rappresenta motivo di orgoglio per l'Italia.

Il 16 aprile del 2003, nel corso di un convegno presso l'Aula absidale dell'Università di Bologna in materia di conciliazione societaria, chiamati ad illustrare l'attività conciliativa dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sostenemmo che l'unica via per far decollare la cultura della conciliazione nel nostro sistema giuridico era quella di renderla obbligatoria. Le reazioni immediate furono, ovviamente, sdegnate, proprio perché il gotha della conciliazione lì presente riteneva un sacrilegio l'accostamento tra obbligatorietà e

conciliazione. Tuttavia, grazie al confronto nato successivamente a tale evento con alcuni protagonisti della riscoperta della mediazione nel nostro paese, riuscimmo a dimostrare che nel settore delle telecomunicazioni, dove la conciliazione è effettivamente obbligatoria dal 2002, i risultati raggiunti in termini di accordi conciliativi erano molto più che lusinghieri.

In particolare la percentuale di successo, allora pari a circa il 60% (oggi addirittura vicina all'80%), era simile, o addirittura superiore, a quella della conciliazione "volontaria".

L'aver dimostrato con i dati che l'obbligatorietà non poteva essere considerata un freno per la conciliazione portò come risultato che nel corso della XIV legislatura fu presentata una proposta di legge (n. 5492), a firma dell'On. Cola, nella quale già erano presenti alcuni punti cardine del d. l.vo 28/2010, ivi inclusa l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le cause di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti, per responsabilità medica, e per *"le cause tra professionisti e tra professionisti e consumatori, quando il valore non supera i 25.000 euro"*.

Dopo quella proposta molta acqua è passata sotto i ponti, ma gli ispiratori della riforma di oggi sono rimasti gli stessi di allora, così che attorno a quel primo nucleo di idee è venuta sedimentandosi la "rivoluzione" copernicana in materia di mediazione civile e commerciale, al momento rimasta incompiuta.

Tuttavia, l'orgoglio per aver in qualche modo contribuito ad un simile risultato non impedisce di svolgere alcune notazioni critiche in ordine all'impianto generale della procedura di mediazione, così come delineata dal nostro legislatore, sorvolando sugli aspetti problematici di concreta applicazione del decreto legislativo, sui quali la dottrina si è diffusamente pronunciata.

In particolare, dall'analisi delle disposizioni più problematiche della normativa italiana e dal confronto con quella di altri ordinamenti,

ove la rivoluzione è riuscita, oltre che con la direttiva europea che l'ha ispirata, sorgono una serie di interrogativi: davvero il legislatore ha voluto incentivare il ricorso alla mediazione, intesa come strumento per il raggiungimento di un accordo consensuale, basato sulla soddisfazione degli interessi delle parti? O piuttosto si è voluto creare uno strumento di giustizia “minore”, o “privata”, in grado di offrire una soluzione per la definizione del conflitto alternativa e preventiva alla giustizia ordinaria?

L'impressione, in verità, è che la preoccupazione di deflazionare il contenzioso giurisdizionale sia stata talmente prevaricante da spingere il legislatore a stravolgere e snaturare lo strumento conciliativo, asservendolo interamente al suo scopo. Il risultato è, a parere di chi scrive, una procedura “paragiurisdizionale”, tendenzialmente orientata alla soluzione definitiva della controversia, tramite un verbale di accordo nella migliore delle ipotesi, ovvero tramite una proposta del mediatore solo formalmente conciliativa, ma in realtà “aggiudicativa”, poiché inevitabilmente destinata, per come congegnata, ad assumere i tratti di una sentenza anticipata.

In effetti, la nuova disciplina sulla mediazione, per come congegnata, ha sviluppato un dibattito, dottrinario e politico, essenzialmente influenzato da questa concezione ancillare delle forme alternative di risoluzione delle controversie, finendo per oscurarne le enormi ed ulteriori potenzialità in prospettiva di effettiva tutela della persona. Sotto questo profilo va rammentato almeno un altro preconcetto che accompagna la mediazione come metodo di risoluzione delle controversie: quello che vorrebbe relegare tale istituto ad appannaggio esclusivo dei processualisti. La mediazione, in pratica, viene generalmente trattata alla stregua di uno strumento processuale, e per giunta d'importanza minore, come traspare

dall'approccio dottrinario, ma anche da quello legislativo e, più in generale, culturale.

In realtà la mediazione andrebbe più coerentemente riportata nel quadro più ampio della tutela della persona e, dunque, sotto il profilo sistematico, nell'ambito del diritto civile sostanziale. Per avallare un simile approccio, d'altro canto, basterebbe sottolineare che il risultato della conciliazione, l'accordo che raggiungono le parti, altro non è che un contratto.

A ben vedere, forme alternative al giudizio ordinario per risolvere i contrasti esistono da sempre nel nostro sistema civilistico, basti pensare al "buon senso", cui le parti in conflitto possono ricorrere per dirimere da sole una controversia, o all'autotutela.

L'autonomia privata, poi, ne suggerisce altre. Prima fra tutte la transazione che, proprio come la mediazione civile, tende al raggiungimento della conciliazione tra le parti in conflitto estinguendo la controversia e non definendola, come avviene invece nell'arbitrato. Né va dimenticata la cessione dei beni ai creditori, con cui le parti intendono prevenire un giudizio di esecuzione.

Ma anche lo stesso d. l.vo 28/2010, che ha introdotto la mediazione civile, è intriso di spunti di diritto sostanziale.

Merita attenzione, ad esempio, l'art. 11 del decreto, ove si prevede espressamente che nell'accordo conciliativo si possa inserire una clausola con cui stabilire il pagamento di una somma di denaro nel caso in cui le parti non rispettino l'accordo .

Ebbene, perplessità dal sapore decisamente civilistico sorgono al riguardo, sia sulla natura di tale clausola, che per farsi salva non potrà che essere ricondotta alla categoria delle clausole penali, sia alla sua funzione compensativa o punitiva, nonché alla difficoltà di predeterminare la valutazione del danno che la parte potrà subire. Non sorge, invece, relativamente ad essa, alcuna questione di vessatorietà, esclusa ex art. 33, comma 5, del Codice del consumo.

Diversamente si dovrà ragionare della cosiddetta clausola conciliativa, avendo previsto il legislatore che le parti possano inserire nei contratti clausole che rendano obbligatoria la mediazione. Sono vessatorie, infatti, a norma dell'art. 33 del Codice del consumo le clausole che derogano alla competenza del giudice.

Un'ultima riflessione riguarda la possibilità, in caso di mancato raggiungimento di un accordo tra le parti, di una proposta di conciliazione formulata dal mediatore, che gli interessati saranno liberi di accettare entro un termine stabilito.

Ci si chiede, infatti, se l'eventuale comunicazione di accettazione della proposta formalizzata dalle parti abbia natura negoziale, e quindi possa far sorgere una responsabilità precontrattuale in capo a quella che poi non perfezioni l'accordo, o consista semplicemente in una mera dichiarazione di disponibilità alla conclusione dell'accordo proposto.

Solo un civilista può, quindi, trovare una risposta esaustiva a tutte le problematiche, qui solo accennate, che la mediazione delle controversie civili comporta, stante la sua natura di strumento volontaristico di composizione di assetti privati, che dunque nulla ha a che vedere, se non per taluni aspetti di necessaria contiguità, con la determinazione eteronoma degli stessi frutto delle procedure giurisdizionali.

La tanto agognata "rivoluzione culturale", capolinea per l'affermazione della conciliazione come modello di risoluzione dei conflitti, parte inevitabilmente da un nuovo approccio alla materia, che finalmente ne evidenzia, così come avvenuto nei paesi dove la mediazione ha trovato più fertile terreno, la funzione giustiziale non solo in termini di efficacia, ma, soprattutto, in termini di soddisfazione degli interessi della persona nel loro complesso.

Sulla base di tali premesse, allora, la presente ricerca si pone lo scopo, attraverso la ricognizione della normativa comunitaria in materia di mediazione e dell'attuale stato dell'arte in alcuni Stati membri, di individuare possibili alternative al percorso intrapreso dal nostro legislatore al fine di incentivare lo sviluppo dello strumento conciliativo nel nostro Paese.

Con la consapevolezza che la legge da sola non può bastare a portare avanti la “rivoluzione” necessaria per il salto culturale richiesto alla nostra Società, in quanto le idee, si sa, camminano sulle gambe degli uomini.

Discutendo, polemizzando e contraddicendo, a volte si può anche vincere; ma è una vittoria di Pirro perché non si otterrà mai la simpatia dell'avversario.

Benjamin Franklin

CAPITOLO I

La Mediazione. Profili ricostruttivi e sistematici.

1. Mediazione e risoluzione alternativa delle controversie: *Justice without Law?*
2. Mediazione e Conciliazione: chiarimenti terminologici.
3. Mediazione e aggiudicazione: differenze ontologiche e psicologiche.
4. Mediazione e giurisdizione: prospettive storiche di interazione.

1. MEDIAZIONE E RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: *JUSTICE WITHOUT LAW?*

La Mediazione, intesa come procedura di risoluzione delle controversie che prevede l'intervento di un terzo al fine di aiutare le parti a raggiungere un accordo, rientra tra quelle tecniche di risoluzione delle controversie ormai diffusamente definite con l'acronimo "ADR"¹. Tale sigla, almeno in origine, stava a significare "*Alternative Dispute Resolution*"², e quindi, in sostanza, si riferiva ai sistemi di risoluzione delle controversie "*alternativi*", con tutti i rischi che comporta

¹ La versione non anglosassone "RAC" sembra essere caduta ormai in disuso, mentre l'acronimo "MARC" (*Models Alternatifs de Règlement des Conflits*) è relegata principalmente ad un utilizzo negli ordinamenti francofoni. Cfr. C. Jarosson, *Les modèles alternatif de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1997, p.325 e ss.

² In questo senso viene coniata da Frank Sander in occasione della Pound Conference del 1906 di cui si dirà *infra*.

utilizzare a fini definitivi un termine che evoca concettualmente un confronto relazionale.

Così, la asserita "alternatività" è stata interpretata in senso stretto, nei confronti di tutte le forme di risoluzione dei conflitti aggiudicative ove vi è una decisione etero imposta, ovvero in senso più ampio, come alterità rispetto al "rimedio naturale"³ del ricorso giurisdizionale. Le *alternative dispute resolution*, in tale accezione, possono allora essere definite come "*a range of procedures that serves as alternative to litigation through the courts for the resolution of the dispute, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party*"⁴.

Le ADR intese in senso ampio, dunque, ricomprendono anche l'arbitrato nelle sue molteplici varietà, candidandosi a rappresentare un sistema tendenzialmente completo di composizione delle controversie, in grado di offrire una tutela (sebbene non giurisdizionale) piena e compiuta dei diritti dei singoli. In altre parole un sistema non più alternativo e, dunque, subalterno a quello giurisdizionale. Nel tempo, allora, l'acronimo è stato riletto, sostituendo "*alternative*" con "*appropriate*"⁵, per indicare un modello integrato e complementare di metodi di risoluzione delle controversie, in luogo di uno bipolare, fondato sull'opposizione tra la giurisdizione dello Stato e meccanismi privati e informali.

Partendo dall'accezione più ampia, i metodi di risoluzione alternativa delle controversie possono essere divisi in due gruppi fondamentali, a seconda della natura (decisoria o meno) dell'atto conclusivo: metodi **non**

³ M. Perrini, *Metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *La conciliazione – modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie* a cura di P. Bernardini, Milano, 2001, p.7.

⁴ Così H. Brown, A. Marriott, *ADR: principles and practice*, London, 1999, pag. 9. In tal senso anche S. Chiarloni in *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 2, p. 279, per il quale "ADR" indica un insieme di strumenti eterogeni accomunati da un elemento negativo, ovvero l'estraneità dai poteri giurisdizionali dello Stato.

⁵ Quelle di K. Makie; D. Miles, W. Marsh, *Commercial dispute resolution – an ADR practice guide*, London, 1995, p. 7, che in tal modo intendono rivendicare un ruolo quantomeno paritario per i sistemi di ADR rispetto al ricorso giurisdizionale.

aggiudicativi, come negoziazione e mediazione, e metodi **aggiudicativi**, come l'arbitrato, nelle sue varie manifestazioni.

Con ulteriore sforzo sistematico, poi, le procedure possono essere catalogate in tre gruppi: i) “**primarie**”, cioè le tre principali tipologie di composizione dei conflitti tradizionalmente conosciute (negoziiazione, mediazione, arbitrato); ii) **multifase**, ove le procedure primarie si susseguono (*Med-Arb, Med-then-Arb, Arb-Med*); iii) **ibride**, ove invece le procedure primarie si innestano dando vita a forme nuove con caratteristiche miste (*Tavoli paritetici, Early Neutral Evaluation, Mini-trial, Summary Jury Trial, Quick arbitration, High-Low Arbitration, Baseball-Arbitration*)⁶.

ADR aggiudicativi	ADR facilitativi
Arbitrato	Negoziiazione
Quick arbitration (arbitrato rapido)	Mediazione
High-Low Arbitration (arbitrato condizionato)	Tavoli paritetici
Baseball-Arbitration (arbitrato per offerta finale)	Dispute Review Board (collegio consultivo tecnico)
Rent-a-Judge (noleggio di un giudice)	Early Neutral Evaluation (valutazione preliminare)
Private Judging (giudizio privato)	Partnering Dialogue (incontro di partenariato)
Med-Arb (mediazione-arbitrato)	Summary Jury Trial (giudizio consultivo)
Med-then-Arb (conciliazione-poi-arbitrato)	Mini-trial (mini-processo)
Arb-Med	

Tabella 1:

Ora, concentrando l'attenzione sui metodi primari, questi, in considerazione del “peso” del terzo nell'ambito della procedura, possono essere sistemati nell'ordine seguente: negoziazione – mediazione - arbitrato. Nell'ambito della negoziazione (ove le parti interagiscono

⁶ Per maggiori approfondimenti si rinvia a G. De Palo, L. D'Urso, D. Golann, *Manuale del mediatore professionista - Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR - Risoluzione alternativa delle controversie)*, Milano, 2010, pp. 13 e ss.

direttamente, senza nessuna “mediazione”), il terzo non svolge alcuna funzione, essendo addirittura assente. Con l’arbitrato, invece, il terzo assume il ruolo da protagonista, dovendo, in conclusione, determinare l’assetto definitivo degli interessi in gioco.

Nel mezzo, per l’appunto, si collocano le procedure conciliative, nelle quali il terzo non ha potere decisionale, ma assiste le parti nella ricerca di una soluzione condivisa.

Il mediatore, quindi, di norma interviene quando le parti non sono in grado di risolvere la lite negozialmente, riattivando e mantenendo in vita il processo negoziale, tant’è che la mediazione può essere definita anche come un “negoziato assistito”. In altri termini, una volta fallito il tentativo delle parti in causa di trovare spontaneamente una soluzione per le proprie divergenze (conclusione che può dipendere da svariati motivi, ma che però, il più delle volte, si traducono nella fatale *escalation*, ovvero nella interruzione definitiva del confronto tra i negoziatori), l’intervento di un terzo può rivelarsi risolutivo per avviare ad un simile corto circuito comunicativo, ricominciando proprio da dove il negoziato si è interrotto.

Pertanto, così come per il negoziato diretto tra le parti, i presupposti da cui parte l’attività conciliativa sono sostanzialmente i seguenti:

1. esiste già una relazione (commerciale o di altra natura) più o meno risalente nel tempo;
2. di norma c’è un contratto o comunque un regolamento giuridicamente rilevante dei rapporti tra le parti;
3. qualcosa di specifico si è verificato, tanto da deteriorare il rapporto esistente tra le parti;
4. l’alternativa più probabile ad un accordo è l’avvio di un processo o di un arbitrato;
5. verosimile ostilità tra le parti.

Con la differenza che nel negoziato assistito la presenza di un terzo neutrale, e dunque non coinvolto emotivamente, consente un approccio razionale alla vicenda, finalizzato a superare eventuali barriere alla

negoziiazione. Barriere di natura psicologica o comunicativa che della controversia possono essere sia la causa che la conseguenza.

Senza alcuna pretesa di esaustività, al solo fine di esemplificazione, basterà rammentare come dalla verosimile ostilità tra le parti, ingenerata dal fallimento delle trattative negoziali, scaturiscono generalmente due fenomeni molto familiari agli studiosi della teoria del conflitto: la svalutazione reattiva e la percezione selettiva.

Si tratta, evidentemente, di due ostacoli molto pericolosi per la ricerca di una soluzione condivisa del problema, atteso che il primo fenomeno porta ciascuno dei soggetti coinvolti a sottovalutare tutto quanto proviene dalla parte “avversa” ed a sopravvalutare le proprie offerte e rinunce, mentre il secondo comporta una sorta di ascolto intermittente, a causa del quale le parti tendono a non ascoltare affatto gli argomenti contrari alle proprie posizioni.

In simili condizioni è di tutta evidenza che difficilmente un dialogo può assumere una valenza costruttiva, a meno che non intervenga un fattore di riequilibrio del processo comunicativo, che è rappresentato dalla figura del mediatore.

Il mediatore, infatti, può aiutare le parti a:

- comunicare, attraverso la c.d. *shuttle diplomacy*, facendo dunque da tramite tra le parti al fine di (ri)stabilire il flusso informativo, annullando, per la sola interposizione, gli effetti della svalutazione reattiva e della percezione selettiva;
- chiarire le posizioni, aiutando le parti a focalizzare la materia del contendere. Non è affatto inusuale che le parti in causa siano talmente emotivamente coinvolte da perdere di vista l’oggetto del contendere e, soprattutto, i propri interessi reali;
- creare valore, favorendo l’esplorazione di soluzioni “allargate” per il conflitto, suscettibili di incrementare il vantaggio di entrambe le parti, che altrimenti si troverebbero con tutta probabilità a ragionare in ottica transattiva, di rinuncia reciproca;

- chiarire le conseguenze del mancato accordo, aiutando i contendenti, di fronte all’alternativa tra la conciliazione o la chiusura del negoziato, a stimare in maniera realistica lo scenario che si prospetta dopo un mancato accordo, in termini di rapporto tra costi e benefici, e dunque a ponderare verosimilmente elementi quali la durata e i costi di una eventuale azione giudiziale, i costi “psicologici” del proseguimento della controversia e quelli conseguenti alla perdita del rapporto per il futuro (commerciale o umano) con la controparte;
- separare gli “interessi” dalle “posizioni”, ovvero aiutare le parti ad abbandonare la competizione basata sul portato di spinte emotive ed approciare la negoziazione con spirito pragmaticamente collaborativo.⁷

A tal proposito giova evidenziare che, come si dirà meglio nel paragrafo dedicato a tale argomento, la più marcata e sostanziale differenza tra la mediazione e le tecniche di risoluzione delle controversie aggiudicative (in particolare giudizio o arbitrato) risiede nel fatto che nella prima ciò che conta realmente - e dunque va indagato - ai fini del risultato finale non è il diritto, ma sono gli interessi reali delle parti, al miglior soddisfacimento dei quali la procedura è tesa. Mentre nelle procedure aggiudicative la decisione è “giusta” se conforme al diritto, la conciliazione potrà considerarsi tanto più “giusta” quanto più avrà contribuito al soddisfacimento dei bisogni concreti dei litiganti.

⁷ Per una compiuta analisi del metodo di negoziazione cooperativo è d’obbligo il rinvio ai risultati raggiunti nell’ambito all’*Harvard Negotiation Project* della Harvard Law School, ed in particolare al testo di R. Fischer e W. Ury, *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*, pubblicato nel 1981 (in Italia nel 1985 col titolo *L’arte del negoziato*). L’approccio alla mediazione proposto dalla Scuola di Harvard è fondato su quattro principi fondamentali: 1. Separare le persone dal problema, e dunque avere un approccio empatico con le parti ed le loro istanze; 2. Concentrare l’attenzione sugli interessi reali e sottostanti e non sulle posizioni espresse; 3. Inventare soluzioni che siano vantaggiose per tutte le parti in causa, allargando lo spettro di azione dell’accordo e invogliando le parti a proporre soluzioni creative; 4. Insistere su criteri oggettivi, in modo da condurre la negoziazione sulla base di parametri percepiti dalle parti come principi universalmente riconosciuti.

Il che comporta che il compito principe del mediatore viene ad essere proprio quello di far emergere gli interessi “sommersi” delle parti, dei quali quanto dichiarato in prima battuta (in sede di approccio alla negoziazione) rappresenta solo una porzione minima e deformata⁸ da pulsioni psicologiche ed emotive.

Per poter svolgere questa delicatissima funzione *maieutica*, e dunque mettere i partecipanti alla negoziazione in condizione di esprimere i propri reali interessi, liberandosi dal fardello delle posizioni, il mediatore deve ammantarsi di una certa autorevolezza sotto vari profili, adempiendo a quelli che sono i doveri (ma che rappresentano anche la forza) del mediatore.

In primis, il mediatore deve dare garanzie di **indipendenza**, e quindi non deve avere nessun rapporto (personale o professionale) con alcuna delle parti in causa. Si tratta, dunque, di un criterio oggettivamente riscontrabile, che attiene alla sfera giuridica “esterna” al mediatore.

Da un punto di vista “estetico”, invece, il mediatore deve dimostrarsi **imparziale**, ovvero equidistante tra le parti. Poco importa se, intimamente, egli nutra sentimenti di maggiore vicinanza con uno dei contendenti, ciò che conta è che tale intimo sentire non traspaia all'esterno. Se, infatti, una delle parti avesse sentore che il terzo sia più vicino alla controparte, inevitabilmente svilupperebbe anche nei suoi confronti un sentimento di avversione che, come detto, comporta un approccio selettivo e svalutante al dialogo. Il che equivale a dire che il terzo che non appaia imparziale agli occhi di una delle parti verrà trattato da questa alla stregua di un avversario, e dunque non sarà più in grado di svolgere il proprio compito adeguatamente, vanificando i vantaggi della negoziazione assistita.

Diverso dal concetto di imparzialità è quello di **neutralità**, che va inteso come completa estraneità (anche in via indiretta) rispetto agli interessi

⁸ Per rendere l'idea generalmente si adopera la metafora dell'iceberg, a significare che quanto si vede in superficie in realtà nasconde una realtà sommersa molto più grande, fatta di elementi non tutti rilevanti ai fini della dinamica conciliativa, a dei quali va tenuto inevitabilmente conto.

in gioco⁹. Mentre l'imparzialità riguarda l'apparenza che si manifesta, la neutralità è invece un concetto che involge l'intimo del mediatore, il quale è chiamato ad evitare di svolgere la propria funzione qualora la discussione verta su argomenti che, in qualche misura, lo coinvolgono emotivamente. Questo perché, in caso contrario, il non porsi in maniera neutrale rispetto agli assetti in discussione porterebbe il terzo a non essere più tale, almeno dal punto di vista emotivo, esponendolo al rischio di incorrere anch'egli nella svalutazione reattiva e quindi di non essere in grado di mediare (nel senso di avvicinare) le contrapposte posizioni. Il mediatore non neutrale, nella peggiore delle ipotesi, lungi dal rappresentare un fattore di convergenza, aggiungerebbe entropia alla discussione, aumentando il rischio di una *escalation* senza ritorno. Infine, chi svolge la funzione di mediatore è tenuto al rispetto del principio di riservatezza, sancito in maniera quasi ossessiva a tutti i livelli, dalle fonti comunitarie a quelle nazionali, fino ai regolamenti di procedura ed ai codici di condotta. Si tratta, ancora una volta, di una garanzia necessaria e connaturale alla funzione conciliativa, in quanto solo se le parti in causa raggiungono un adeguato livello di fiducia circa la riservatezza e confidenzialità della procedura si sentono libere di fare ammissioni o dichiarazioni che non si concederebbero mai pubblicamente, o sapendo che un giorno potrebbero essere utilizzate nell'ambito di altre procedure.

Dalla garanzia di riservatezza, dunque, nasce la possibilità per il mediatore di acquisire, soprattutto nelle sedute c.d. "private", alla presenza di una sola delle parti, informazioni utili per individuare le cause del fallimento della negoziazione e per far emergere i reali interessi sottostanti alle posizioni espresse dai litiganti.

⁹ Scrive in proposito Stulberg: "Un mediatore è una persona che è tenuta a mantenere una posizione neutrale. Tale posizione permette di rendere efficace sia il processo di mediazione che l'operato del mediatore. La posizione neutrale fornisce al mediatore la possibilità di operare in base a principi e non per opportunismo". J. B. Stulberg, *The theory and practice of mediation: a reply to Professor Susskind*, in *Vermont law review*, 1981, V, p. 85.

Da quanto illustrato sinora, allora, può concludersi che nella mediazione la presenza del terzo che assiste le parti nella negoziazione, consente di individuare le cause del fallimento del dialogo e di riallacciare il rapporto comunicativo tra le parti, ovviando alle barriere comunicazionali causate dall'approccio avversariale dei contendenti. Riallacciando il dialogo e portando la comunicazione su un piano non competitivo, ma di cooperazione basata sulla ricerca della miglior soluzione che soddisfi gli interessi delle parti, la mediazione ha l'indubbio merito di focalizzare l'attenzione non su quello che è astrattamente giusto secondo la Legge (concettualmente figurato dalle sentenze giurisdizionali), ma su quello che è soggettivamente giusto e confacente rispetto agli interessi particolari degli individui. Il che equivale a dire che la mediazione, e in generale le forme non aggiudicative di risoluzione delle controversie, proprio perché fondate sul principio volontaristico, in virtù del quale tutte le fasi della procedura, ivi incluso l'atto conclusivo, si svolgono esclusivamente sulla base dell'accordo di tutte le parti in causa, garantiscono un elevato grado di soddisfazione e di pacificazione¹⁰, difficilmente raggiungibile dalle decisioni etero imposte, fondate sull'applicazione al caso concreto delle astrazioni normative. Tanto da poter affermare che *“le liti si estinguono veramente solo con la libera volontà delle parti, con la conciliazione, come la parola stessa ci dice”*¹¹.

Ma allora potrebbe giungersi alla conclusione che le forme di risoluzione consensuale delle controversie rispecchino un nuovo concetto di Giustizia, sempre più lontano da quello tradizionalmente associato al potere sovrano, che viene ad assumere invece quello di

¹⁰ Illuminante in proposito la considerazione di Scamuzzi che già due secoli fa scriveva *“Tutti i filosofi moralisti, cominciando da Platone (...) hanno sempre raccomandato la conciliazione, la quale sostituisce all'ira la mansuetudine, all'odio l'amore, all'irrequietezza la tranquillità, alle scissure la pace e la concordia dei cittadini e delle famiglie, alle lotte intestine l'ordine e il benessere sociale”*. L. Scamuzzi, *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto italiano*, 1896, p. 39.

¹¹ S. Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, p. 206.

Ordine sociale, fondato sulla capacità del sistema di comporre i conflitti sociali.

Una “Giustizia senza Legge”, dove l’ordine negoziato, frutto dell’autonomia privata delle parti, sostituisce quello di natura pubblica, discendente dalla norma e rigidamente imposto dall’alto. In quest’ottica, allora, la sovranità popolare si manifesta non più, o non solo, attraverso l’elezione delle assemblee legislative, ma anche in via diretta, attraverso la consensuale regolamentazione dei rapporti tra i privati.

D’altronde il nostro codice civile, all’art. 1372, nello stabilire che “*il contratto ha forza di legge tra le parti*”, in qualche modo riconosce la valenza normativa della volontà contrattuale volta a disciplinare i rapporti privati. Ma allora, se ai contraenti è attribuito un simile potere “legislativo” nella fase genetica del rapporto negoziale, non vi è motivo alcuno per non riconoscere un analogo potere dispositivo per la eventuale fase patologica dello stesso, consentendo loro di trovare consensualmente la soluzione più “giusta” per regolare i reciproci assetti di interessi.

2. MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE: CHIARIMENTI TERMINOLOGICI.

“*Mediazione*”, nell’accezione di tecnica di risoluzione delle controversie, è terminologia introdotta nel nostro ordinamento solo con il recepimento della direttiva n. 2008/52, atteso che, fino a tale occasione, per evitare confusione con il contratto tipico di cui all’art. 1754 del codice civile¹², si è sempre preferito ricorrere al termine “conciliazione”. La conciliazione¹³ può essere definita come una “*procedura in cui un terzo soggetto neutrale, diverso dal giudice competente, facilita la comunicazione e la negoziazione fra le parti coinvolte in una*

¹² Art. 1754 – Mediatore. E' mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

¹³ In senso stretto, come procedura eminentemente facilitativa.

*controversia al fine di promuoverne la risoluzione consensuale tramite un accordo*¹⁴. Tale definizione ha il merito, oltre a quello di rappresentare una dei rari tentativi definitivi da parte del nostro Legislatore, di sintetizzare gli elementi essenziali e qualificanti della conciliazione, ovvero i) presenza di un terzo soggetto privo del potere di emettere decisioni vincolanti; ii) neutralità, imparzialità e professionalità del terzo; iii) natura eminentemente volontaristica della procedura.

Nonostante gli sforzi dottrinali volti ad individuare differenze, oltre che etimologiche¹⁵, anche sostanziali tra mediazione e conciliazione¹⁶, in virtù della recente normativa in materia¹⁷ i due termini hanno finito col coincidere; più precisamente, il primo ha soppiantato il secondo per indicare la procedura, mentre “conciliazione” è, o almeno dovrebbe, indicare esclusivamente l’eventuale risultato positivo di tale procedura. In realtà, secondo il parere di chi scrive, il ricorso al termine “mediazione”, con l’intento di conformare la nostra legislazione alla terminologia in voga nel resto d’Europa e del Mondo (dove prevale la formula della “*mediation*”¹⁸), andava evitato per ragioni di ordine banalmente pratico. Infatti, oltre al noto rischio di ingenerare confusione con l’omonimo contratto tipico, la nuova terminologia di certo non potrà assumere valenza definitiva esaustiva del fenomeno, dovendo convivere con numerose analoghe procedure, anche di

¹⁴ Proposta di legge nr. 2463 "Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale" presentata alla Camera il 5 marzo 2002 d’iniziativa On. Cola ed altri.

¹⁵ Secondo A. Converso, *La mediazione conciliativa: criticità e contraddizioni*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, e, 2011, pp. 50 e ss., all’origine del termine “mediazione” c’è il sostantivo “*medium*”, utilizzato nel senso di “ricerca del luogo comune con l’impiego di vari strumenti”, mentre “*concilium* è la riunione per decidere e, per traslato, è la decisione”.

¹⁶ In particolare la differenza sarebbe data dal ruolo più incisivo del terzo nel caso della conciliazione, ovvero dall’essere questa più improntata al risultato, mentre la mediazione prediligerebbe il momento comunicativo. V. S. Castelli, *La mediazione: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, in M. Bouchard, G. Mierolo (a cura di), *Prospettive di mediazione*, Torino, 2000; *contra* v. De Palo, D’Urso L., De Palo G., Golann D., *Manuale del mediatore professionista*, cit., pp. 37 e 38.

¹⁷ D. L.vo n. 28 del 2010.

¹⁸ Tuttavia il *Model Law on International Commercial Conciliation* dell’UNCITRAL utilizza i termini “*conciliation*” e “*conciliator*”.

rilevanza notevole (si pensi al settore delle comunicazioni, ad esempio), per le quali la normativa di riferimento è tutta impostata sulla dizione tradizionale. Ne discende, dunque, che a seconda del settore di intervento il termine “conciliazione” assumerà il significato, alternativamente, di procedura o di risultato; analogamente, il terzo neutrale potrà chiamarsi “mediatore” o “conciliatore” in base alla materia di cui trattasi. Il che, sotto il profilo semiotico, potrebbe creare qualche imbarazzo¹⁹.

La conciliazione non va confusa, invece, con la transazione, per motivazioni ontologiche prima che semantiche. Infatti i due istituti, sebbene accomunati dalla causa, che è quella di dirimere una controversia, differiscono enormemente per le modalità con le quali si addiende a tale risultato. Nella transazione infatti, le parti dirimono la controversia facendosi reciproche concessioni²⁰, per cui lo schema sembrerebbe quello tipico del “gioco a somma zero”, nel quale il bilancio finale del beneficio complessivo per le parti resta invariato, potendo variare solo la ripartizione di tale beneficio. Il che comporta che la transazione, proprio in quanto ancorata all’oggetto del contendere²¹, potrebbe rappresentare una istigazione ad un approccio competitivo alla negoziazione, in quanto ciascuna delle parti è consapevole che più sottrarrà alla controparte in termini di vantaggi e più accrescerà i propri.

¹⁹ Propendono per l’utilizzo del termine “conciliazione” anche M. Di Rocco, A. Di Santi, *La Conciliazione*, Milano, 2003, pag. 23, per i quali sussiste anche una ragione semantica, in quanto il termine mediazione (dal latino *mediare*, “stare nel mezzo”) “se riferito al mediatore, esprime un concetto di neutralità che ben si attaglia al suo ruolo, ma se riferito agli esiti del procedimento, richiama alla mente la ricerca di una posizione di mezzo che non ne rispecchia gli obiettivi”.

²⁰ Ai sensi dell’art. 1965 c.c. la transazione “è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”.

²¹ In realtà, almeno nell’opinione di chi scrive, tale “ancoraggio” deriva più da motivazioni di ordine pratico che dal tenore normativo. A ben vedere, infatti, “*le reciproche concessioni*” non significano necessariamente “rinunce”; tuttavia l’assenza di un terzo neutrale lascia presupporre che l’approccio delle parti alla transazione avvenga in maniera eminentemente competitiva per le ragioni di natura psicologica (emotività, svalutazione reattiva, percezione selettiva, ecc.) che derivano dall’insorgenza di un contrasto.

La mediazione, invece, tende verso l'individuazione della soluzione che soddisfi nel migliore dei modi gli interessi di ambo le parti, addirittura aumentando i benefici complessivi rispetto a quelli inizialmente in gioco. In questo caso, allora, il gioco darà come risultato una somma "positiva".

Alla luce di questi brevi approfondimenti, si può tentare di arrivare ad una definizione di mediazione più organica ed esaustiva, quale *"processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente ad un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderati di un conflitto. Il mediatore, privo di ogni potere che non sia quello derivato dall'autorevolezza che le parti gli attribuiscono, mira a ristabilire il dialogo per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti"*²².

3. MEDIAZIONE E AGGIUDICAZIONE: DIFFERENZE ONTOLOGICHE E PSICOLOGICHE.

I metodi di risoluzione delle controversie possono essere distinti in due categorie, sulla base della funzione svolta dal terzo rispetto alla composizione del conflitto: procedure aggiudicative e procedure facilitative.

Nelle prime, come già accennato, il terzo (giudice o arbitro che sia) pone fine alla controversia emettendo una decisione, in esito ad una formale istruttoria, sulla base della legge e delle norme pattizie applicabili.

Le seconde, invece, si caratterizzano per il fatto che il terzo (mediatore) si limita a facilitare il negoziato tra le parti, cercando di aggirare eventuali barriere comunicative ed coadiuvando le parti nella ricerca di un accordo che ne soddisfi i rispettivi bisogni. Si tratta, dunque, di

²² S. Castelli, *Alcune precisazioni terminologiche*, cit., p. 38.

procedure informali e riservate, tendenzialmente di breve durata, ove sin dal principio il governo della procedura è rimesso esclusivamente alla volontà dei partecipanti, che infatti sono liberi di aderire alla mediazione, di interromperne la procedura, e di risolvere la contesa con un accordo che non ha nessun vincolo di pregiudiziale corrispondenza rispetto all'oggetto della controversia.

Ebbene, sin da questi primi cenni definitivi è possibile ricavare le differenze ontologiche tra i due modelli di approccio al conflitto.

La prima attiene al risultato della procedura: nel caso del giudizio o dell'arbitrato la decisione finale stabilisce, dato l'oggetto del contendere e individuata la normativa applicabile, quale delle due parti abbia ragione, ovvero in che proporzione la ragione debba essere ripartita tra i contendenti, ponendo in ogni caso un punto fermo circa la vertenza. Il decisore, dunque, nello svolgimento del suo compito è condizionato da un duplice limite: la domanda delle parti (egli infatti non può e non deve spingersi *ultra petita partium*) e la normativa di riferimento (per cui dovrà limitarsi ad applicare al caso concreto quanto previsto dalla legge o dal contratto, che è legge tra le parti).

Di contro il risultato conclusivo di una procedura facilitativa, sebbene eventuale, è un accordo, quindi un atto di natura eminentemente consensuale e dunque voluto dalle parti, con il quale gli interessati stabiliscono un determinato assetto giuridico dei propri interessi, e con ciò facendo eliminano (o quanto meno riducono, in caso di mancato accordo) le ragioni del contrasto. Il fatto che l'assetto giuridico successivo all'evento conclusivo della controversia sia rimesso alla volontà delle parti comporta che esse non subiranno alcun condizionamento dalle rispettive domande iniziali, ben potendo appianare le proprie divergenze con un accordo che riguardi aspetti anche completamente estranei all'oggetto del contendere.

E ciò ha delle ricadute relevantissime sotto diversi profili.

Innanzitutto rispetto al risultato della procedura: nel caso della conciliazione l'accordo sarà costruito attorno agli interessi ed ai bisogni

concreti delle parti, nel caso invece della decisione giudiziale la sentenza non potrà che attenersi alle norme che, in quanto generali ed astratte, difficilmente si conformeranno perfettamente alle esigenze dei singoli²³. Tale diversità di esito delle due tipologie di procedura viene generalmente esemplificata con il ricorso ai concetti di “gioco a somma positiva” o “*win-win*”, per indicare il risultato della conciliazione, tendenzialmente accrescitivo della posizione di entrambe le parti, e di “gioco a somma zero”, per significare quello delle procedure aggiudicative, dove il bene in gioco può solo essere diviso in proporzione inversa tra le parti, di ch  il risultato finale complessivo coincider  con quello originariamente oggetto della disputa ed il beneficio di ciascuna parte dipender  da quanto parte di ragione riuscir  a “sottrarre” all’altra (“*win-lose*”). Questo almeno in linea teorica, perch  nella pratica, invece,   ben possibile che la soluzione giurisdizionale, frutto dell’applicazione delle norme di diritto alla fattispecie concreta, finisca per scontentare entrambi i contendenti (*lose-lose*), non potendo (n  dovendo) il giudice, nell’individuare la soluzione, preoccuparsi delle aspirazioni e dei bisogni delle parti, ma esclusivamente dell’applicazione ai fatti delle previsioni normative.

Ne discende che in una simile operazione il giudicante non potr  che avere riguardo a ci  che   accaduto, cercando di ricostruire sulla base delle allegazioni delle parti la verit  dei fatti (che poi in realt    solo una “verit  processuale”), alla quale attribuire una veste giuridica²⁴. Diversamente, nella negoziazione le parti non hanno la necessit  di ricostruire una certezza sui fatti accaduti, essendo libere di

²³ Ha scritto R. Pound nella celebre relazione alla *convention* annuale dell’American Bar Association del 1906: “*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. This is one of the penalties of uniformity*”, ed   per tale motivo che “*from time to time more or less reversion to justice without law becomes necessary in order to bring the public administration of justice into touch with changed moral, social, or political conditions*”.

²⁴ Sul punto si rimanda agli studi di V. Aubert, *Competition and dissensus: two tipe of conflictand of conflict resolution*, in *The Journal of Conflict Resolution*, 7, 1, 1963, p. 26 e ss.

autodeterminare un uovo assetto giuridico per i loro interessi futuri. Metaforicamente, la differenza tra le due metodologie di approccio al problema sta nella direzione verso cui è rivolto lo sguardo dei protagonisti: al passato, nel caso del giudizio, prospetticamente verso il futuro in conciliazione²⁵.

La sopra evidenziata diversità ontologica tra le due metodologie di approccio al problema, d'altronde, ineluttabilmente si riflette sull'atteggiarsi dei soggetti coinvolti: competitivo, nell'ambito dell'*adjudication*, cooperativo durante al *mediation*. Nella prima ipotesi, infatti, fino alla conclusione del giudizio, e anche oltre, le parti in causa si troveranno "avversarie", costrette cioè nella strutturazione del sistema a competere per la "vittoria"²⁶. Una vittoria di Pirro²⁷, tuttavia, in quanto la competizione nel corso di tutta la procedura avrà sicuramente accentuato la naturale avversione tra le parti derivante dall'insorgere di una vertenza, portandola fino all'estremo, così che a seguito della decisione della controversia il conflitto, almeno sotto il profilo psicologico, potrà considerarsi tutt'altro che risolto. Con tutte le conseguenze, sul piano economico o emotivo, che la perdita del rapporto (commerciale o personale) può comportare.

Di contro, le parti sedute attorno a un tavolo di trattativa, dopo un primo approccio emotivamente competitivo, grazie all'intervento del mediatore sono portate a ragionare non più sulle posizioni astratte o di principio, bensì sui propri interessi, e dunque a cooperare nella ricerca concreta della migliore delle possibili soluzioni. La procedura, quindi,

²⁵ Fuor di metafora, l'implicazione sotto il profilo dell'efficacia è formidabile, perché consente di poter agevolmente superare, o meglio accantonare, elementi di disaccordo su fatti o dichiarazioni del passato, concentrando l'attenzione sui possibili risvolti *business oriented* di rapporti proiettati verso il futuro. Banalmente, una controversia incentrata, ad esempio, sulla decorrenza di un contratto, o sulla interpretazione di alcune sue clausole, può essere agevolmente superata, se ricorre l'interesse delle parti, stipulando un nuovo documento negoziale, innovativo o integrativo del precedente.

²⁶ Si può notare che anche da un punto di vista lessicale la terminologia di normale utilizzo è quella tipica della competizione, quando non addirittura di guerra.

²⁷ La citazione si riferisce alla celebre frase di Benjamin Franklin citata in principio di capitolo.

per come è congegnata, è sicuramente in grado di riavvicinare le parti, attraverso un percorso psicologico che si snoda attraverso le diverse fasi della mediazione. Dal che discende la logica deduzione che al termine della procedura la parti si ritroveranno sicuramente meno “distanti” di prima, e questo a prescindere dall’esito della mediazione. Con la conseguenza, quindi, che quale che ne sia l’esito, il tentativo di trovare una soluzione in via conciliativa avrà comunque raggiunto un risultato positivo in ottica di pacificazione delle parti, trasformando il conflitto da patologia ad occasione di confronto.

Sotto altro profilo, poi, va osservato che la natura privatistica delle procedure conciliative facilita un approccio più libero e collaborativo delle parti, e rende la soluzione negoziata estremamente conveniente in tutti quei casi in cui la vittoria (o comunque un risultato migliore) in tribunale non ripagherebbe dei danni causati dalla pubblicità derivante dal processo²⁸. Il che, però, equivale ad argomentare, *a contrario*, che la soluzione privata non potrà ritenersi soddisfacente qualora almeno una delle parti abbia uno spiccato interesse a dare pubblica evidenza ad accertamenti di fatti o di principi²⁹.

Infine, *ça va sans dire*, le procedure di mediazione, essendo informali e non necessitando di una istruttoria (non dovendosi, come detto, procedere all’accertamento dei fatti), differiscono decisamente da quelle giurisdizionali in termini di costi e di durata³⁰.

Sulla scorta di quanto sopra illustrato, allora, volendo tirare le somme si può ritenere che la risoluzione delle controversie mediante procedure facilitative sia indicata nei seguenti casi:

²⁸ Esempio classico potrebbe essere quello di una controversia relativa ad una richiesta di risarcimento per danno da prodotto difettoso.

²⁹ Sempre Aubert evidenzia come la negoziazione non lascia traccia sull’ordine normativo, restandone anzi estranea, e come tale caratteristica ne rappresenti un pregio, ma anche un limite.

³⁰ Elemento, quello della durata, spesso determinante non solo nei casi in cui esso rappresenti una esigenza economicamente valutabile. In effetti non andrebbe mai sottovalutato il costo “emozionale” di una controversia, che anzi andrebbe tenuto in debito conto nel valutare l’alternativa tra una soluzione negoziata ed una giurisdizionale.

- quando le parti sono interessate ad una relazione che duri nel tempo, evitando quindi di ricorrere a procedure competitive, come la causa civile o l'arbitrato, che per loro natura portano le parti a competere e dunque ad allontanarsi sempre più, fino all'apoteosi delle decisioni etero imposte, che spesso riesce a non accontentare nessuno dei contendenti;
- quando i costi diretti e indiretti superano i benefici che può arrecare una vittoria in tribunale o in arbitrato;
- quando il tempo è un fattore essenziale, nel senso che la conclusione in tempi brevi della vertenza rappresenta un interesse preminente per una o entrambe le parti, per cui una procedura conciliativa (alla luce dei tempi della giustizia) rappresenta l'unica strada consigliabile;
- quando i negoziati sono falliti per mancanza di comunicazione, per disaccordo, questioni di principio, incapacità dei negoziatori;
- quando le parti manifestano la volontà (anche in privato) di voler trovare un accordo, ma non sanno come;
- nelle controversie internazionali, al fine di ovviare a differenze culturali, legislative e elevate spese legali;
- in controversie con diverse parti coinvolte, evitando di incorrere nelle inevitabili difficoltà di gestione della procedura giurisdizionale nei confronti di una pluralità di soggetti.

Per le medesime considerazioni, invece, la mediazione e le altre tecniche di risoluzione alternativa delle controversie facilitative vanno ritenute inadeguate come tipologia di approccio:

- in caso di dolo o malafede di una o entrambe le parti;
- quando il trascorrere del tempo favorisce solo una parte;
- quando il vero obiettivo di una parte è punire "pubblicamente" l'altra;
- quando si devono affermare pubblicamente dei principi o stabilire dei precedenti.

Nella tabella che segue si è cercato di riassumere, in maniera schematica, a quali interessi delle parti rispondano, rispettivamente, la mediazione, l'arbitrato ed il giudizio civile, così da avere un quadro comparativo circa i vantaggi di ciascun tipo di procedura:

MEDIAZIONE	ARBITRATO	GIUDIZIO CIVILE
Raggiungere un accordo che soddisfi tutte le parti	Chiudere comunque il caso	Fissare un precedente
Ridurre tempi e costi	Usare "decisori" esperti della materia	Ottenere provvedimento immediato
Superare barriere negoziali	Risolvere la vertenza privatamente	Pubblicamente:
Proteggere confidenzialità della controversia	Evitare le giurie (USA)	• condannare
Privilegiare il rapporto tra le parti nel lungo periodo	Ridurre tempi e costi del giudizio ordinario	• vendicarsi
Generare soluzioni creative e <i>business-oriented</i>	Assicurarsi una decisione da una parte terza	• salvare la faccia
Mantenere il controllo sul risultato finale	Provvedere all'esame delle parti e dei testimoni	Prendere tempo
Tenere aperta l'opzione del processo se l'accordo fallisce	Usare l'arbitrato come fase finale di un processo di ADR a più fasi	Defatigare l'avversario

Tabella 2

Si noterà che l'arbitrato, non casualmente posto nella colonna centrale, presenta profili di analogia sia con la mediazione, della quale condivide la natura privatistica, sia (e forse in misura superiore) con il giudizio civile, al quale lo accumuna il carattere aggiudicativo.

4. MEDIAZIONE E GIURISDIZIONE: PROSPETTIVE STORICHE DI INTERAZIONE.

Può esistere giustizia fuori dal processo? Questa domanda aleggia da sempre sullo sfondo del rapporto tra giurisdizione e forme di risoluzione consensuale delle controversie, trovando risposte diverse a seconda dei contesti storici e socio-culturali di riferimento, che ne hanno determinato le alterne fortune nel corso della storia.

La risposta, a ben considerare, dipende dall'approccio ideologico con il quale si affronta il quesito ed dal significato che si attribuisce al concetto di Giustizia.

Così, in via di prima approssimazione si possono distinguere due posizioni antitetiche sull'argomento. La prima è quella di chi, pur

senza arrivare all'estremo di considerare “*il momento giurisdizionale quello della vera formazione del diritto*”³¹, ritiene che solo attraverso una procedura giurisdizionale si possano offrire alle parti in causa adeguate garanzie in ordine alla effettiva applicazione del diritto e riconoscimento dei diritti, per cui non può esserci “*Justice without Law*”.

Una simile interpretazione del ruolo del processo nell'ambito della tutela dei diritti, probabilmente ineccepibile dal punto di vista dell'astrazione teorica, si scontra però con la constatazione pragmatica di chi fa notare che una giustizia farraginoso, dai costi elevati e dai tempi incerti, finisce per essere una “giustizia negata”³².

D'altronde, sempre nella prospettiva della posizione “alternativista”, la superiorità dell'accordo negoziato rispetto alla sentenza risiede non solo nella maggiore efficacia in termini di costi e durata, ma anche e soprattutto sotto il profilo dell'efficiente risposta alle esigenze delle parti. I metodi di risoluzione delle liti di natura volontaristica, proprio perché basati sull'incontro degli interessi e non sullo scontro delle posizioni, sono gli unici –secondo questa impostazione– in grado di “risolvere” la controversia in modo esaustivo e duraturo. In altre parole, in modo realmente “giusto”.

Lo scontro tra le due posizioni, allora, si sposta su un piano squisitamente concettuale e porta verso una diversa questione, quella intorno al significato di “Giustizia”. Il dibattito irrisolto si concentra su quale sia l'interesse superiore che un ordinamento debba perseguire: la soddisfazione delle parti per la conclusione della controversia o la tutela in linea di principio dei diritti individuali?

³¹ T. Ascarelli nel risalente *Processo e Democrazia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 14.

³² “*Justice delayed is Justice denied*” secondo l'abusata formula che riprende il pensiero di Jeremy Bentham, il quale tuttavia riteneva che se il problema della Giustizia è quello della lentezza e complessità dei processi, allora compito del legislatore è correggere tale difetto, e non favorire una giustizia di “seconda classe”.

Tant'è che il dibattito sul rapporto tra giurisdizione e metodi alternativi, storicamente, si risolve nel confronto dicotomico tra giustizia e processo, tra volontà e diritto.

In proposito, in chiave sistematica, è stato notato³³ che *“la conciliazione ha assunto un particolare rilievo come modo alternativo di risoluzione delle controversie in tre grandi contesti storici. Il primo si riferisce a tempi di trasformazione rivoluzionaria, quelli soprattutto della Rivoluzione francese³⁴, ma anche quelli che hanno visto - più di recente - l'avvento dei regimi comunisti³⁵. Il secondo contesto è quello relativo a tempi in cui, analogamente a quanto accade nel primo contesto, vengono esaltati i valori popolari e si riscontra la necessità di unire la popolazione attorno a questi valori. In un tale contesto, però, la conciliazione si presenta come un istituto inteso a opporsi ai cambiamenti, piuttosto che a favorirli. Così, ad esempio, la conciliazione in Giappone si attaglia molto bene a questo secondo tipo*

³³ B .J. Garth, Conciliazione e mediazione, in Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani, Roma, 1992.

³⁴ *“I sommovimenti rivoluzionari –spiega Garth- sono spesso accompagnati da uno spirito trionfalistico e dalla persuasione che si instaurerà una nuova era di armonia nei rapporti sociali. Le liti, il formalismo delle procedure e gli uomini di legge, che agli occhi della gente appaiono come coloro che traggono profitto dalla litigiosità e dalle formalità di rito, sono considerati alla stregua di sgradevoli relitti del passato. Così, uno dei maggiori tratti dell'ideologia della Rivoluzione francese fu la sua ostilità verso gli uomini di legge e le corti di giustizia dell'ancien régime”*. Nasce così la figura del *Juge de paix*, destinata ad acquisire influenza sociale notevole, tanto che la prassi di invogliare le parti a tentare la conciliazione prima dell'avvio della controversia in sede giudiziale venne recepita dalla legge del 1838 e poi resa addirittura obbligatoria nel 1855. L'influenza della Rivoluzione francese sul resto d'Europa favorì lo sviluppo di un simile modello in altri paesi del continente. In Prussia, ad esempio, a partire dai primi anni del 1800 cominciò a diffondersi la figura degli *Schiedsmann*, individui appartenenti di massima alla piccola nobiltà terriera, incaricati di risolvere le controversie senza che si facesse ricorso alle procedure di rito. Nella penisola italiana viene istituito il conciliatore, dapprima nel Regno di Napoli, agli inizi del XIX secolo, e poi estesa, dopo l'unificazione del paese, al resto d'Italia, con il Codice di procedura civile del 1865. *“Tutte queste figure ottocentesche di conciliatori –annota Garth- sono sopravvissute fino ai nostri giorni, ma in guise molto differenti da quelle in cui erano state originariamente concepite dai loro fautori di fede rivoluzionaria”*, fino a perdere gradualmente di importanza ed assumere un ruolo molto marginale.

³⁵ In questi contesti, le corti sociali in Unione Sovietica, nei paesi dell'Est europeo e nella Repubblica Popolare di Cina, composte per lo più da membri laici nominati o eletti localmente, assumono il compito di favorire la conciliazione, ma anche quello di svolgere una esplicita funzione educativa. La conciliazione, dunque, nel perseguire la composizione della lite facendo convergere le posizioni contrapposte verso valori comuni, si proponeva di riconciliarle in conformità coi valori della rivoluzione.

di contesto³⁶. Il terzo e più recente, infine, è quello che fa riferimento alla cultura politica e giuridica del cosiddetto 'Stato assistenziale'. Il Welfare State vede l'idea di mediazione imporsi come idea guida dei programmi di riforma lanciati dai leaders tanto del mondo giuridico, quanto di importanti movimenti politici³⁷.

Ed è in quest'ultimo contesto, in particolare negli Stati Uniti d'America, che vengono gettate le basi per la moderna rinascita del movimento in favore delle ADR.

Convenzionalmente, infatti, a non voler scomodare la legge delle XII tavole di Roma antica, la nascita del movimento culturale in favore della risoluzione alternativa delle controversie (ADR), almeno nell'accezione attuale del termine come tecniche stragiudiziali di componimento consensuale delle liti, viene fatta coincidere con un evento considerato un punto di svolta nell'evoluzione della giustizia civile statunitense³⁸ ovvero la conferenza del 1976 – la cd. *Pound*

³⁶ Esempi di ricorso alla conciliazione per eliminare i conflitti che si generano nelle società moderne, facendo ricorso a valori tradizionali, sono rappresentati dai conciliatori giapponesi e dai *nyaya panchayat* indiani. “Entrambe queste figure, infatti, rappresentano un tentativo di far rivivere dei modelli del passato, basati sulla tradizionale prevalenza della conciliazione nelle società meno dinamiche che precedettero l'avvento dell'era dell'industrializzazione”. Così ancora Garth, *Conciliazione e mediazione*, cit. Cfr Taniguchi, Y., *Extra-judicial disputes settlement in Japan*, in H. Kötz e R. Ottenhof (a cura di), *Les conciliateurs, la conciliation*, Paris 1983, pp. 108 e ss.

³⁷ Negli Stati Uniti, la spinta della “*litigation crisis*”, di cui di dirà meglio di seguito nel testo, ha convinto il governo federale a varare nel 1978 un progetto pilota per la creazione ed il sovvenzionamento di tre *neighborhood justice centers* sperimentali ad Atlanta, Kansas City e Los Angeles. Il risultato fu valutato come soddisfacente dal *Final Evaluation Report* del Dipartimento di Giustizia, in quanto, vi si legge, i centri offrono “*a needed and effective alternative mechanism for the resolution of minor disputes*”. I Centri si diffusero, poi, in tutto il territorio statunitense nonostante la successiva revoca dei finanziamenti governativi. Sul punto v. B. Garth, *Settlement of dispute out of court in the United States: the role of lawyers and the recent emphasis on Neighborhood Justice Centers*, in H. Kötz, R. Ottenhof (a cura di), *Les conciliateurs, la conciliation*, cit., pp. 163 e ss.

³⁸ Cfr. Auerbach J. S., *Justice without law? Resolving disputes without layers*, Oxford, 1983, p. 123. D. J. Della Noce, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in *17 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2002, p. 545 e ss. Tra i testi in lingua italiana sull'argomento per tutti si rinvia a G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione alternativa delle controversie – ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; L. Cadiet, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007; F. Cuomo Ulloa, *Modelli di conciliazione nell'esperienza*

Conference - celebrativa del settantesimo anniversario del discorso tenuto da Nathan Roscoe Pound, uno dei padri del diritto civile statunitense vissuto dal 1870 al 1964, dinanzi all'American Bar Association sul tema "*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*".

L'idea che prende piede è quella, appunto, che sia necessario trovare delle *informal alternatives* alle procedure dinanzi alle Corti di giustizia, onde ovviare alla "*litigation explosion*" che avrebbe reso impraticabile la risoluzione giustiziale delle controversie. La soluzione prospettata, dunque, è quella di una *multi-door court house*³⁹, ove il cittadino può scegliere liberamente tra una moltitudine di servizi di "giustizia" quello più "*appropriate*"⁴⁰ per il proprio caso concreto. Si tratta di un approccio efficientistico e pragmatico al problema dell'accesso alla giustizia, con il quale vengono enfatizzati i vantaggi che le soluzioni alternative possono offrire rispetto al *judgement* non solo in termini di risparmio di tempo e di costi, e in ottica sistemica di deflazione del carico per l'Amministrazione giudiziaria, ma soprattutto sotto il profilo della migliore soddisfazione dei bisogni personali delle parti in causa. "*Il punto scientificamente qualificante della proposta - è stato notato - consiste nell'attività di matchig tra conflitto e procedura, che deve tener conto degli interessi e delle esigenze delle parti, del loro bisogno di dialogo ovvero di decisione e controllo, considerato che la soddisfazione dei litiganti è elemento essenziale per il funzionamento del sistema*"⁴¹.

nordamericana, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1283 e ss.; W. D. Brazil, *Le Corti degli USA e l'ADR: la situazione attuale e il futuro*, in *Documenti giust.*, n. 5, anno 2000, pag. 877 e ss.

³⁹ F.E.A. Sander, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1976, p. 1 e ss.

⁴⁰ V. nota 5 *supra*.

⁴¹ A. Pera, *Introduzione ai modelli di ADR, profili storico-comparativistici*, in (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011, p. 8.

Come si è tentato di illustrare nel paragrafo precedente, le varie metodologie di risoluzione delle controversie offrono soluzioni più o meno valide a seconda degli interessi sottostanti e, dunque, dei risultati che si intende perseguire. Il che equivale a dire che nessuna metodologia di risoluzione della controversia (giudizio, arbitrato o conciliazione che sia) può ritenersi per principio la più efficiente relativamente a tutte le tipologie di controversie, dovendosi procedere ad una valutazione concreta su ogni singolo caso per poter esprimere un giudizio di tal genere. E' consequenziale, allora, ritenere che solo una reale libertà di scelta circa la procedura da intraprendere per affrontare la lite è in grado di garantire il conseguimento della soluzione più "efficiente" per i singoli ed in ottica di sistema.

Ed è proprio in prospettiva sistemica che una parte del movimento in favore dell'ADR trova una comunanza di obiettivi con il contemporaneo movimento consumeristico, giunto alla fine degli anni '70 del secolo scorso ad un notevole livello di consapevolezza. In tale ottica gli strumenti di *informal justice*, in ragione di costi "affordable" e tempistiche ridotte, assurgono a strumento per consentire l'accesso alle aule di giustizia di istanze (i c.d. *small claims*) che, altrimenti, dinanzi all'alternativa giurisdizionale resterebbero prive di tutela. D'altronde va notato, da diverso angolo visuale, che proprio l'erompere del diritto dei consumi nel panorama giuridico statunitense ha contribuito in maniera decisiva alla *litigation explosion* che ha messo a dura prova la macchina della giustizia⁴².

In verità, poi, il movimento manifesta anche una "terza anima"⁴³, che, esaltando i valori del "controculturalismo", enfatizza gli aspetti sociologici dell'approccio alle ADR, teorizzando "*l'importanza e la centralità del consenso e del dialogo nei procedimenti di soluzione delle*

⁴² Sul punto cfr S. B. Goldberg, E.D. Green, F. E. A. Sander, *Dispute resolution*, New York, 1992, pag.6.

⁴³ Cfr C. Besso, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternative delle controversie*, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, p. 7 e ss.

*controversie, il valore dell'autorealizzazione, la legittimazione etica e la superiorità qualitativa del settlement rispetto alla decisione giurisdizionale*⁴⁴. Solo attraverso l'autodeterminazione delle parti può raggiungersi una soluzione del conflitto pienamente soddisfattiva e pacificante, in grado di conciliare, nell'ambito di una società multirazziale come quella nordamericana, culture e valori diversi.

Prevedibilmente il movimento in favore dell'ADR suscitò l'istinto reazionario di una parte della dottrina e della magistratura, preoccupata dal lato oscuro della "giustizia privata", per il fatto che *"the growing privatization of civil justice brings the risk that public justice as we know it is being eroded"*⁴⁵.

La maggior critica, infatti, che viene mossa alle ADR è proprio la loro natura "alternativa" (cioè estranea) alla struttura e alle garanzie che la veste pubblica assicura. *"The problem with private ADR services is that they are private"* sentenzia il giudice Murray, secondo il quale il mediatore avrà sempre la tentazione di agire nel proprio interesse, favorendo il raggiungimento di accordi più accettabili per le parti ricorrenti (nel senso di *"repeat players"*) onde conseguire futuri incarichi⁴⁶.

Nello stesso solco prendono vita anche le argomentazioni secondo le quali la natura privatistica della procedura e dei *settlement* farebbe venir meno l'applicazione dei valori e dei principi dell'ordinamento giuridico, a discapito della parte negozialmente più debole, che in questo modo si vedrebbe negate le garanzie offerte dal sistema giurisdizionale⁴⁷.

Tuttavia a partire dal 1980, con l'approvazione del *Dispute Resolution Act*, si assiste ad una progressiva istituzionalizzazione delle ADR, che

⁴⁴ Così A. Pera, Introduzione ai modelli di ADR, cit., p. 6. Cfr. O. Chase, *i metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura di), *L'altra Giustizia*, cit. pagg. 129 e ss.

⁴⁵ P. L. Murray nel celebre articolo *The Privatization of Civil Justice*, in *Judicature*, 91, n. 6, 2008.

⁴⁶ Lo stesso Murray ricorre all'esempio delle compagnie assicuratrici.

⁴⁷ O. M. Fiss, *Against Settlement*, in 93 *Yale Law Journal*, 1984, XIII, pp. 1073.

prima con modalità sperimentali e poi in maniera sempre più strutturata all'interno delle Corti affiancano le procedure giurisdizionali, fino a divenire “*court annexed procedures*”.

In particolare, con il Civile Justice Reform Act il legislatore statunitense, nel rimarcare la valenza deflattiva sul carico delle Corti di giustizia delle ADR, e dunque quale risposta alle crisi del sistema giudiziario, ha demandato alle corti federali il compito di istituire programmi di risoluzione alternativa delle controversie da svolgersi in via endoprocedimentale ed in collegamento con le procedure ordinarie.

Il successo di questo “*re-modelling of legal practice*”, realizzato in virtù dell'adesione di gran parte della Magistratura e della classe forense, è stato confermato dalla notevole diffusione di programmi ADR all'interno delle Corti, portando così alla adozione dell'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998.

Tale provvedimento, oltre a confermare il *favor* del legislatore nei confronti degli strumenti alternativi di risoluzione delle liti⁴⁸, prescrive che tutte le Corti distrettuali, presso le quali deve essere offerta almeno una procedura di ADR, chiedano alle parti di prendere in considerazione la possibilità di ricorrere ad una procedura di risoluzione alternativa della controversia. La Section 4 dell'ADR Act, infatti, emendando la Section 652 del titolo 28 dello United States Code, stabilisce che “*each district court shall ... require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation,*

⁴⁸ Section 2: *Congress finds that: (1) alternative dispute resolution, when supported by the bench and bar, and utilizing properly trained neutrals in a program adequately administered by the court, has the potential to provide a variety of benefits, including greater satisfaction of the parties, innovative methods of resolving disputes, and greater efficiency in achieving settlements; (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently...*

early neutral evaluation, minitrial, and arbitration ... Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration”.

Le successive disposizioni sono dedicate alla disciplina della “*mediation*”, in ordine alla quale si stabilisce che “*each district court that authorizes the use of alternative dispute resolution processes shall adopt appropriate processes for making neutrals available for use by the parties for each category of process offered. Each district court shall promulgate its own procedures and criteria for the selection of neutrals on its panels*”⁴⁹, e dell’ “*arbitration*”, alla quale si riconosce maggiore enfasi. A ben vedere, infatti, il sistema Americano sembra prediligere lo strumento dell’arbitrato, attraverso la generale previsione della possibilità per le corti civili di rimettere, con il consenso delle parti, qualsiasi controversia civile, di valore non superiore ai 150.000 dollari. Nel caso in cui il lodo non soddisfi una della parti, questa è chiamata a presentare entro trenta giorni una richiesta di “*trial de novo*”, in virtù della quale “*the action shall be restored to the docket of the court and treated for all purposes as if it had not been referred to arbitration*”⁵⁰. Decorso il termine per il ricorso la decisione arbitrale (*arbitration award*) assume la valenza di una sentenza della Corte⁵¹.

Si tratta, a ben vedere, di una disciplina che tende ad incamerare completamente la procedura arbitrale in quella giurisdizionale, esaltandone la natura “endoprocedimentale”, sia con riferimento alla efficacia della decisione finale, sia rispetto alle conseguenze

⁴⁹V. *Sec. 5. Mediators an Neutral Evaluators*, ove si stabiliscono anche alcuni cirteri per la qualifica e la formazione dei mediatori.

⁵⁰ Sec. 657, (C)(2) dello *United States Code* come modificata dalla sec. 9 dell’*ADR Act*.

⁵¹ Sec. 657, (a) USC come modificata dalla sec. 9 dell’*ADR Act*: “*such award shall be entered as the judgment of the court after the time has expired for requesting a trial de novo. The judgment so entered shall be subject to the same provisions of law and shall have the same force and effect as a judgment of the court in a civil action, except that the judgment shall not be subject to review in any other court by appeal or otherwise*”.

dell'eventuale ricorso avverso tale decisione: la parte insoddisfatta, infatti, non sarà tenuta ad impugnare il lodo, potendosi limitare a chiedere la riassunzione della causa “*de novo*” che riprenderà *tamquam non esset* la procedura arbitrale.

Tale normativa ha consentito una larga diffusione di programmi di ADR nelle corti statali e soprattutto in quelle federali, tanto da rendere opportuna l'adozione, nel 2001, dell'*Uniform Mediation Act (UMA)*⁵² con lo scopo di favorire la regolamentazione statale uniforme delle procedure alternative di risoluzione delle controversie, predisponendo una disciplina di principio che gli Stati sono liberi di seguire nella propria legislazione di recepimento, ma anche di integrare senza però discostarsi dalla filosofia di fondo della Legge uniforme.

Nella pratica, il sistema delle Corti statunitensi permette di risolvere circa il 90 % delle controversie approdate in sede giurisdizionale prima di arrivare alla fase decisoria. Questo risultato straordinario è dovuto al concorrere di due fattori determinanti. Per un verso la struttura stessa del processo, distinto nelle fasi del *pre-trial* e del “*trial*” vero e proprio. Ebbene durante la prima fase le parti hanno la possibilità di confrontarsi sulle rispettive posizioni e dunque di valutare realisticamente le possibilità di vittoria o, quantomeno, la solidità delle rispettive posizioni. Una simile “*disclosure*” finisce per favorire un approccio meno emotivo alla controversia, basato su una ragionevole valutazione in chiave prospettica dell'esito della controversia, favorendo così un avvicinamento quantomeno con spirito transattivo alla lite. Ed è qui che interviene il secondo fattore determinante, ovvero il ruolo dell'avvocato, che nel corso della controversia, ed in particolare del *pre-trial*, può considerarsi il *dominus* della procedura ed è quindi, sulla base del suo convincimento circa la ragionevolezza del “*settlement*” rispetto al rischio di proseguire nel *trial* che si fonda la

⁵² Per un approfondimento si rimanda a F. Cuomo Ulloa, *La Conciliazione-Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 68 e ss.

decisione di trovare una soluzione transattiva. Tuttavia, nelle controversie di modico valore economico è fondato il sospetto che l'avvocato pervenga rapidamente ad un accordo transattivo senza approfondire la materia, e dunque senza una compiuta conoscenza dei diritti del proprio cliente⁵³.

Alla luce di quanto finora illustrato, può concludersi con la seguente sintesi circa i rapporti tra procedure giurisdizionali e modelli alternativi nel sistema nordamericano di risoluzione delle controversie. Il modello appare organizzato essenzialmente attorno a due tipologie di approccio alla controversia: l'*arbitration* su invito della Corte (ove non obbligatorio), ed in quel caso si è visto come la procedura si innesti completamente nell'alveo di quella giurisdizionale, e l' "*out of Court settlement*", raggiunto in fase di pre-trial negoziando "*in the shadow of the law*", applicando più o meno consapevolmente i principi di diritto al caso concreto al fine di giungere ad una soluzione anticipata della vertenza.

⁵³ Cfr. Macaulay, *Lawyers and Consumer Protection Laws*, in 14 *Law and Society Review*, 1979, 115.

La pace non può regnare tra gli uomini se prima non regna nel cuore di ciascuno di loro.

Giovanni Paolo II

CAPITOLO II

La Mediazione in Europa. Profili comunitari e comparativi.

1. Il background comunitario: la mediazione all'ombra della legge. 2. Un nuovo quadro normativo dell'Unione Europea in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali: Molto rumore per nulla? 3. La mediazione delle controversie con i consumatori: il "pacchetto 2013". 4. Il panorama continentale e il modello britannico: "Niente processo, siamo inglesi".

1. IL BACKGROUND COMUNITARIO: LA MEDIAZIONE ALL'OMBRA DELLA LEGGE.

L'ondata dell'ADR che ha invaso gli Stati Uniti di America alla fine del secolo scorso è arrivata in Europa con almeno un decennio di ritardo, e questo per il ricorrere di diversi fattori; tuttavia può ritenersi che determinante sia stata in tal senso la diversità esistente tra i due continenti in termini di efficacia delle procedure giurisdizionali, da un lato, e di cultura giuridica, dall'altro⁵⁴.

Come già illustrato, l'ADR *movement* americano nasce essenzialmente come risposta alla esigenza di efficientismo rispetto ai costi ed alle lungaggini dei processi⁵⁵; di contro in Europa tale esigenza non è stata

⁵⁴ Sul punto si rinvia a S. Chiarloni, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 699.

⁵⁵ In tal senso v. anche F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 29; secondo l'Autrice "al di là dei modelli teorici e degli impulsi culturali che avevano contribuito all'ideazione dell'ADR movement, è stato

avvertita con eguale intensità in virtù dei minori costi e, almeno in numerosi paesi, dei tempi più rapidi della Giustizia; risultati sicuramente favoriti da un numero limitato di controversie giurisdizionali e da un accesso non sempre agevole alle procedure. Questo almeno fino a quando il fenomeno della “*law explosion*”⁵⁶, soprattutto di matrice comunitaria, non ha moltiplicato i diritti azionabili, creando nuove categorie giuridiche (in materia di consumi, delle nuove tecnologie, dei diritti civili, ecc.) e dunque aprendo le aule dei tribunali ad una moltitudine di nuove istanze, fino ad allora sconosciute dagli ordinamenti nazionali⁵⁷.

Tuttavia è soprattutto sul piano della cultura giuridica che le differenze con l’approccio d’oltreoceano si fanno più marcate, in particolare con riferimento ai rapporti tra giurisdizione e procedure “alternative”.

In proposito è stato giustamente notato che “*negli ordinamenti del continente europeo, che pur conoscono da tempo ed utilizzano in vario modo metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, un tratto caratteristico della cultura giuridica – e in parte della stessa realtà processuale – rimane quello di vedere realizzata la tutela dei diritti soggettivi e l’attuazione del diritto oggettivo soprattutto nella pronuncia giudiziale che decide la controversia. A ciò ha contribuito (probabilmente) l’affermazione perentoria, a livello non solo costituzionale, del diritto alla tutela*

soprattutto l’obiettivo efficientista ad imporsi ad un certo momento come fattore di propulsione, piegando al suo servizio le aspirazioni più idealistiche ed i progetti più ambiziosi”.

⁵⁶ Così V. Vigoriti, in *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*, in *Contratto e Impresa/Europa*, I, 2001.

⁵⁷ A riprova di tale constatazione basta considerare quanto si illustrerà in seguito a proposito della legislazione comunitaria in materia di ADR nelle materie di consumo, ove l’esigenza di incentivare il ricorso a meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie è stato fortemente avvertito proprio per rendere effettive le tutele riconosciute sul piano del diritto sostanziale.

*giurisdizionale come diritto spettante a tutti ad un giudice e ad un giudizio*⁵⁸.

A ben vedere, infatti, nella maggior parte degli ordinamenti europei questo approccio quasi dogmatico alla giurisdizione come unica fonte di giustizia (intesa come realizzazione del diritto), che affonda le sue radici nel comune denominatore di origine romanistica, si è tradotto in principi generali, di rango costituzionale, che hanno sicuramente rallentato l' "onda" di rinnovamento proveniente dal continente americano⁵⁹.

D'altronde, anche a livello comunitario, sin dagli albori della Comunità europea la Corte di Giustizia ha affermato il ruolo essenziale della tutela giurisdizionale nel riconoscimento non solo dei diritti dei singoli, ma anche dei principi e delle norme comunitarie. Si tratta di una impostazione di fondo, destinata a divenire principio pervasivo del diritto comunitario. L'accesso alla giustizia viene consacrato dall'articolo 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁰ come un diritto fondamentale dell'individuo. Analogamente, il diritto ad un ricorso effettivo, elevato dalla Corte di Giustizia al rango di principio generale del diritto comunitario⁶¹, è stato sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶².

⁵⁸ N. Trocker, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in Ras. Forense, 2006, 1500 e s.

⁵⁹ Sul punto cfr. S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004;

⁶⁰ Articolo 6. Diritto a un equo processo. 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.

⁶¹ Sentenza del 15 maggio 1986 nella causa C-222/84 Johnston, [1986] ECR 1651.

⁶² Articolo 47. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi

Su questi presupposti, allora, si spiega la sostanziale differenza tra il carattere spiccatamente *anti-adjudication* sviluppato nel nuovo Continente e quello “coesistenziale”⁶³ di matrice europea, in virtù del quale i sistemi alternativi non sono destinati a sostituire le procedure giurisdizionali, ma ad integrarle al fine di assicurare la miglior tutela possibile ai cittadini, attraverso un accesso alla giustizia più efficace ed effettivo.

In questa prospettiva, allora, *“l'ADR si colloca pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia. L'ADR svolge, in effetti, un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adoperati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice”*⁶⁴.

Si avrà modo, in prosieguo di trattazione, di evidenziare come questa impostazione di fondo trovi riscontro puntuale nel precipitato legislativo. Qui, invece, val la pena marcare un'altra differenza tra le politiche europee in favore delle forme alternative di risoluzione delle controversie e il *movement* statunitense: mentre quest'ultimo nasce dalla generalizzata *dissatisfaction* nei confronti del sistema giurisdizionale, in ambito comunitario l'argomento ADR si impone per ragioni altrettanto pratiche, legate però alla necessità di tutela delle categorie economiche più deboli, quali i consumatori, e più in generale nell'ottica dello sviluppo del commercio transfrontaliero nel mercato interno, in particolare attraverso il commercio elettronico.

Rispetto a queste esigenze, allora, i metodi di risoluzione alternativa delle controversie iniziano a divenire una priorità politica per l'Unione

sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

⁶³ La definizione, ormai celebre, è di M. Cappelletti, *Il giudice di pace nella prospettiva del movimento per l'accesso alla giustizia*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, pp. 601 e ss.

⁶⁴ Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., par. 9.

europea negli ultimi anni del secolo scorso. L'importanza dei modi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere viene rimarcata in occasione del Consiglio europeo di Vienna nel dicembre 1998⁶⁵ e in occasione del Consiglio europeo di Tampere nell'ottobre 1999⁶⁶, dedicato alla "*creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea*"⁶⁷.

L'anno successivo, al vertice europeo di Lisbona del marzo 2000, sul tema "l'occupazione e la società dell'informazione", il Consiglio europeo ha invitato "*la Commissione e il Consiglio ad analizzare in che modo si possa accrescere la fiducia dei consumatori nel commercio elettronico, in particolare attraverso sistemi alternativi per la soluzione delle controversie*"⁶⁸.

Nella Conferenza di Lisbona del 5 maggio 2000, la Commissione ha presentato un'iniziativa volta ad istituire una Rete Extragiudiziale Europea (REE) o "EEJ-NET" *European Extra-Judicial Network*⁶⁹, al

⁶⁵ Paragrafo 83 delle conclusioni della Presidenza "*Il Consiglio europeo approva il piano d'azione elaborato dal Consiglio e dalla Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*". Il Piano d'azione è pubblicato in GU C 19 del 23 gennaio 1999. Il paragrafo 41 punto b) prevede l'"*esame della possibilità di elaborazione di modelli di soluzione non giudiziaria delle controversie con particolare riferimento ai conflitti familiari transnazionali. In questo contesto dovrebbe essere esaminata la possibilità di mediazione quale mezzo per comporre i conflitti familiari*".

⁶⁶ Comunemente il Consiglio di Tampere viene considerato il "big bang" che ha dato origine alla legislazione in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali. In particolare secondo Appiano "*la conclamata attenzione della Comunità Europea verso le metodologie alternative di risoluzione delle controversie ... ebbe solennemente inizio per effetto delle indicazioni date dal Consiglio Europeo in occasione della riunione del 15 e 16 ottobre 1999 a Tampere*". Appiano E. A., *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, I, 2009, p. 59. V. anche Riccio G., *La Direttiva 2008/52/CE sulla Mediazione in materia civile e commerciale*, in Pera A., Riccio G., (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011.

⁶⁷ Paragrafo 30 delle conclusioni della Presidenza: "*Gli Stati membri dovrebbero inoltre istituire procedure extragiudiziali alternative*". Tale invito è espressamente citato nelle premesse della direttiva 2008/52/CE, al considerando (2).

⁶⁸ Punto 11 delle conclusioni della Presidenza.

⁶⁹ La rete europea extragiudiziale "EEJ-Net" è una struttura di assistenza e d'informazione dei consumatori, composta di punti di contatto nazionali ("centri di compensazione" o "*clearing houses*"), istituiti in ciascuno degli Stati membri, nonché in Norvegia ed in Islanda. Si tratta di una struttura di informazione e sostegno a disposizione di tutti i consumatori dei paesi dell'UE, a cui si può ricorrere per comporre le vertenze commerciali con le imprese residenti in un altro Stato membro.

fine di agevolare l'accesso alla giustizia ai consumatori europei, in particolare per quanto concerne le controversie transfrontaliere connesse alle transazioni elettroniche.

Un simile obiettivo è stato riaffermato durante il Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del giugno 2000 in occasione dell'approvazione del "piano d'azione globale eEurope 2002"⁷⁰. Infine, nel campo delle relazioni industriali, il Consiglio europeo di Bruxelles-Laeken del dicembre 2001 ha insistito *"sull'importanza di prevenire e risolvere i conflitti sociali, e più specificamente i conflitti sociali transnazionali, mediante meccanismi volontari di mediazione"*⁷¹.

In ambito legislativo il dibattito si sviluppa in occasione dei lavori per l'adozione del c.d. regolamento "Bruxelles I"⁷², in virtù della proposta, avanzata dal Parlamento europeo nel proprio parere, di disciplinare e riconoscere alcuni aspetti dell'ADR. Infatti, pur non accogliendo tale proposta, il Consiglio e la Commissione hanno voluto evidenziare l'utilità del ruolo complementare dell'ADR, in special modo in relazione al commercio elettronico⁷³.

Ed in fatti, la direttiva n. 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione⁷⁴, all'articolo 17, stabilisce che *"gli Stati membri provvedono affinché la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate,*

Per approfondimenti si rimanda al documento di lavoro dei servizi della Commissione SEC(2000) 405, alla risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000, GU C 155 del 6 giugno 2000 e alla risoluzione d'iniziativa adottata dal Parlamento europeo il 3 luglio 2001.

⁷⁰Punto 22 delle conclusioni, e piano d'azione "eEurope" 2002.

⁷¹ Punto 25 delle conclusioni della Presidenza.

⁷²Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁷³Dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione relativa agli articoli 15 e 73 del regolamento, iscritta al verbale della sessione del Consiglio del 22 dicembre 2000 che ha adottato il regolamento.

⁷⁴ Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, GU L 178 del 17 luglio 2000. L'articolo 17 incoraggia peraltro gli organismi di ADR ad organizzare un flusso di ritorno d'informazioni alla Commissione, in tal modo superando il loro ruolo di mera attuazione per consentire ai poteri pubblici di eventualmente adattare la loro politica giuridica.

degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale". Gli Stati membri, inoltre, sono invitati ad incoraggiare *"gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie (...) ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte".*

In questo contesto, la Commissione provvede, su invito del Consiglio, a presentare un Libro verde *"per fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare"*⁷⁵.

Il Libro Verde della Commissione del 19 aprile 2002 *"relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale"*⁷⁶ viene, pertanto, pubblicato con l'obiettivo di avviare un'ampia consultazione su un certo numero di questioni di ordine giuridico che si pongono nel campo della risoluzione alternativa delle controversie.

I modi alternativi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale - rivela il documento in apertura - sono oggetto di un rinnovato interesse all'interno dell'Unione europea, per tre ragioni: i) in primo luogo, ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi di ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato; ii) l'ADR è oggetto di una particolare attenzione da parte degli Stati membri, attenzione che a volte si traduce in iniziative legislative; iii) infine, l'ADR rappresenta una priorità politica - più volte riaffermata - per le istituzioni dell'Unione europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di

⁷⁵ I Ministri della giustizia dei Quindici hanno deciso di avviare i lavori a livello comunitario sui metodi di ADR che rientrano nel campo del diritto civile e commerciale e nel maggio 2000 hanno invitato la Commissione a raccogliere informazioni sulla situazione esistente all'interno degli Stati membri per quanto riguarda i modi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale. Sulla base delle informazioni raccolte, la Commissione è stata invitata ad elaborare e presentare un Libro verde per fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare.

⁷⁶ COM (2002) 196 definitivo.

assicurare il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità. Questa priorità politica è stata messa in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione, dove è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi *on line* di risoluzione delle controversie ("ODR", che sta per "*Online Dispute Resolution*") in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su Internet.

Sulla scorta di tale rinnovato interesse, il Libro verde si prefigge il compito di delineare lo stato dell'arte in materia di procedure di ADR, al fine di rinvenire spunti utili per un intervento sistemico a livello comunitario, attraverso una ricognizione delle esperienze maturate a livello nazionale e comunitario, realizzata anche attraverso un questionario⁷⁷.

In particolare la fase "esplorativa", volendo utilizzare una terminologia cara alle tecniche di mediazione, si sostanzia in 21 quesiti inerenti ai seguenti aspetti:

- condizioni di accesso alle procedure;
- limiti di efficacia e validità del consenso prestato dalle parti;
- garanzie di riservatezza;
- standard minimi di formazione;
- responsabilità dei terzi.

Come vedremo *ultra*, il Libro verde getta le basi per il primo intervento organico, a livello comunitario, in materia di risoluzione alternativa delle controversie, superando così la dimensione settoriale degli interventi precedenti⁷⁸.

⁷⁷ Un precedente questionario sui modi alternativi di risoluzione delle controversie nel campo del diritto civile e commerciale è stato elaborato dalla presidenza portoghese del Consiglio dell'Unione europea nel giugno 2000 e sottoposto agli Stati membri al fine di raccogliere informazioni

⁷⁸ I metodi di ADR al momento della pubblicazione del Libro verde erano già espressamente contemplati in numerosi atti legislativi: nell'articolo 10 della direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri; nell'articolo 11 della direttiva n. 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; nell'articolo 12 della proposta di direttiva concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori, COM (1998) 468 def.; nell'articolo 9 della proposta di direttiva sulla intermediazione assicurativa, COM (2000) 511 def. Si vedano anche, per quanto riguarda le controversie tra imprese nel settore delle telecomunicazioni,

Tuttavia, in tale operazione non può fare a meno di “*prendere le mosse dalle iniziative adottate nel settore del diritto del consumo*” con il duplice scopo di “*fare un inventario di tutte le iniziative che sono state prese fino ad oggi in questo campo e avviare un dibattito aperto e generale nel contesto di una considerazione più ampia dell'ADR in modo da avere una visione più completa della situazione all'interno dell'Unione europea*”⁷⁹.

In tale prospettiva, allora, il Libro verde prende in considerazione tutte le numerose iniziative che nel tempo si sono susseguite in ambito comunitario in favore delle metodologie di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, di cui si dirà nel paragrafo seguente. Tuttavia vale la pena anticipare come la matrice prevalentemente “consumeristica” sia l'altro tratto caratterizzante dell'approccio comunitario alle ADR e distintivo rispetto a quello di oltreoceano.

Pochi mesi dopo la pubblicazione del Libro verde, e senza attendere i risultati della consultazione che verranno pubblicati il 31 gennaio 2003⁸⁰, il Consiglio d'Europa adotta un **Raccomandazione del Comitato dei Ministri sulla mediazione nelle materie civili**⁸¹, con la quale si invitano gli Stati membri a favorire il ricorso alla mediazione nelle materie civili, ove appropriato, ed a prendere tutte le iniziative ritenute necessarie per la progressiva implementazione dei “*Guiding Principles concerning mediation in civil matters*” contenuti nella Raccomandazione.

Questa Raccomandazione, inspiegabilmente ignorata dalla Dottrina, in verità può essere considerata come un passaggio fondamentale tra l'impostazione della disciplina comunitaria registrata fino a quel

gli articoli 18 e 19 della posizione comune (CE) n. 38/2001 del 17 settembre 2001, adottata dal Consiglio in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), GU C 337 del 30 novembre 2001.

⁷⁹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, par. 35.

⁸⁰ *Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, JAI/19/03.

⁸¹ Raccomandazione Rec (2002) 10 del 18 settembre 2002.

momento e quella invece tradotta nella direttiva in materia di mediazione civile e commerciale, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

In effetti, a differenza del Libro verde e dei documenti precedenti, la Raccomandazione opera delle scelte innovative rispetto al passato che poi ritroveremo nella direttiva n. 2008/52, prima fra tutte quella di abbandonare il generico riferimento alle ADR parlando espressamente di “*mediation*”⁸². Così tra le “*civil matters*” oggetto della Raccomandazione vengono ricompresi i diritti e le obbligazioni civili, incluse le materie di diritto commerciale, dei consumatori e giuslavoristiche, con esclusione delle materie amministrative e penali.

In ordine alla “organizzazione” della mediazione, che può svolgersi nell’ambito o al di fuori delle procedure giurisdizionali, la Raccomandazione lascia ampi margini di libertà agli Stati membri, limitandosi a richiamare la necessità di prevedere tempi rapidi per la conclusione delle procedure, scongiurando il possibile abuso a fini dilatori del ricorso alla mediazione, fermo restando il diritto inviolabile delle parti al ricorso giurisdizionale “*as it constitutes the ultimate guarantee for protection on the rights of the parties*”.

Infine la Raccomandazione pone l’accento sulla formazione dei mediatori, sollecitando da parte degli Stati membri iniziative al fine di promuovere l’adozione di standard adeguati per la selezione, le responsabilità, la formazione e la qualifica dei mediatori, anche qui anticipando un tema molto discusso a valle della adozione della direttiva sulla mediazione sopra richiamata.

E non è un caso, allora, se la Commissione partecipa ai lavori per la redazione di un **Codice europeo di condotta per i mediatori**, presentato a Bruxelles il 2 luglio 2004. Si tratta “*di un testo che non ha «natura istituzionale» in senso tecnico, nella misura in cui la relativa redazione, seppure incoraggiata dalla Commissione, è avvenuta ad opera di un*

⁸² Ai fini della Raccomandazione, per “*mediation*” deve intendersi “*a dispute resolution process whereby parties negotiate over the issue in dispute in order to reach an agreement with the assistance of one or more mediators*”.

*gruppo di soggetti interessati, non intende interferire con le legislazioni degli Stati membri, ma è stato concepito come un modello base, che gli enti e gli Organismi interessati possono integrare”*⁸³.

Il Codice è diviso in quattro parti, afferenti a diversi aspetti della procedura: 1. competenza e professionalità dei mediatori; 2. indipendenza ed imparzialità; 3. correttezza della procedura; 3. riservatezza. In ordine a ciascuno di tali aspetti vengono dettati alcuni principi ai quali possono spontaneamente aderire sia i singoli mediatori, sia le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, impegnando così anche i mediatori che svolgono l'attività al proprio interno.

Da notare che con il Codice si rinnova, dopo la Raccomandazione di cui sopra, il riferimento specifico alla “*mediation*”, intesa come “*un procedimento, comunque definito o generalmente qualificato in ciascuno Stato membro, con cui due o più parti mirano a raggiungere un accordo per la risoluzione della controversia che li oppone, senza la pronuncia di una sentenza e con l'assistenza di un terzo*”⁸⁴.

A distanza di pochi mesi, il 22 ottobre 2004, la Commissione, dando seguito al Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie presentato nel 2002, ha adottato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti

⁸³ Come nota A. Pera, *Le politiche dell'Unione Europea in materia di accesso alla giustizia e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, in A. Pera., G.M. Riccio, Op. cit., 66. La stessa autrice ricorda come l'idea di un codice europeo di condotta, come strumento volontario per migliorare la qualità della mediazione e la fiducia dei privati nei confronti di questo sistema di risoluzione delle controversie è stata supportata in modo forte dalle istituzioni europee. Mr Faull, Direttore Generale della DG Giustizia, Libertà e Sicurezza presso la Commissione Europea, nel suo discorso alla Conferenza sull'autoregolamentazione della mediazione, ha sottolineato come molte delle misure adottate fino a questo momento in questa materia si connotano per il fatto che ruotano attorno a due obiettivi essenziali: assicurare il mutuo riconoscimento dei giudicati e delle decisioni all'interno dei Paesi dell'Unione Europea; migliorare l'accesso alla giustizia sia per i normali cittadini che per i professionisti, in particolare quando sono in gioco le quattro libertà che fondano il mercato interno comune.

⁸⁴ Così si esprimono le premesse all'articolato del Codice di condotta.

della mediazione in materia civile e commerciale⁸⁵. Obiettivo della proposta di direttiva è facilitare l'accesso alla risoluzione delle controversie e promuoverne la composizione amichevole, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario⁸⁶.

La proposta di direttiva del 2004⁸⁷, anche alla luce del dibattito che l'aveva preceduta, ha creato grandi aspettative da parte degli addetti ai lavori, per i quali i tempi di un pieno riconoscimento a livello comunitario della mediazione come strumento di accesso alla giustizia sembravano ormai maturi. Tuttavia l'immotivato prolungarsi dei tempi di approvazione, illustrato nella tabella che segue, fece subito presagire il peggio:

Iter procedurale

Data di trasmissione della proposta al Parlamento europeo e al Consiglio (documento COM (2004)718 definitivo – 2004/0251 (COD): | 22.10.2004 |

Data del parere del Comitato economico e sociale europeo: | 9.6.2005 |

Data del parere del Parlamento europeo in prima lettura: | 29.3.2007 |

Data di adozione della posizione comune: | 28.2.2008

⁸⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, COM (2004)718 definitivo del 22 ottobre 2004.

⁸⁶ La proposta si pone l'obiettivo di agevolare "l'accesso alla risoluzione delle controversie attraverso due tipi di disposizioni: in primo luogo, quelle volte a garantire un'efficace relazione tra la mediazione ed i procedimenti giudiziari, istituendo una normativa minima comune nella Comunità relativamente ad un certo numero di aspetti fondamentali della procedura civile. In secondo luogo, fornendo ai tribunali degli Stati membri strumenti efficaci per promuovere attivamente l'utilizzo della mediazione, senza tuttavia rendere la mediazione obbligatoria o soggetta a sanzioni specifiche", come si legge al §1.1.1 della Relazione.

⁸⁷ Per un commento sulla proposta si rinvia a V. Vigoriti, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. Forense*, 2005, p. 359 e ss.; M. F. Ghirga, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 e ss.; G. N. Giudice, *Dalla commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in *I contratti*, 2005, p. 102 ss.; E. Minervini, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 427 ss.

2. UN NUOVO QUADRO NORMATIVO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI: MOLTO RUMORE PER NULLA?

“Unfortunately, the European Directive on Mediation (2008) is of modest significance, for two reasons: its substantive contents are slight; and its ‘cross-border’ scope renders it of marginal significance. Regrettably, this European intervention has consumed countless hours of official time, both at the European hub and among the Member States. On any sensible cost-benefit analysis this exercise in law-making has hardly been worthwhile”⁸⁸.

Questa impietosa valutazione di un noto giurista inglese esprime compiutamente la generalizzata reazione suscitata dalla prima lettura della direttiva del 21 maggio 2008, n. 52, recante la disciplina della mediazione civile e commerciale, così come venuta alla luce dopo circa quattro anni di “percorsi carsici”⁸⁹ tra i palazzi di Bruxelles.

In effetti, nonostante la proposta della Commissione prevedesse l’applicazione della direttiva alla mediazione sia per le controversie transfrontaliere che per quelle interne, il testo della posizione comune del Consiglio, frutto di negoziati fra le tre istituzioni, recepisce la posizione del Parlamento europeo, che a maggioranza si era espresso a favore della limitazione dell’ambito di applicazione della direttiva alle controversie transfrontaliere in base a un’interpretazione restrittiva dell’articolo 65 del trattato CE⁹⁰.

⁸⁸ Così si esprime N. Andrews, *The duty to consider mediation: salvaging value from the european mediation directive*, in N. Trocker, A. De Luca (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, p. 11 e ss.

⁸⁹ L’espressione è di C. Vaccà, *La Direttiva sulla conciliazione: tanto rumore per nulla*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 3, 2008, 117, al quale dobbiamo anche la parafrasi shakespeariana.

⁹⁰ “*Con spirito di compromesso* – si legge nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo in applicazione dell’articolo 251, paragrafo 2, secondo comma, del trattato CE relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell’adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, COM(2008) 131 definitivo - *la Commissione accetta la definizione dell’ambito di applicazione della direttiva*

Eppure sul punto la Commissione, nella proposta del 2004, era stata molto decisa nel sostenere che *“promuovere la mediazione soltanto in relazione alle controversie che mostrano un elemento transfrontaliero sarebbe pertanto arbitrario e creerebbe un rischio di effetti discriminatori, dal momento che i tribunali suggerirebbero il ricorso alla mediazione ad alcune parti soltanto in relazione al loro luogo di residenza. Una restrizione di questo genere determinerebbe indubbiamente una sostanziale riduzione dell’impatto pratico della proposta di direttiva. Rendere l’applicabilità delle norme di procedura civile contenute nella proposta di direttiva soggetta alla presenza di elementi transfrontalieri potrebbe condurre ad una maggiore incertezza del diritto”*⁹¹.

Tuttavia, nella soluzione finale ha prevalso, come detto, una interpretazione restrittiva della base giuridica del provvedimento⁹², tradottasi nell’opposizione di buona parte del Parlamento europeo, ed in particolare dei rappresentanti di alcuni Stati membri⁹³, che ha portato a limitare l’ambito di applicazione della Direttiva alle sole

presentato nella posizione comune, purché la definizione di controversia transfrontaliera sia quanto più ampia. La Commissione ritiene che la posizione comune ampli tale definizione in relazione ai due articoli più importanti della direttiva, l’articolo 7 (riservatezza) e l’articolo 8 (termini di prescrizione e decadenza)”.

⁹¹ Relazione alla Proposta di direttiva del 22 ottobre 2004, COM(2004) 718 def.

⁹² Invece su tale aspetto la Relazione alla proposta del 2004 recitava *“l’obiettivo e il contenuto della direttiva proposta ricadono interamente nell’ambito dell’articolo 65 TCE dal momento che essa concerne norme di procedura civile ... La direttiva proposta è necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno al fine di garantire l’accesso a meccanismi di risoluzione delle controversie a privati ed imprese che esercitano le quattro libertà e al fine di garantire la libertà di fornire e di utilizzare servizi di mediazione. Come sottolineato nella descrizione degli obiettivi della proposta, la necessità di un’azione comunitaria in questo campo deriva dal bisogno di assicurare la certezza del diritto nello svolgimento della vertenza indipendentemente dalla presenza di elementi transfrontalieri in una fase o in un’altra. Per garantire un quadro giuridico coerente è pertanto necessario affrontare gli elementi fondamentali dell’intera sequenza di possibili eventi che possono accadere dopo il sorgere della controversia, tenendo presenti tutti gli scenari possibili (successo/fallimento della mediazione, accordi transattivi rispettati da entrambe le parti o meno, ecc.)”*.

⁹³ Come vedremo *ultra*, anche in merito alla proposta di direttiva sull’ADR nelle controversie dei consumatori il parere espresso da alcuni Parlamenti nazionali è stato nel senso di restringere il campo di azione alle controversie transfrontaliere.

controversie transfrontaliere, suscitando, come ricordato poc'anzi, lo sdegno di gran parte della dottrina e degli addetti ai lavori.

Tuttavia, a distanza di quasi un lustro dall'approvazione della Direttiva, e a due anni dalla scadenza del termine per darvi attuazione⁹⁴, è oggi possibile effettuare una stima meno impulsiva della portata dell'intervento comunitario, fondata su dati empirici e non solo su speculazioni intellettuali.

Una simile operazione non può che prendere le mosse dallo scopo dichiarato della Direttiva, ovvero *“facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*⁹⁵, e in base a questo valutare in quale misura tale obiettivo sia stato raggiunto, indipendentemente dalle considerazioni circa le limitazioni all'ambito di applicazione della direttiva.

Perché, se ci si attenesse solamente al dato normativo, il giudizio non potrebbe che confermare un ambito applicativo risicato ed un contenuto alquanto inconsistente, solo in parte compensato da un abbondante numero di considerando.

In effetti, a parte il rilievo sulla natura transnazionale⁹⁶ della controversia, anche l'estensione della “materia civile e commerciale”, campo d'azione della Direttiva, risulta ben più confinato rispetto a quello che una definizione così ampia potrebbe far ritenere.

⁹⁴ Ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2008/52/CE *“gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011”*.

⁹⁵ Articolo 1, comma 1 della Direttiva.

⁹⁶ *“Verrebbe da pensare che un conflitto abbia tale natura semplicemente perché le parti coinvolte risiedono in differenti paesi, ma così non è affatto per la Direttiva. La nozione in questione viene infatti accolta in una concezione più restrittiva, onde non consentire la sua applicazione all'ipotesi in cui una parte propone una «mediazione», ma l'altra non accetta di parteciparvi”*, così E. A. Apiano, *I sistemi A.D.R.*, cit., p. 81 e ss, alle quali si rinvia per una più compiuta disamina del significato attribuito dalla Direttiva al termine “transfrontaliero”.

Così, in maniera alquanto goffa⁹⁷, il comma 2, dell'articolo 1, esclude dal campo di applicazione della Direttiva le controversie riguardanti “*i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile*”, quelle, cioè, ove sono in gioco diritti indisponibili, come sovente in materia di diritto di famiglia o di diritto del lavoro (v. considerando (10) della Direttiva). Analogamente lo stesso comma 2 taglia fuori le controversie in materia fiscale, doganale ed amministrativa, né a quelle concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

Lo stesso dicasi per la definizione di “mediazione” fornita dalla Direttiva⁹⁸, come, che, in virtù dell'inciso “indipendentemente dalla denominazione”, potrebbe indurre a ritenere che con tale terminologia il legislatore abbia in realtà voluto indicare anche altre forme di risoluzione alternativa.

D'altronde in tal senso potrebbe richiamarsi anche il considerando (6) della Direttiva, laddove riconosce la possibilità che la mediazione raggiunga efficacemente il risultato “attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti”, propendendo, quindi, per un concetto di mediazione allargato e tendenzialmente comprensivo di diverse forme di ADR.

Tant'è che il legislatore comunitario avverte l'esigenza, al considerando (11), di escludere espressamente dall'ambito di applicazione della direttiva alcune fattispecie, per la verità in gran parte scontate, quali le trattative precontrattuali, l'arbitrato e la valutazione di periti, i reclami dei consumatori, i procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale ed

⁹⁷ Eppure sarebbe bastato tradurre letteralmente la versione francese della direttiva, ove si fa utilizza la locuzione “*droits et obligations dont le parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable*”. Idem per quanto riguarda la versione inglese.

⁹⁸ Ai sensi dell'art. 3, let. a), della Direttiva “*per mediazione si intende il procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore*”

infine i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia⁹⁹.

Appare dunque evidente la predilezione, da parte del legislatore comunitario, per un modello di mediazione eminentemente “facilitativa”, con espressa espunzione di tutte le forme, anche meno

⁹⁹ Una disamina *ad escludendum* delle fattispecie che resterebbero escluse dalla Direttiva è svolta da E. A. Appiano, *I sistemi A.D.R.*, cit, pagg. 74 e ss, giungendo alle seguenti conclusioni: “*Esula infatti ... in primo luogo, la negoziazione assistita svolta in sede di trattative precontrattuali, e cioè quando il terzo neutrale interviene per aiutare le parti a definire i termini di un contratto che esse desiderano concludere in assenza di qualsiasi controversia. In secondo luogo, i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia. Lo stesso vale per i meccanismi di composizione delle liti affidati ad un ombudsman, e cioè ad una sorta di difensore d'ufficio – strutturato all'interno dell'organizzazione di una pubblica amministrazione ovvero di un'impresa – cui la parte più debole può rivolgersi ... In terzo luogo, la valutazione di periti, definita «décisions d'expert» nella versione francese, calando così l'accento sul compito decisionale affidato agli esperti chiamati a dirimere la controversia. Di conseguenza, la Direttiva non concerne l'expertise, che appare alquanto vicino alla cosiddetta perizia contrattuale. Esula pure, guardando all'ordinamento processuale italiano, l'istituto della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 bis c.p.c. Viste le ultime due categorie di esclusione citate, è allora dubbia la sorte riservata al mini-trial ed alla neutral evaluation. In effetti, tali metodologie A.D.R. comportano un giudizio di natura tecnico-giuridica e terminano con una valutazione. Verosimilmente, a seconda della forma assunta da quest'ultima, dipende la risposta al nostro interrogativo, dovendosi forse escludere l'applicabilità della Direttiva solo quando la valutazione non venga espressa con modalità prettamente informali, come invece accade sempre nell'ambito della evaluative mediation. In quarto luogo, i «reclami dei consumatori». Onde esulano innanzitutto quelli rivolti ad un ombudsman ... Ciò dovrebbe valere inoltre per i sistemi, attualmente esistenti in Italia, predisposti da alcune compagnie telefoniche per la composizione delle controversie individuali con i consumatori: per gestire i reclami di questi ultimi, si fanno intervenire apposite commissioni miste (anziché un terzo neutrale), ove siedono rappresentanti dei consumatori e delle imprese interessate, il cui lavoro parimenti termina con la formalizzazione di una soluzione. In quinto luogo, l'arbitrato, che a rigore nemmeno rientra tra i meccanismi A.D.R.. Esula dunque il detto ibrido meccanismo di Med-Arb, in entrambe le sue varianti, siccome esse comunque contemplano una fase arbitrale. In sesto luogo, i «procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale». Tuttavia, anche qui la versione italiana del testo della Direttiva sembra decisamente infelice, essendo stato reso con il termine «arbitrale» ciò che nella versione inglese è detto «processes of an adjudicatory nature» (immediato il riferimento al citato Dispute Adjudication Board ed ai suoi simili sistemi, tipici del mondo anglosassone), in quella francese «processus quasi judiciaires» ed in quella spagnola «procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional»”.*

incisive, di “*adjudication*”¹⁰⁰. D'altronde una simile scelta di campo risulta evidente anche dalla definizione stessa che l'articolo 3 dà di “mediazione”, esaltandone la natura volontaristica e quasi spontanea, ove la funzione del mediatore viene relegata alla mera “assistenza” delle parti nella ricerca di un accordo.

La Direttiva, si diceva, ha deluso anche per la brevità dei contenuti, sebbene sotto questo aspetto tra la proposta del 2004 e la versione finale non vi siano sostanziali differenze.

Rispondendo alle suggestioni del Libro verde del 2002 la Direttiva affronta, sempre nella prospettiva degli obiettivi indicati dall'articolo 1, tre temi principali: i. la qualità dei sistemi di mediazione; ii. i rapporti con la giurisdizione; iii. un quadro procedurale che garantisca l'efficacia di tali sistemi.

i. Sotto il primo profilo, quello qualitativo, il richiamo è innanzitutto ai criteri di efficacia, imparzialità e competenza¹⁰¹ ai quali deve rispondere l'attività svolta dal mediatore, indipendentemente dalla denominazione ovvero dalla professione esercitata nello Stato membro ove opera, e dalle modalità con cui egli è stato nominato ovvero invitato a condurre la *mediazione*¹⁰².

In ordine all'obiettivo di garantire la qualità dei servizi di mediazione la Direttiva (all'articolo 4) indica due strade: stabilire criteri atti a consentire un controllo sulla qualità del servizio prestato dai mediatori, quali l'adozione di codici di condotta volontari, ai quali mediatori ed organismi dovrebbero aderire¹⁰³, e la formazione “permanente” dei mediatori¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sulla ragionevolezza di una simile scelta alla luce della varietà del contenzioso in materia civile e commerciale cfr. F. Santagata, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 150.

¹⁰¹ Sulla competenza dei mediatori si veda anche il par 4.3 del parere reso dal Comitato economico e sociale il 9 giugno 2005, nonché il par. 1.1 del Codice europeo di condotta per i mediatori.

¹⁰² Art. 3, let. b) della Direttiva.

¹⁰³ Il considerando (17), poi, nel raccomandarne la pubblicità, sembrerebbe suggerire l'adesione al Codice di condotta europeo del 2004.

¹⁰⁴ V. anche il considerando(16).

Un cenno a parte merita, poi, il richiamo alla qualità delle mediazioni in materia di consumo operato dal considerando (18), non tanto per il rinvio ai principi espressi dalla raccomandazione 2001/310/CE, cui dovrebbero essere incoraggiati a conformarsi tutti i mediatori che svolgono tali tipologie di mediazione, ma per il fatto che implicitamente si riconosce l'applicabilità della direttiva anche a tale materia, in tal modo ridimensionando la portata dell'indicazione dei reclami dei consumatori tra quelle non coinvolte dalla direttiva.

ii. Come anticipato, l'obiettivo della Direttiva è quello di incoraggiare il ricorso alla mediazione “*garantendo un'equilibrata relazione*” con il procedimento giurisdizionale¹⁰⁵.

In tale prospettiva, la Direttiva attesta quello che è il comune sentire comunitario rispetto al significato dell' “alternatività” della mediazione. In particolare “*la Commissione - si legge nelle Relazione alla proposta del 2004 - non vede la mediazione come alternativa ai procedimenti giudiziari; essa è piuttosto uno dei diversi mezzi di risoluzione delle controversie in una società moderna e che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie , ma certamente non per tutte*”, fermo restando che “*la disponibilità di tali metodi alternativi non può in alcun modo esimere uno Stato membro dal mantenere un sistema legale efficace ed equo che risponda ai requisiti richiesti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*”.

Pertanto la mediazione, nella costruzione della direttiva, viene esaminata in quanto parte di un processo più ampio di accesso alla giustizia, dove il procedimento giurisdizionale resta aristotelicamente al centro della funzione di tutela dei diritti. L'attività di conciliazione, dunque, non potrà che svolgersi nell'orbita di una procedura

¹⁰⁵ Ha dubbi in proposito P.H. Lindblom, che in *La risoluzione delle controversie – l'oppio del sistema giuridico*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, op. cit. p. 233, si chiede se con i sistemi di ADR non si stia consentendo l'ingresso nel sistema di tutela giurisdizionale di un “cavallo si Troia”.

giurisdizionale¹⁰⁶, a seguito di un invito rivolto dal giudice alle parti, ovvero in via preventiva e obbligatoria¹⁰⁷, ma pur sempre lasciando impregiudicato il diritto di accesso al sistema giudiziario per le parti, garantito, come ricordato, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

iii. Infine, il terzo aspetto affrontato dalla direttiva è quello relativo alla introduzione di “*un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile*”, al fine di “*promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione e per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo*”¹⁰⁸.

Tali elementi vengono individuati nell' esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione (art. 6), nella riservatezza della procedura (art. 7) e nell'effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza (art. 8).

Con riferimento al primo aspetto, la preoccupazione – probabilmente legittima – che muove il legislatore comunitario è quella che la mediazione possa essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario se il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti¹⁰⁹. E questo a prescindere dalla naturale propensione, certamente superiore rispetto

¹⁰⁶ Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, in combinato con il considerando (13), l'organo giurisdizionale investito di una causa può – se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso – invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione, a condizione che queste ultime abbiano effettivamente luogo e siano facilmente accessibili. Oppure l'organo giurisdizionale può invitare direttamente le parti a ricorrere alla mediazione, fissando eventualmente un termine entro il quale quest'ultima – a prescindere dal risultato raggiunto – deve concludersi, onde evitare di pregiudicare il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale.

¹⁰⁷ In virtù dell'articolo 5, comma 2, la Direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni. Di conseguenza, nulla impedisce al legislatore nazionale di strutturare le regole processuali interne in modo tale che l'autorità giudiziaria possa addirittura ordinare alle parti di dare corso ad un processo di «*mediazione*» ovvero, se quest'ultimo non viene attuato o fallisce, sanzionarle magari sul piano della ripartizione.

¹⁰⁸ Così recita il considerando (7) della direttiva.

¹⁰⁹ Considerando (19).

alle decisioni etero-imposte, al rispetto degli accordi risultanti da una procedura A.D.R., in quanto frutto di condivisione e tendenzialmente orientati al soddisfacimento di interessi concreti.

“Ciò non cancella, tuttavia, il problema del loro eventuale inadempimento, cosa che – nell’ottica di favorire il ricorso alla «mediazione» – conduce a ricercare vie per riconoscere rapidamente carattere esecutivo agli accordi in questione, evitando cioè di dover instaurare dinanzi all’autorità giudiziaria un normale procedimento di cognizione, ove venga accertato l’inadempimento agli impegni così assunti e pronunciati i conseguenti provvedimenti, onde infine pervenire all’esecuzione della relativa sentenza”¹¹⁰.

In tale prospettiva, allora, la Direttiva impegna gli Stati membri ad assicurare che *“le parti, o una di esse con l’esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto derivante da una mediazione sia reso esecutivo”¹¹¹.*

Tale disposizione, risultante da un emendamento approvato in sede di Parlamento europeo, potrebbe apparire alquanto inspiegabile, se non si tenesse conto che nasce con l’intento di confermare la preminenza del ruolo della giurisprudenza in materia di tutela dei diritti individuali.

In altri termini, il requisito del consenso delle parti serve a scongiurare che una decisione, ancorchè consensuale, maturata non all’ ”ombra” del

¹¹⁰ E. M. Appiano, *I sistemi ADR nell’ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009.

¹¹¹ *“Così formulata, però, la norma mostra un notevole limite – sempre secondo Appiano - siccome sembra dire che l’istanza in questione è presentabile solo se tutte le parti sono consenzienti: diversamente, non avrebbe senso la presenza dell’inciso condizionante l’ammissibilità della richiesta di esecutività, avanzata da una sola delle parti, alla presenza dell’esplicito consenso di tutte le altre. Ciò è conseguenza di un emendamento, adottato – forse in modo poco consapevole – dal Parlamento Europeo in prima lettura, che introdusse siffatta formulazione nel testo della Direttiva, modificando quella proposta dalla Commissione, ove invece la richiesta di esecutività poteva chiaramente essere presentata da una sola delle parti, a prescindere dal consenso delle altre”.* L’Autore fa riferimento alla risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 29 marzo 2007 (P6_TA (2007)0088) con la quale viene emendato il testo proposto dalla Commissione che così recitava *“Les États membres font et sorte qu’à la demande des parties, un accord transactionnel atteint a l’issue d’une médiation puisse être confirmé...”*, quindi senza alcun accenno al *“consentement exprès des autres”* comparso nel testo definitivo.

diritto possa trovare immediata cittadinanza in qualsiasi ordinamento dell'Unione.

Il che, però, si traduce sul piano pratico in una decisa limitazione alla possibilità di dare esecuzione all'accordo conciliativo, se non in virtù di una clausola di autorizzazione preventivamente concordata tra le parti. Il provvedimento che, mediante la procedura istituita dalla Direttiva, rende esecutivo in uno Stato membro il contenuto dell'accordo di mediazione, dovrebbe essere ulteriormente riconosciuto e dichiarato esecutivo nell'Unione in base alla normativa comunitaria o nazionale applicabile e, in particolare, sulla scorta di quanto rispettivamente disposto dal regolamento del Consiglio n. 44/2001 (disciplinate fra l'altro il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) e n. 2201/2003 (pure avente anche la medesima finalità, ma riferito alla materia matrimoniale ed a quella concernente la responsabilità genitoriale).

Con riferimento al secondo, il legislatore della Direttiva sottolinea che in base a tale regolamento, per essere riconosciuti e resi esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi raggiunti fra le parti devono essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi¹¹².

Fermo il meccanismo da essa introdotto, la Direttiva non pregiudica tuttavia le norme attualmente vigenti negli Stati membri in materia di esecuzione degli accordi risultanti da una *mediazione*

A ben vedere, considerati i limitati casi in cui l'apposito meccanismo voluto dalla Direttiva può operare, verosimilmente la strada per

¹¹² "Ciò risponde" secondo Appiano "alla preoccupazione di impedire azioni di forum shopping alle parti di un accordo, discendente da una «mediazione» su una lite «trasfrontaliera» in materia di famiglia ove non siano in gioco diritti indisponibili. Cosa che potrebbe configurarsi quando il contenuto di un simile accordo può essere reso esecutivo solo in alcuni degli Stati membri per i quali la lite, da cui esso scaturisce, rileva come «trasfrontaliera». In simili circostanze, infatti, le parti potrebbero rivolgersi alle autorità di quello tra tali Stati il cui diritto interno consente di far dichiarare esecutivo l'accordo, per poi estenderne l'esecutività così ottenuta anche agli altri Stati che ciò invece non riconoscevano, facendo all'uopo forza sul citato regolamento n. 2201/2003. È allora ragionevole domandarsi se il legislatore della Direttiva, non potendo evidentemente influire sul contenuto di detto regolamento, non abbia forse così voluto indicare un principio di ordine pubblico comunitario". E. M. Appiano, *I sistemi A.D.R.*, cit., p. 98.

ottenere la dichiarazione di esecutività resta – sul piano pratico – quella affidata alle norme nazionali lasciate impregiudicate dalla Direttiva.¹¹³

Il profilo della riservatezza viene affrontato soprattutto sotto l'aspetto del possibile utilizzo in giudizio delle informazioni acquisite nel corso di una mediazione o connesse con la stessa. In particolare, al fine di preservare uno dei tratti tipici e caratterizzanti della mediazione, ovvero il rapporto di fiducia e confidenzialità tra le parti e il mediatore grazie al quale esse dovrebbero sentirsi a proprio agio nel comunicare anche argomenti non favorevoli alla propria posizione, la Direttiva chiede agli Stati membri di impedire che il mediatore o gli altri “*soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento*” possano essere obbligati, salvo concorde volontà delle parti, a essere tratti in qualità di testimoni in successive procedure giustiziali (siano anche di natura arbitrale) in materia civile o commerciale.

Tale divieto incontra solo due esplicite limitazioni, dovendo cedere dinanzi alla necessità di comunicare il contenuto dell'accordo ai fini della sua applicazione o esecuzione, ovvero a fronte di “*superiori considerazioni di ordine pubblico*” ove la testimonianza sia necessaria “*per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona*”¹¹⁴.

Infine, relativamente agli effetti della mediazione sugli istituti della prescrizione e della decadenza, ancora una volta l'obiettivo perseguito dal legislatore – come esplicitato al considerando (24) – è quello di incoraggiare il ricorso alle procedure conciliative eliminando il rischio che una volta fallito il tentativo di trovare una soluzione amichevole il ricorso ad un organo giurisdizionale sia impedito dal decorso dei

¹¹³ Con riferimento all'ordinamento italiano, rileva allora l'art. 474 c.p.c., secondo cui sono titoli esecutivi «*le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute*» nonché «*gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli*».

¹¹⁴ Viene da supporre che il legislatore abbia in mente soprattutto le conciliazioni in materia di diritto di famiglia.

termini per agire. Pertanto la Direttiva finisce, sotto questo aspetto, per parificare gli effetti della domanda di mediazione a quelli di un ricorso in sede giurisdizionale¹¹⁵.

3. LA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CON I CONSUMATORI: IL “PACCHETTO 2013”.

Come già accennato in precedenza, nel continente europeo il movimento in favore delle ADR assume un carattere marcatamente pro-consumeristico, sulla scia del graduale affermarsi sul piano del diritto sostanziale, benché in maniera frammentaria e disorganica, di un vero e proprio diritto dei consumi, la cui tutela assurge a *mission* per le istituzioni comunitarie, consacrata nell’articolo 169 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea¹¹⁶, da perseguire esercitando una competenza concorrente con gli Stati membri¹¹⁷.

Così, a fronte del coagularsi di questo insieme di disposizioni volte a tutelare gli interessi dei consumatori europei, si fa strada a livello comunitario la consapevolezza che “*creare diritti sostanziali senza porre a disposizione dei loro titolari meccanismi che ne garantiscano*

¹¹⁵ Sul punto v. E. Zuconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 663.

¹¹⁶ *Articolo 169* (ex articolo 153 del TCE). 1. *Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.* 2. *L'Unione contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri.* 3. *Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure di cui al paragrafo 2, lettera b).* 4. *Le misure adottate a norma del paragrafo 3 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con i trattati. Esse sono notificate alla Commissione.*

¹¹⁷ *Articolo 4, (2), let. f del TFUE.*

*l'esercizio effettivo priverebbe tali diritti di qualunque valore pratico*¹¹⁸.

Di conseguenza viene affermandosi sempre più convintamente l'esigenza di prevedere strumenti atti a garantire che i consumatori possano far valere i propri diritti in caso di loro violazione, tramite canali giuridici semplici, rapidi, efficaci e poco dispendiosi. *“Vi è infatti un certo numero di ostacoli che si parano dinanzi al consumatore che esercita i propri diritti dinanzi ai tribunali.*

Vi sono in primo luogo il costo della consultazione giuridica e della rappresentanza, le spese di giustizia, le spese per la consultazione di esperti (dal momento che le economie moderne presentano prodotti e servizi sempre più complessi, che superano a volte le conoscenze del giudice). Vi è inoltre, in alcuni paesi, il rischio di dover sostenere, in caso di perdita della causa, le spese dell'altra parte ovvero, in altri paesi, la certezza di dover sostenere, anche in caso di vincita, i propri costi. Infine, considerando l'ingolfamento dei tribunali in taluni Stati membri, è particolarmente lungo il tempo che trascorre prima che una causa possa essere giudicata. Oltre a questi fattori materiali, esistono inoltre barriere di ordine psicologico dovute alla complessità e al formalismo che accompagnano le procedure giudiziarie. Il consumatore prova spesso una certa esitazione nei confronti dei tribunali, collegata al linguaggio giuridico e ai rituali ermetici della procedura”.

Inoltre, *“la situazione, già complessa nel contesto delle controversie nazionali, lo diviene ancora di più se le controversie sono a livello internazionale. Il rischio di controversie transfrontaliere aumenta con la moltiplicazione delle transazioni transfrontaliere in materia di consumo e l'apparire di nuove tecniche di vendita e di prestazione di servizi”.*

¹¹⁸ Così si legge nella Comunicazione della Commissione sulla “risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”, COM (1998) 198 def.

Il che porta alla conclusione che *“nella maggior parte dei conflitti in materia di consumo, sia nazionali che transfrontalieri, il valore economico limitato della controversia rende eccessiva la durata della procedura giudiziaria e sproporzionati i suoi costi. Di fronte a tale situazione, numerosi consumatori rinunciano a far valere i propri diritti e subiscono semplicemente la loro violazione”*¹¹⁹.

Così, sebbene già nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 24 gennaio 1969, *“Rafforzamento della posizione del consumatore nel mercato comune”*, viene affrontato per la prima volta a livello comunitario il tema dell’esperibilità dei rimedi giustiziali, riconoscendo ai consumatori il *“ diritto al giusto risarcimento dei danni con procedure rapide, efficaci e poco costose”*, le iniziative comunitarie in materia di accesso alla giustizia, in particolare in favore dei consumatori, prendono l’abbrivio a partire dagli anni ’80 del secolo scorso.

Una prima comunicazione della Commissione sull’accesso dei consumatori alla giustizia è stata inviata al Consiglio sotto forma di memorandum il 4 gennaio 1985¹²⁰, seguita da una comunicazione "complementare" del 7 maggio 1987¹²¹.

Il Parlamento europeo si è espresso in materia con una Risoluzione del 13 marzo 1987¹²² alla quale il Consiglio ha risposto con la Risoluzione del 25 giugno 1987¹²³ dedicata esclusivamente all’accesso dei consumatori alla giustizia, nella quale invitava la Commissione a completare l’analisi tenendo conto dell’allargamento della Comunità.

¹¹⁹ Si tratta ancora della Comunicazione COM(1998) 198 def. citata nella nota precedente. Più di recente l’indagine *Consumer empowerment*, Eurobarometro n. 242, 2010, ha rilevato che nel 2010 più di un cittadino europeo su cinque ha incontrato un problema con un prodotto o un servizio per il quale riteneva giustificato un reclamo. È stato stimato che il danno totale subito dai consumatori europei ammontava allo 0,4% circa del PIL dell’UE14. Molti problemi incontrati dai consumatori con i commercianti non trovano soluzione semplicemente perché il consumatore rinuncia a far valere le sue ragioni.

¹²⁰ COM(84) 692 def.

¹²¹ COM (87) 210 def.

¹²² GU n. C99 del 13 aprile 1987.

¹²³ 87/C 176/02 in GU n. C176 del 4 luglio 1987.

Inoltre la dimensione comunitaria del problema dell'accesso dei consumatori alla giustizia è stata segnalata nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 1992¹²⁴, nonché nella Risoluzione del Consiglio del 13 luglio 1992 relativa alle priorità future per lo sviluppo della politica di tutela dei consumatori¹²⁵.

Nel maggio 1992, sotto l'egida della presidenza dell'epoca e della Commissione, la "*III Conferenza europea sull'accesso dei consumatori alla giustizia*", svoltasi a Lisbona, ha riunito circa 300 esperti rappresentanti dei 12 Stati membri e di alcuni paesi dell'EFTA. Le conclusioni di questa riunione confermano le preoccupazioni circa il pericolo che i costi e le difficoltà di accesso alla giustizia possano risolversi per i consumatori in una negazione dei diritti loro riconosciuti dalla legge.

Con il **Libro Verde del 16 novembre del 1993 su "*L'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*"**¹²⁶ la Commissione effettua una ricognizione sulle procedure giurisdizionali dei singoli Stati membri, sugli strumenti che legittimano o possono legittimare gruppi o associazioni ad agire in giudizio e sulle procedure extragiudiziali destinate alle controversie in materia di consumo.

In particolare l'attenzione viene focalizzata sui seguenti aspetti:

- tutela dei diritti individuali;
- protezione degli interessi protettivi;
- assistenza alla consulenza legale e gratuito patrocinio;
- diritto comunitario;
- mezzi di ricorso;
- controversie transfrontaliere.

Il Libro verde, inoltre, suggerisce la creazione di Codici di Condotta sulla base di criteri minimi indicati dalla Commissione e di moduli

¹²⁴ GU n. C/094 del 13 aprile 1992.

¹²⁵ GU n. C/186 del 23 luglio 1992.

¹²⁶ COM (93)576 def. Del 16 novembre 1993.

uniformi in tutti gli Stati, al fine di migliorare il funzionamento e la trasparenza dei sistemi di conciliazione a cui possono essere devolute le controversie in materia di consumo.

Particolare attenzione, poi, è dedicata al ruolo di collegamento delle Associazioni dei Consumatori e delle federazioni di imprese, sia attraverso la promozione di moduli e codici, sia attraverso l'assistenza agli utenti nell'utilizzo degli stessi.

In seguito al Libro verde, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi dei consumatori¹²⁷ nonché una comunicazione riguardante un **Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno**¹²⁸.

Il Piano d'azione auspica un maggiore accesso dei consumatori alla giustizia, in particolare attraverso una serie di proposte, quali: l'aumento di sedi d'informazione e di consulenza e assistenza per i consumatori; la sperimentazione di procedure legali dedicate alle liti in materia di consumo davanti all'autorità giudiziaria ordinaria; l'istituzione di forme alternative di risoluzione delle controversie basate su strutture extragiudiziarie; il riconoscimento della legittimazione processuale delle associazioni dei consumatori.

Il Piano, inoltre, contiene un elenco dei criteri da seguire per poter trattare le controversie intracomunitarie attraverso una procedura non giurisdizionale¹²⁹:

1. imparzialità dell'istanza competente a trattare la controversia;
2. efficacia della procedura, da realizzare attraverso la predisposizione di modulistica semplice e chiara per la presentazione dei reclami;
3. adeguata pubblicità sull'esistenza e campo di applicazione della

¹²⁷ posizione comune del Consiglio relativa alle azioni inibitorie in materia di tutela degli interessi dei consumatori (CE n. 48/97 del 30 ottobre 1997) poi sfociata nella Direttiva 2009/22/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 aprile 2009 (GU n. L110/30 del 1 maggio 2009).

¹²⁸ COM(96)13 def. del 14 febbraio 1996.

¹²⁹ Si tratta, a ben vedere, di un nucleo sostanzialmente immutato di principi che verranno trasfusi nelle Raccomandazioni del 1998 e del 2001.

procedura, sulla durata massima e sui costi eventuali del procedimento per il consumatore, sui criteri cui deve attenersi la decisione e sul valore giuridico della stessa; 4 informazione per iscritto nella lingua comunitaria avente statuto di lingua ufficiale nello Stato di residenza dei litiganti sia della decisione che delle motivazioni adottate dalle parti se domiciliate in Paesi diversi; 5 rispetto della tutela garantita al consumatore delle leggi del Paese in cui ha la residenza abituale, conformemente alle disposizioni della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; 6 nessuna clausola contrattuale può impedire al consumatore di adire la giurisdizione competente per dirimere le controversie in sede giudiziaria.

Il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 14 novembre 1996¹³⁰ in ordine alla comunicazione sopra citata, condivide gli obiettivi del piano di azione e invita la Commissione ad elaborare altri lavori in materia.

Nella **Comunicazione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo del 30 marzo 1998** la Commissione passa al vaglio tre possibili vie attraverso cui migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia:

- la semplificazione ed il miglioramento delle procedure giudiziarie;
- il miglioramento della comunicazione tra gli operatori economici professionali ed i consumatori;
- lo sviluppo più incisivo delle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di consumo.

Da un punto di vista operativo la Commissione si concentra sulle ultime due, adottando:

1. Il Formulario europeo di reclamo dei consumatori;
2. La Raccomandazione riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo.

¹³⁰ Risoluzione n. A4-0355/96GU n. C 362 del 2 dicembre 1996.

Il primo strumento intende migliorare la comunicazione tra i consumatori e i professionisti coinvolti in modo tale da ottenere una risoluzione amichevole delle loro vertenze ed è finalizzato ad incoraggiare e agevolare la risoluzione dei conflitti in materia di consumo in una fase iniziale, in modo tale che le parti evitino gli inconvenienti causati dall'apertura di una procedura giudiziaria o anche extragiudiziale. Inoltre, nelle intenzioni della Commissione, nel caso in cui il dialogo tra il consumatore e l'operatore professionale non portasse ad una soluzione del problema, il formulario potrebbe essere utilizzato per avviare una procedura extragiudiziale.

Con la **Raccomandazione 98/257/CE**¹³¹, invece, la Commissione intende individuare i principi essenziali applicabili al funzionamento degli organi non giurisdizionali (“extragiudiziali” è la terminologia adottata dalla Raccomandazione) per la risoluzione delle controversie in materia di consumo¹³², con il duplice intento di contribuire ad un livello più elevato di protezione dei diritti dei consumatori e, al tempo stesso, introdurre un fattore di affidabilità e fiducia rispetto a tali procedure, promuovendone quindi l'utilizzo.

La Raccomandazione, quindi, enuncia i seguenti principi in materia di risoluzione delle controversie¹³³:

1. indipendenza;
2. trasparenza;
3. contraddittorio;
4. efficacia;

¹³¹ Indirizzata agli organi responsabili per la risoluzione delle controversie in materia di consumo e a qualunque persona fisica o giuridica responsabile per la creazione o il funzionamento di tali organismi nonché agli Stati membri, nella misura in cui essi vi partecipano.

¹³² Intendendosi come tali le “*procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione ... di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo*”, v. nono considerando della Raccomandazione.

¹³³ Per una disamina più approfondita si rimanda a J. Laffineur, *I principi consacrati dalla Raccomandazione del 30 marzo 1998: prime osservazioni critiche*, in *Documenti di Giustizia*, 2000, n. 5.

5. legalità;
6. libertà;
7. rappresentanza.

Successivamente, il Consiglio, nella sua risoluzione del 25 maggio 2000 relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo¹³⁴, rilevando che gli organi extragiudiziali che non rientrano nel campo di applicazione della raccomandazione 98/257/CE svolgono una funzione di grande utilità per i consumatori, invita la Commissione a sviluppare in cooperazione con gli Stati membri criteri comuni per la valutazione di tali organi, onde assicurarne la qualità, l'equità e l'efficienza.

L'importanza della fiducia nei meccanismi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie quale presupposto per la loro diffusione è stata ribadita anche in occasione del forum sul mercato interno organizzato congiuntamente dalla Commissione, dalla Presidenza francese e dal Parlamento europeo nel novembre 2000, nel corso del quale è stata più volte ribadita l'esigenza di implementare strumenti extragiudiziali per risolvere le controversie in alternativa alle procedure troppo lunghe e dispendiose dinanzi ai tribunali.

Con la Comunicazione *“ampliare l'accesso dei consumatori alla risoluzione delle controversie”*¹³⁵ del 4 aprile 2001 la Commissione cerca di rispondere a tali istanze, sulla scorta della premessa che *“il continuo sviluppo di nuove forme di prassi commerciali che interessano i consumatori, come ad esempio il commercio elettronico e il previsto aumento delle transazioni transfrontaliere, richiedono che ci si adoperi in modo particolare per suscitare la fiducia dei consumatori, assicurando in particolare un facile accesso a mezzi pratici, efficaci e poco costosi di riparazione, compreso l'accesso per via elettronica”*¹³⁶, e

¹³⁴ GU C 155 del 6 giugno 2000.

¹³⁵ COM(2001) 161 def., in GU L109 del 19 aprile 2001.

¹³⁶ Considerando (2). In merito all'utilizzo delle nuove tecnologie al fine di arricchire gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, la Comunicazione preconizza che *“le tecnologie della comunicazione che si stanno sviluppando dovranno*

della circostanza che la raccomandazione 98/257/CE in realtà “è limitata a procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione. Essa non riguarda procedure che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso”¹³⁷.

Pertanto, la **Raccomandazione 2001/310/CE** si rivolge agli “*organi terzi responsabili delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo*”, con esclusione dei “*meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti da un'azienda e espletati direttamente con il consumatore o ai meccanismi che assicurano tali servizi gestiti da o per conto di un'azienda*”.

A parte l'utilizzo non appropriato¹³⁸, da un punto di vista della teoria della mediazione, del verbo “convincere”, in quanto evocativo di un ruolo che in realtà non appartiene al mediatore (neppure in ottica valutativa), l'intenzione dichiarata è quella di dare copertura alle numerose tipologie di ADR non aggiudicative lasciate fuori dall'ambito di applicazione della precedente Raccomandazione.

Pertanto, riprendendo in buona parte quanto già pronunciato dalla Raccomandazione 98/257, la Commissione enuncia i seguenti principi in materia di risoluzione delle controversie attraverso procedure non aggiudicative:

svolgere un ruolo significativo nel fornire sia ai consumatori che alle aziende gli strumenti per risolvere una controversia, soprattutto laddove le parti risiedono in diversi ambiti giurisdizionali ... La tecnologia avrà quindi un ruolo crescente onde agevolare la composizione delle controversie e dovrebbe mirare a provvedere una alternativa attendibile al ricorso ai tribunali”.

¹³⁷ Considerando (3).

¹³⁸ Che tuttavia per una volta non è frutto di una cattiva traduzione, in quanto sia la versione inglese (*convince*) che quella francese (*convaincre*) incorrono nel medesimo errore.

Imparzialità, che deve essere garantita, in particolare, assicurando che i responsabili della procedura siano designati a tempo determinato e che non possano essere rimossi dalle loro mansioni senza giusta causa; che non si trovino in situazione di conflitto di interessi apparente o reale con nessuna delle parti; che forniscano informazioni sulla loro imparzialità e competenza ad entrambe le parti prima dell'inizio della procedura;

Trasparenza della procedura, in particolare fornendo comunicazione scritta a qualunque soggetto che lo richieda, delle seguenti informazioni: i) il modo in cui funziona la procedura e le tipologie di controversie che può trattare; ii) le regole relative alla procedura e il costo eventuale della procedura per le parti; iii) il calendario applicabile; iv) le norme sostanziale applicabili; v) la natura giuridica della soluzione concordata.

Devono essere, inoltre, rese pubblicamente disponibili informazioni circa il numero di controversie sottoposte, il tempo necessario per la soluzione, eventuali problematicità riscontrate;

Efficacia della procedura, che nell'ottica della Raccomandazione va assicurata grazie a procedure facilmente accessibili, anche tramite mezzi elettronici, e fornite ai consumatori gratuitamente o a costi moderati. Inoltre deve essere garantita alle parti la possibilità di accedere alla procedura senza necessità di assistenza legale, ma neanche può escludersi una tale facoltà per il consumatore. La trattazione della controversia deve avvenire nel più breve tempo possibile, evitando l'inutile prolungamento della procedura qualora dall'esame della condotta delle parti dovesse emergere l'inopportunità di proseguire nella negoziazione.

Equità, al fine di riequilibrare la forza negoziale delle parti, delle quali l'una, il consumatore, probabilmente, paga il prezzo di una minore conoscenza delle norme e dei propri diritti. In tale ottica perequatrice, allora, le parti sono informate del diritto di rifiutarsi di partecipare o di ritirarsi in ogni momento, nonché della possibilità di esprimere

liberamente le rispettive posizioni e le informazioni su base confidenziale. Prima della formalizzazione dell'accordo le parti devono avere tempo ragionevole per esaminare la soluzione ed il consumatore deve essere informato, in linguaggio chiaro e comprensibile, sulla propria libertà di scelta se accettare o meno la soluzione prospettata. Allo stesso tempo il consumatore deve essere reso consapevole del fatto che la soluzione potrebbe essere meno vantaggiosa di quella ottenibile in giudizio, così come del diritto di ricorrere all'avviso di fonte indipendente e dello status giuridico di soluzione consensuale dell'eventuale accordo conciliativo.

A questo punto la legislazione comunitaria in materia di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo può ritenersi ormai completa, essendo ormai chiari i principi ed i criteri che dovranno ispirare gli interventi futuri.

Così nell'ultimo decennio l'esigenza di promuovere all'interno dell'Unione Europea l'accesso alla giustizia dei consumatori è venuto a coincidere con quello di favorire lo sviluppo del mercato comunitario e degli scambi transnazionali favoriti dalla diffusione delle nuove tecnologie: da un lato, quindi, la constatazione che *“quando insorgono controversie transfrontaliere non è sempre possibile né economico per i consumatori e per le imprese adire le tradizionali vie legali”*¹³⁹ e che ciò rappresenta un ostacolo allo sviluppo del commercio elettronico e transfrontaliero; dall'altro, il riaffermarsi delle procedure alternative di risoluzione delle controversie come efficace strumento di tutela, specie in favore dei consumatori, tanto da trovare cittadinanza nel Trattato di Lisbona¹⁴⁰.

Nel Rapporto al Presidente della Commissione Europea *"A new Strategy for the Single Market – At the service of Europe's economy*

¹³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni *“Strategia della politica dei consumatori 2002-2006”* del 7 maggio 2002, COM(2002) 208 def., con la quale la Commissione si impegna anche a promuovere lo sviluppo di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie su scala dell'UE, in particolare sistemi on line.

¹⁴⁰ V. art. 67 e 81 TFUE.

and society" del 9 maggio 2010, Mario Monti evidenzia come lo sviluppo del mercato unico passi necessariamente da un rinnovato slancio delle politiche a favore del benessere dei consumatori¹⁴¹, in particolare con il potenziamento di metodi alternativi di risoluzione delle controversie. *“Europe should thus move forward in the creation of its own model of collective redress mechanism, while at the same time avoiding the US style class action model Action at EU level to promote both in-court and out-of court resolution (ADR) of mass claims, would increase the confidence of consumers in the single market, increase cross-border transactions and stimulate competition between businesses. This should be introduced as a priority for electronic commerce”*.

Con la **Risoluzione del 20 maggio 2010** sulla creazione di un mercato unico per i consumatori e i cittadini¹⁴², il Parlamento europeo elenca alcuni dei problemi più ovvi incontrati dai consumatori che devono essere affrontati in via prioritaria al fine di conseguire risultati rapidi: 1) l'accesso a prodotti sicuri e servizi di qualità; 2) l'accesso a informazioni affidabili, confrontabili e obiettive, tra cui i confronti tra prezzi; 3) maggiore certezza giuridica e chiarezza delle relazioni contrattuali; 4) maggiore sicurezza dei pagamenti; 5) accesso a sistemi di ricorso adeguati, abordabili ed efficaci; 6) migliore conoscenza del sistema e rafforzamento della fiducia in esso, esprimendo altresì rammarico per il fatto che *“malgrado le raccomandazioni della Commissione, i meccanismi alternativi di risoluzione dei conflitti non siano ancora stati posti in essere correttamente o non funzionino in modo soddisfacente”*.

¹⁴¹ Si legge a pag. 41 del Rapporto: *“consumers and consumer welfare should be at the centre of the next stage of the single market. A stronger consumer focus would mean a renewed attention to market integration and competition, an enhanced corpus of rights, protections and means of redress and a greater access to basic services. A number of actions discussed elsewhere in this Report contributes to consumer welfare in the single market, such as access to services of general interest, energy consumption through smart metering, integration of consumers concern in market monitoring exercises, enhanced ADR and better enforcement”*.

¹⁴² 2010/2011(INI).

Nella comunicazione del 13 aprile 2011 intitolata “*L’Atto per il mercato unico - Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia «Insieme per una nuova crescita»*”¹⁴³, la Commissione ha identificato la legislazione sulla risoluzione alternativa delle controversie (ADR) che include il commercio elettronico nel novero delle dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato unico¹⁴⁴.

Nel giugno del 2011 la Direzione generale per le politiche interne del Parlamento europeo ha pubblicato uno studio dal titolo “*Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union*”¹⁴⁵. Il documento presenta i risultati della ricerca condotta al fine di fornire una ricognizione sui procedimenti di ADR presenti nei 27 Stati membri, ma anche una valutazione circa il funzionamento dei meccanismi esistenti di risoluzione delle controversie transfrontaliere (FIN-NET, EECs – European Consumers Centers, SOLVIT) e in ordine all’impatto della legislazione più recente (Regolamento n. 861/2007 sulle procedure per gli *small claims*, Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale e Direttiva 2009/22/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori) nell’ottica di favorire il ricorso a meccanismi transfrontalieri di risoluzione alternativa delle controversie. Le conclusioni dell’analisi conducono a ritenere necessari ulteriori interventi legislativi al fine di eliminare le barriere ancora esistenti per un effettivo sviluppo dei meccanismi transfrontalieri di risoluzione delle controversie, prima fra tutte quella inerente al “*incomplete coverage across the EU*”¹⁴⁶.

¹⁴³ COM(2011) 206 def.

¹⁴⁴ Al paragrafo 2.4 viene individuata come “Azione chiave” la legislazione sulla composizione alternativa delle controversie. “*L’obiettivo – si legge – è garantire il ricorso a procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie capaci di favorire una soluzione facile, rapida e abbordabile per i consumatori nonché suscettibili di salvaguardare le relazioni tra le imprese e la loro clientela. Quest’azione comprenderà una voce per il commercio online*”.

¹⁴⁵ IP/A/IMCO/ST/2010.

¹⁴⁶ Cfr. paragrafo 5.2 del documento.

Nelle conclusioni del 23 ottobre 2011¹⁴⁷ il Consiglio europeo ha invitato il Parlamento europeo e il Consiglio ad adottare entro la fine del 2012 una prima serie di provvedimenti prioritari per conferire un nuovo slancio al mercato unico.

A distanza di poche settimane la Commissione presenta una duplice proposta legislativa¹⁴⁸, relativa ad una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (direttiva sull'ADR per i consumatori) e ad un regolamento sulla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori).

La proposta prende le mosse, oltre che dai documenti citati sin'ora, da numerosi studi¹⁴⁹ e occasioni di consultazione¹⁵⁰, dei quali si trova evidente traccia nel documento di valutazione di impatto, che, oltre ad essere eccezionalmente voluminoso, evidenzia una metodologia di approccio all'argomento decisamente innovativa. L'argomento, in effetti, viene affrontato in prospettiva eminentemente economica e statistica, addirittura procedendo ad una analisi del rapporto costi-benefici in chiave di valutazione del *break-even*¹⁵¹.

In sintesi, gli studi effettuati hanno evidenziato che una buona parte dei consumatori europei incontra problemi quando acquista beni e servizi sul mercato interno e che, sebbene la legislazione garantisca un

¹⁴⁷ EUCO 52/1/11 REV 1.

¹⁴⁸ COM(2011) 793 def. Del 29 novembre 2011.

¹⁴⁹ La Commissione ha realizzato vari studi sull'ADR, fra i quali "*Studi on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*" nel 2009, che effettua un'analisi approfondita degli organismi di ADR esistenti e del loro funzionamento in tutti gli Stati membri, lo studio "*Consumer redress in the EU: consumers' experiences, perceptions and opinions*", "*Assessment of the compliance costs including administrative costs/burdens on businesses linked to the use of Alternative Dispute Resolution (ADR)*" del 2011.

¹⁵⁰ Consultazione pubblica sull'utilizzo della risoluzione alternativa delle controversie (ADR) quale strumento per risolvere le controversie connesse ad operazioni commerciali e prassi nell'UE. Un ulteriore input è stato fornito in particolare da una consultazione di imprese svolta dai servizi della Commissione tra dicembre 2010 e gennaio 2011 attraverso l'*European business test panel* (Gruppo pilota di imprese europee) e da una consultazione di imprese effettuata tra marzo e maggio 2011 tramite la piattaforma per le inchieste sulle PMI.

¹⁵¹ Cfr. Annex XII: *The cost of non ADR- benefits for business*.

livello generalmente elevato di protezione del consumatore, i problemi dei consumatori spesso restano irrisolti¹⁵². Le statistiche segnalano che solo una piccola parte dei consumatori ha cercato e ottenuto di risolvere efficacemente questi problemi; si stima che, se disponessero di una ADR efficiente e trasparente per le loro controversie, i consumatori dell'UE potrebbero risparmiare circa 22,5 miliardi l'anno, pari allo 0,19% del PIL dell'UE. Questa cifra comprende soltanto i risparmi finanziari diretti, e non tiene conto di fattori meno tangibili che sono però altrettanto importanti ai fini di un buon funzionamento del mercato, quali il miglioramento della fiducia, dei rapporti con i clienti e della reputazione delle imprese.

A parere della Commissione l'efficacia delle procedure di risoluzione delle controversie è limitata a causa di quattro fattori principali, in ordine ai quali si richiede l'intervento della legislazione comunitaria, anche perché solo con un intervento coordinato ed esteso a tutti i paesi membri è possibile ottenere i risultati auspicati dalla UE.

Innanzitutto le lacune nella copertura ADR, per cui i consumatori europei non solo non possono contare sullo stesso livello di accesso ad organismi ADR di qualità in tutto il territorio dell'Unione, ma oltretutto, nonostante i 750 organismi ADR nazionali registrati, continuano ad esservi lacune sia geografiche che settoriali. Rileva la Commissione come *“dodici anni dopo le raccomandazioni della Commissione sui sistemi ADR per i consumatori, dall'analisi della situazione attuale risulta che le iniziative avviate unicamente a livello nazionale non hanno determinato una copertura sufficiente di ADR. Numerose carenze continuano a compromettere l'efficacia degli organismi ADR e di conseguenza non si dispone in modo sufficiente di*

¹⁵² Le perdite subite dai consumatori europei a causa di problemi connessi all'acquisto di beni o servizi ammontano secondo le stime allo 0,4% del PIL dell'UE. Questo comprende il pregiudizio subito dai consumatori europei in relazione agli acquisti transfrontalieri, che oscilla secondo le stime tra 500 milioni ed 1 miliardo di euro. Nel 2010 un consumatore dell'UE su cinque ha incontrato problemi nell'acquisto di beni o servizi nel mercato unico, il che ha determinato perdite finanziarie stimate allo 0,4% del PIL dell'UE.

un sistema ODR che funzioni correttamente e sia accessibile per le operazioni transfrontaliere di commercio elettronico. Per i suddetti motivi i consumatori europei non dispongono tutti dello stesso livello di accesso agli organismi ADR nell'UE” con la conseguenza che “se lo sviluppo dell'ADR è lasciato all'iniziativa esclusiva degli Stati membri, in taluni settori del mercato al dettaglio e in talune zone geografiche dell'UE continueranno a mancare organismi ADR di qualità”¹⁵³.

In secondo luogo la scarsa consapevolezza da parte dei consumatori circa l'esistenza e la efficacia di tali procedure. In tal senso la mancanza di informazioni dettagliate costituisce per i consumatori un notevole ostacolo all'utilizzo delle metodologie di ADR, anche a causa del fatto che le imprese raramente forniscono ai consumatori, al momento della vendita o successivamente, informazioni sull'organismo competente a trattare la loro controversia.

Un terzo fattore di ostacolo viene individuato nella qualità degli organismi che svolgono l'attività di risoluzione alternativa delle controversie, alla luce della considerazione che tali organismi non rispettano sempre principi fondamentali, come la trasparenza, l'imparzialità e l'efficacia, stabiliti dalle due raccomandazioni della Commissione del 1998 e del 2001.

Infine, l'insufficiente ricorso all'ODR per le controversie inerenti alle operazioni transfrontaliere di commercio elettronico. L'insufficiente copertura di meccanismi di ADR negli Stati membri di tutta l'UE, infatti, determina una mancanza di efficienza nella risoluzione delle controversie connesse a operazioni di commercio elettronico che, quindi, ne limita lo sviluppo¹⁵⁴.

¹⁵³ V. paragrafo 3 del documento di sintesi dell'impatto che accompagna la proposta, SEC(2011) 1409 def.

¹⁵⁴ Nel 2010 oltre la metà dei reclami ricevuti (56,3%) dall'ECC-Net riguardava operazioni nell'ambito del commercio elettronico, delle quali circa il 9% ha potuto essere trasmesso ad un organismo ADR in un altro Stato membro. Pochissimi tra gli organismi ADR esistenti offrono la possibilità di svolgere l'intero processo online. Trattando l'intero processo online si potrebbe risparmiare tempo e rendere più semplice la comunicazione tra le parti.

Da tali premesse discende che lo sviluppo insufficiente e frammentato dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie nell'Unione viene valutato come in contrasto con gli obiettivi del TFUE, poiché compromette o, quantomeno, ostacola il funzionamento del mercato interno, rende disomogenea la protezione dei consumatori europei e crea condizioni commerciali variabili per le imprese. Inoltre una simile situazione influisce negativamente sulla fiducia dei consumatori negli acquisti oltre confine¹⁵⁵.

A tal proposito si evidenzia come, malgrado la scarsa diffusione del commercio elettronico transfrontaliero, il mercato al dettaglio digitale è in rapida espansione all'interno degli Stati membri; di conseguenza strumenti semplici, poco costosi ed efficaci per la risoluzione extragiudiziale assumono rilevanza ancora maggiore al fine di incentivare i consumatori e i professionisti ad effettuare operazioni online oltre confine.

Tuttavia gli interventi a livello degli Stati membri non consentono di istituire una risoluzione delle controversie online a livello dell'UE che, come indicato nell'Agenda digitale, costituisce uno strumento essenziale di promozione del commercio elettronico.

Pertanto, sulla scorta di tali premesse, la proposta di direttiva individua come obiettivi generali: i) migliorare il funzionamento del mercato interno al dettaglio, incluso il mercato al dettaglio digitale; ii) assicurare un alto livello di protezione dei consumatori; iii) fornire ai consumatori e ai professionisti gli strumenti che consentono loro di risolvere le controversie in modo efficace.

L'analisi svolta dalla Commissione al fine di individuare le migliori strategie per il raggiungimento dei predetti obiettivi porta a concludere questi possono essere raggiunti in modo ottimale mediante strumenti distinti ma complementari, ovvero (1) una direttiva quadro che

¹⁵⁵ Nel corso delle varie consultazioni summenzionate, sia le imprese che i consumatori hanno confermato che la preoccupazione in merito a potenziali problemi di ricorsi in un altro Stato membro li scoraggia dal vendere e acquistare oltre confine.

garantisca che i consumatori possano presentare tutte le loro controversie nazionali e transfrontaliere ad organismi ADR di qualità, compresi i servizi online; che garantisca che essi ricevano informazioni sull'organismo ADR competente a trattare la loro controversia e che gli organismi ADR partecipino alle reti ADR settoriali esistenti nell'UE. Si tratta di uno strumento vincolante per gli Stati membri, che però lascia loro la scelta in merito alla forma e ai metodi (come "colmare le lacune") nonché (2) un regolamento che istituisce un sistema UE costituito da una piattaforma web direttamente accessibile ai consumatori, basata sugli organismi ADR nazionali e in grado di trattare online controversie transfrontaliere nell'ambito del commercio elettronico (ODR) e che definisce criteri comuni per il funzionamento della piattaforma web.

In merito alla proposta della Commissione hanno espresso il proprio parere sia il Garante europeo della protezione dei dati¹⁵⁶ sia il Comitato economico e sociale¹⁵⁷, quest'ultimo insistendo in particolare sulla necessità di garantire la qualità degli organismi di ADR (proponendo la creazione di un "marchio europeo di conformità")¹⁵⁸, nonché la formazione, la competenza e l'indipendenza¹⁵⁹ degli incaricati della procedura di risoluzione della controversia¹⁶⁰.

In base al protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹⁶¹, hanno presentato un parere motivato anche la prima camera dei Paesi Bassi¹⁶² ed il *Bundesrat* tedesco¹⁶³, ove si

¹⁵⁶ Parere 2012/C 136/01 del 12 gennaio 2012, in GU C136/1 dell'11 maggio 2012.

¹⁵⁷ Parere del 28 marzo 2012, in GU C 181 del 21.6.2012.

¹⁵⁸ V. paragrafo 1.3.

¹⁵⁹ A tal proposito il CESE ritiene "inaccettabile che il principio di indipendenza sia stato sostituito da un vago principio di imparzialità che ha un contenuto diverso e meno preciso, nonché una natura differente".

¹⁶⁰ Cfr. paragrafo 3.7.

¹⁶¹ In conformità dell'articolo 6 del protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, i parlamenti nazionali possono, entro un termine di otto settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo, inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritengono che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà.

¹⁶² La Prima Camera ritiene che le proposte siano incompatibili con il principio di

afferma che il progetto di atto legislativo non é conforme al principio di sussidiarietà.

Il 12 marzo 2013 il Parlamento europeo ha approvato¹⁶⁴ in prima lettura la proposta della Commissione, approntando però numerosi emendamenti ai due testi e producendo una superfetazione di considerando (che diventeranno ben 62 per il progetto di direttiva sull'ADR e 36 per quello di regolamento sull'ODR).

sussidiarietà, dato che non risulta sufficientemente motivata la necessità di procedere a un'armonizzazione in questo modo. Il parere della Prima Camera si fonda innanzitutto sul fatto che la proposta di direttiva obbliga gli Stati membri a iscrivere nel proprio ordinamento legislativo l'istituzione di un organismo incaricato della risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, garantendo loro un alto livello di protezione. Nei Paesi Bassi esiste già un valido sistema di composizione delle controversie, che non è ancorato nella legislazione, ma si fonda sull'autoregolamentazione e la cooperazione volontaria delle parti interessate. Rispetto ad altri Stati membri, si può affermare che tale sistema sia relativamente ben sviluppato. La buona volontà e l'autoregolamentazione hanno dimostrato la loro efficacia. La Camera non vede pertanto alcun motivo di iscrivere nell'ordinamento legislativo un sistema alternativo di composizione delle controversie. Essa ritiene che per raggiungere gli obiettivi fissati dalla Commissione europea sia sufficiente che la stessa Commissione adotti misure politiche prima di procedere all'eventuale presentazione di una proposta di direttiva. Per quanto concerne la proposta di direttiva sull'ADR dei consumatori, la Camera rileva che il testo sembra ignorare taluni aspetti del diritto internazionale privato che potrebbero manifestarsi, ad esempio, quando sia necessario determinare in quale Stato membro un organismo ADR dovrebbe o potrebbe pronunciarsi su una controversia. Con riferimento all'articolo 2 e all'articolo 5, paragrafo 2, della proposta di direttiva sull'ADR dei consumatori, la Camera fa osservare che la direttiva sarà applicabile alle controversie tra i consumatori non soltanto a livello transfrontaliero, ma anche a livello interno. La Camera ritiene altresì che il campo di applicazione vada oltre quanto necessario, ed esprime un'obiezione in materia di sussidiarietà anche a questo riguardo.

¹⁶³ Il *Bundesrat* ritiene opportuno limitare il campo di applicazione della direttiva proposta alle controversie transfrontaliere in quanto “*la proposta di direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie, nella misura in cui prevede anche per le controversie interne l'istituzione, il finanziamento e il controllo di un'infrastruttura capillare di organismi di risoluzione alternativa delle controversie, viola il principio di sussidiarietà in senso stretto. Per i motivi su indicati, l'estensione alle controversie interne non è necessaria per il funzionamento del mercato interno. Per le questioni puramente interne è sufficiente una regolamentazione della risoluzione extragiudiziale delle controversie da parte degli Stati membri. L'azione dell'UE comporta un valore aggiunto solo per le controversie transfrontaliere, in quanto l'organizzazione e la mediazione di procedure extragiudiziarie di risoluzione delle controversie in caso di controversie transfrontaliere possono essere assicurate meglio al livello superiore*”.

¹⁶⁴ L'esito della votazione è stato il seguente: per la direttiva 617 voti a favore, 51 contro e 5 astensioni, mentre per il regolamento 622 voti a favore, 24 contrari e 32 astensioni.

Quale che sarà la versione finale, l'impianto dei due provvedimenti dovrebbe rimanere sostanzialmente immutato.

Per quanto riguarda la Direttiva sull'ADR, essa si compone di cinque parti¹⁶⁵, dei quali il primo è dedicato alle disposizioni di carattere generale, a cominciare da quella dell'articolo 1, con cui si definisce l'oggetto della direttiva¹⁶⁶.

L'ambito di applicazione, specificato al successivo articolo 2, fa riferimento alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ivi incluse quelle di tipo aggiudicativo, nazionali e transfrontaliere, concernenti *obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione*, fatta salva una serie di esclusioni di cui ai commi successivi.

Le successive sezioni della direttiva riguardano i seguenti argomenti:

- Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR, ove, a parte la enunciazione di una serie di principi¹⁶⁷ applicabili alle procedure -che grosso modo ripetono quanto già statuito con le Raccomandazioni del 1998 e del 2001- la disposizione più significativa è senza dubbio quella che impegna gli Stati membri ad assicurare che le controversie oggetto della Direttiva “possano essere presentate a un organismo ADR che soddisfa i requisiti da essa stabiliti”.
- Informazione e cooperazione, per cui si prevedono obblighi informativi specifici a carico dei professionisti, nonché un più generale obbligo a carico degli organismi di pubblicazione di informazioni.

¹⁶⁵ Da notare la scomparsa della ripartizione in “capitoli” delle versioni precedenti.

¹⁶⁶ Articolo 1.1. *La presente direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole.*

¹⁶⁷ I principi sono: competenza, indipendenza e imparzialità (art. 6), trasparenza (art. 7), efficacia (art. 8), equità (art. 9), e quelli in qualche modo innovativi di libertà (art. 10) e legalità (art. 11). Da rimarcare che, come auspicato dal Comitato economico e sociale, l'indipendenza è ritornata nel novero dei principi applicabili alle procedure.

- Ruolo delle Autorità competenti e della Commissione, ove si prevede la designazione, in ogni Stato membro, di una o più Autorità (art. 18) con il compito di tenere l'elenco degli organismi di ADR che richiedono di esservi iscritti ai sensi dell'articolo 19 della Direttiva, valutando preventivamente il rispetto dei principi della Direttiva e della normativa nazionale di riferimento (art. 20.1). Ogni Autorità competente dovrà notificare l'elenco alla Commissione (art. 20.2) e mettere a disposizione del pubblico l'elenco consolidato degli organismi ADR realizzato dalla Commissione sul suo sito internet, fornendo un link al pertinente sito internet della Commissione (art. 20.5).

A sua volta la Commissione è chiamata ad elaborare e tenere aggiornato un elenco degli organismi ADR notificati, a mettere a disposizione tale elenco e i suoi aggiornamenti sul suo sito web e su un supporto durevole e a trasmetterlo alle autorità competenti e agli Stati membri (art. 20.4).

- Disposizioni finali, tra le quali merita menzione l'articolo 21 dedicato alle sanzioni¹⁶⁸.

Per ciò che concerne il Regolamento relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, lo scopo dichiarato dall'articolo 1 è quello di *“contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare della sua dimensione digitale, mettendo a disposizione una piattaforma ODR europea («piattaforma ODR») che agevola la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti”*.

A ben vedere, dunque, la “dimensione digitale” del regolamento attiene sia alla natura delle controversie, che devono scaturire da un rapporto

¹⁶⁸ Articolo 21. *Gli Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate in particolare conformemente all'articolo 13 e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.*

“virtuale” tra il professionista ed il consumatore, sia alla metodologia di risoluzione delle stesse, attraverso un meccanismo di ODR. Infatti l’ambito di applicazione delineato dall’articolo 2 conferma che il regolamento concerne la *“risoluzione extragiudiziale delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online tra un consumatore residente nell’Unione e un professionista stabilito nell’Unione attraverso l’intervento di un organismo ADR inserito in elenco a norma dell’articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/.../UE e che comporta l’utilizzo della piattaforma ODR”*.

Tale piattaforma, che rappresenta probabilmente la novità di maggior rilievo introdotta dal regolamento, consiste in un sito web interattivo¹⁶⁹ che offrirà un accesso elettronico e gratuito in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell’Unione e costituirà l’unico punto di accesso per i consumatori e i professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie in materia di vendite online.

La piattaforma ODR svolgerà innanzitutto funzioni attinenti alle singole procedure, quali:

- mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico che può essere compilato dalla parte ricorrente¹⁷⁰;
- informare del reclamo la parte convenuta;
- individuare l’organismo o gli organismi ADR competenti e trasmettere il reclamo all’organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi;
- proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all’organismo ADR di condurre online la

¹⁶⁹ Il regolamento affida alla Commissione la responsabilità della sua realizzazione e del successivo funzionamento (art. 5).

¹⁷⁰ Conformemente all’articolo 8 del regolamento, per presentare un reclamo alla piattaforma ODR la parte ricorrente compila il modulo di reclamo elettronico, che deve essere *“di agevole impiego e facilmente accessibile sulla piattaforma ODR”*. Ai sensi del comma 2, inoltre, *“le informazioni presentate dal consumatore devono essere sufficienti per determinare l’organismo ADR competente. Tali informazioni sono elencate nell’allegato del presente regolamento. La parte ricorrente può accludere documenti a sostegno del reclamo”*.

procedura di risoluzione della controversia mediante la piattaforma ODR;

- fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR;

- mettere a disposizione un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni di cui all'articolo 10, lettera c);

- mettere a disposizione un sistema di commenti (feedback) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia.

Tramite la piattaforma ODR, inoltre, verrà svolta anche una generale attività divulgativa, mediante la pubblicazione di:

- informazioni generali sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle controversie;

- informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva ADR che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento;

- una guida online sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR; informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri¹⁷¹;

¹⁷¹ Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento “*Ogni Stato membro designa un punto di contatto ODR e comunica il suo nome e le modalità di contatto alla Commissione. Gli Stati membri possono conferire la responsabilità per i punti di contatto ODR ai loro centri della rete di Centri europei dei consumatori, alle associazioni dei consumatori o a qualsiasi altro organismo. Ogni punto di contatto ODR dispone di almeno due assistenti ODR*”. La funzione principale dei punti di contatto sarà quella di fornire assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma ODR, in particolare mediante: i) la presentazione del reclamo e, se del caso, dei documenti pertinenti; ii) la trasmissione alle parti e agli organismi ADR di informazioni generali sui diritti dei consumatori relativi ai contratti di vendita e di servizi, che si applicano nello Stato membro del punto di contatto ODR che dispone dell'assistente ODR in questione; iii) la trasmissione di informazioni sul funzionamento della piattaforma ODR; iv) la trasmissione alle parti di spiegazioni sulle norme procedurali applicate dagli organismi ADR individuati; v) la trasmissione alla parte ricorrente di informazioni

- dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR

4. IL PANORAMA CONTINENTALE E IL MODELLO BRITANNICO: “NIENTE PROCESSO, SIAMO INGLESI”.

A questo punto della ricerca una indagine comparativa circa i modelli di recepimento della normativa comunitaria in materia di ADR in altri paesi europei può rivestire un certa utilità per poter esprimere una più ponderata valutazione circa la effettiva portata innovativa della direttiva 2008/52, concludendo così l'analisi della normativa comunitaria di cui ai paragrafi precedenti.

Ma allo stesso tempo l'esplorazione di modalità diverse di integrazione della disciplina comunitaria sulla mediazione con i substrati nazionali esistenti offre una valida opportunità per un confronto, in chiave comparativa, con le scelte del legislatore italiano, oggetto di disamina in prosieguo di trattazione.

In Francia, ad esempio, l'iniziativa comunitaria ha avuto sicuramente l'effetto di riaccendere l'interesse ed il dibattito su istituti di tradizione risalente, ma rispetto ai quali fino a quel momento all'entusiasmo sul piano teorico non era corrisposto un adeguato riscontro nei fatti.

E sì che nell'ordinamento francese moderno¹⁷² il codice di procedura civile del 1975 già prevedeva, all'articolo 21, che “*il entre dans la mission du juge de concilier le parties*”.

Con il decreto del 20 marzo 1978¹⁷³ vengono istituiti i *conciliateurs de justice*, ai quali è affidato il compito di facilitare il regolamento in via amichevole delle controversie vertenti in materia di diritti disponibili (art. 1).

sugli altri mezzi di ricorso se una controversia non può essere risolta tramite la piattaforma ODR.

¹⁷² Sulle origini dell'istituto del Juge de paix e sull'influenza che tale figura ha avuto nel continente a partire dalla fine del XVIII secolo si è accennato nel Capitolo I.

¹⁷³ Successivamente modificato dai decreti nn. 96-1091 del 13 dicembre 1996 e 2000-344 del 21 aprile 2000.

Il conciliatore, istituito con è un volontario nominato su proposta del giudice dal Primo Presidente della Corte d'Appello ma non è un magistrato.

La procedura, molto informale, prevede che ognuna delle parti può presentarsi dinanzi al conciliatore, che riceve i cittadini prevalentemente presso il municipio o presso il tribunale d'istanza (in ogni circoscrizione) o in altra sede pubblica, con una cadenza settimanale, accompagnata da una persona abilitata ad assisterla o a rappresentarla davanti al tribunale. Se è raggiunto l'accordo tra le parti, il conciliatore redige un verbale che, una volta sottoscritto dagli interessati, provvederà a depositare presso il tribunale. La redazione d'un verbale è obbligatoria quando la conciliazione ha per effetto la rinuncia ad un diritto¹⁷⁴.

Il conciliatore non ha i poteri del giudice per cui, se la conciliazione è rifiutata o se l'accordo non è eseguito, non ha alcun potere vincolante sulle parti. Per rendere vincolante l'accordo raggiunto, è possibile chiedere al giudice di dare forza esecutiva al verbale.

Tuttavia, come anticipato, le previsioni legislative non hanno ottenuto il seguito sperato nelle aule di tribunale¹⁷⁵.

Con la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995¹⁷⁶, al Titolo II, tra le disposizioni di procedura civile, è stata introdotta la disciplina de “*la conciliation et la médiation judiciaires*”, stabilendo che il giudice, col consenso delle parti, può nominare un terzo sia per lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, sia *une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties*.

¹⁷⁴ V. art. 9 del decreto.

¹⁷⁵ Cfr P. Bellet, *La conciliation en France*, in *Les conciliateurs, la conciliation*, cit. pp. 37 e ss.

¹⁷⁶ Loi n. 95- dell'8 febbraio 1995 relativa a “*l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*”.

Alle due disposizioni hanno fatto seguito ulteriori iniziative legislative, anche di recente approvazione, che richiamano la normativa in materia di conciliazione e di mediazione¹⁷⁷.

Così, quando si è trattato di recepire la Direttiva 2008/52/CE, il legislatore francese -che ha optato per una applicazione piena della stessa, e dunque anche alle controversie non transnazionali- si è trovato a dover operare su una stratificazione normativa non semplice da districare, tanto che l'ordinanza di recepimento n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, in applicazione della legge del 17 maggio 2011 di "*simplification et d'amélioration de la qualité du droit*", è arrivata dopo la scadenza del termine indicato dalla direttiva medesima e a seguito di un richiamo da parte delle istituzioni comunitarie¹⁷⁸.

In effetti è ragionevole ritenere che il ritardo non sia dipeso da difficoltà legate all'innesto di simili procedure all'interno dell'ordinamento francese sotto il profilo concettuale, stante la consolidata consuetudine legislativa in materia, bensì sotto quello più banalmente pratico, legato proprio alla esigenza di riportare l'intera disciplina a ricomposizione sistematica. In tale esercizio, tuttavia, il legislatore d'oltralpe ha deciso di non adottare (come in Italia) una legge organica, procedendo invece a modificare ed integrare le diverse fonti in materia (codice civile, codice di rito, leggi speciali etc.) alla luce delle indicazioni comunitarie.

Così, nel Code de procedure civile, sono rimaste le norme tese a regolare il rapporto delle procedure conciliative delegate con il

¹⁷⁷ Legge di riforma della prescrizione civile del 17 giugno 2008, articolo 37 legge n. 2010-1069 relativa all'esecuzione delle decisioni di giustizia, alle condizioni di esercizio di determinate professioni regolamentate e sugli esperti giudiziari, decreto n. 2010-1165 relativo alla conciliazione e alla procedura orale in materia civile, commerciale e sociale, decreto 1395-2010 relativo alla mediazione e all'attività giudiziaria in materia familiare.

¹⁷⁸ La lettera di messa in mora con la quale è stata avviata la procedura di infrazione risale al 22 luglio 2011. Analogo richiamo è stato notificato a Repubblica Ceca, Spagna, Cipro, Lussemburgo, Paesi Bassi, Finlandia, Slovacchia e Regno Unito.

processo, mentre la disciplina generale della mediazione¹⁷⁹ è rimasta appannaggio della l. n. 95-1995, con la quale sono state recepite in particolare le indicazioni comunitarie circa la riservatezza della procedura.

Inoltre, con il decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012, a fianco alla rinnovata disciplina della conciliazione¹⁸⁰ e della mediazione¹⁸¹ delegata dal giudice, è stata introdotto il Libro v del Codice di procedura civile, contenente la regolamentazione delle procedure di “risoluzione amichevole delle controversie”¹⁸², quali la *mediation conventionnelle*¹⁸³, la *conciliation conventionnelle*¹⁸⁴ e la c.d. procedura partecipativa.

L'impressione che se ne ricava, per la verità, è di un intervento alquanto scomposto (dettato probabilmente dalla fretta), che rispetto al quadro precedente non sembra introdurre novità di rilievo tali da far presagire un “*revirement*” rispetto alla stagnante situazione che i cultori della materia lamentavano rispetto al passato¹⁸⁵.

Anche in Spagna il recepimento della direttiva è avvenuto in ritardo - sebbene la legislazione preesistente fosse meno corposa rispetto alla

¹⁷⁹ Che l'art. 21 definisce come “*tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige*”.

¹⁸⁰ Art. 129-1. “*Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder deux mois. Elle peut être renouvelée*”.

¹⁸¹ Art. 131-1. “*Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose*”. Il successivo art. 131-3 fissa in tre mesi il termine iniziale della mediazione.

¹⁸² Art. 1528. *Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats.*

¹⁸³ Art. 1532 e ss.

¹⁸⁴ Art. 1536 e ss.

¹⁸⁵ Cfr. Y. Desdevises, *La médiation en France et la Directive 2008/52/CE du Parlement Européen net du Conseil du 21 mai 2008*, in N. Trocker, A. De Luca (a cura di), *La mediazione civile*, cit.

Francia¹⁸⁶ a seguito di un iter travagliato¹⁸⁶ e passando per una tappa di decretazione d'urgenza al fine di non incorrere nelle sanzioni comunitarie.

In vero la Ley 5/2012 *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* del 6 luglio 2012, che sostituisce abrogandolo il decreto reale del 5 marzo 2012 sulla medesima materia¹⁸⁷, risponde non solo ai doveri derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea¹⁸⁸, ma anche alle istanze di una maggiore diffusione della cultura e dell'istituto della mediazione, consacrate nella terza disposizione finale della l. 8 luglio 2005 n. 15¹⁸⁹ di modifica del codice civile e di procedura civile in materia di separazione e divorzio.

Nello stesso solco, d'altronde, il Piano Strategico per l'ammodernamento della Giustizia 2009-2012 presentato dal Ministero della giustizia spagnolo il 18 settembre 2009, propone tra le azioni da intraprendere le iniziative organizzative e legislative per un

¹⁸⁶ Il primo progetto di legge sulla mediazione civile e commerciale (*Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*) del Consiglio dei Ministri Spagnolo risale al 19 febbraio del 2010. Il progetto non è stato approvato dal Congresso, ma il parere obbligatorio espresso dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario ha evidenziato quanto la materia fosse di interesse per il mondo giudiziario e non solo. Un nuovo progetto è stato presentato l'8 aprile del 2011; rispetto al precedente l'articolato ha subito delle modifiche nonché la riduzione da 33 a 29 articoli, ai quali vanno aggiunte però le numerose disposizioni finali che intervenivano in ottica di coordinamento sulle diverse parti dei Codici civile e di rito, nonché della legge sul contenzioso amministrativo. Caduto il governo Zapatero nel dicembre 2011, il nuovo Primo Ministro spagnolo, Mariano Rajoi, all'indomani dell'insediamento ha confermato la ripresa del processo legislativo in materia di mediazione e di arbitrato. Il 5 marzo 2012 viene promulgato il *Real Decreto-ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ove in premessa si giustifica il ricorso alla decretazione d'urgenza "como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea".

¹⁸⁷ Per un commento sul decreto si rimanda a R. García Álvarez, *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.

¹⁸⁸ Cfr. V. Magro Servet, *La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7852, 2012.

¹⁸⁹ Disposición final tercera. *El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.*

progressivo sviluppo di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, con l'obiettivo "*de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como ultima ratio*".¹⁹⁰

Su tali premesse, risulta di facile comprensione la scelta del legislatore iberico di avvalersi della facoltà di estendere i dettami della direttiva 2008/52/CE anche ai rapporti che non superano le frontiere nazionali, approfittando così dell'occasione per dettare finalmente una disciplina organica ed unitaria della materia, che travalichi i confini della mediazione familiare¹⁹¹.

In effetti lo strumento della mediazione, sebbene fosse già presente nel Paese da diversi anni, aveva registrato una implementazione insoddisfacente, sia sotto il profilo qualitativo che della copertura territoriale. La potestà legislativa delle Comunità Autonome, infatti, aveva dato vita ad una pluralità di leggi sulla mediazione tutt'affatto omogenea e quasi esclusivamente incentrata sui rapporti in materia di diritto di famiglia¹⁹².

Fino alla emanazione del *Real Decreto-ley* 5/2012, la mediazione non era disciplinata espressamente dalla legislazione civile di carattere generale, ma le parti potevano comunque farvi ricorso richiedendo la

¹⁹⁰ Actuación 4.2.3: *Desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias*.

¹⁹¹ Nota C. Troisi, *La nuova disciplina della mediazione civile e commerciale in spagna: profili comparatistici*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, che "*in un sistema giuridico così disorganico, in cui anche la definizione stessa di mediazione è differente da legge a legge, il salto di qualità operato dalla Ley 5/2012 è stato non solo quello di regolamentare interamente la materia della mediazione civile e commerciale, ma anche di dare finalmente una definizione che non riguardasse solo ed esclusivamente la materia familiare*".

¹⁹² Con l'eccezione della Ley 15/2009 *de mediación en el ámbito del derecho privado* del 22 giugno 2009 della Comunidad Autónoma de Cataluña.

sospensione del procedimento (articolo 19 della legge di procedura civile)¹⁹³.

Probabilmente, alla luce dell'analisi del portato normativo, sicuramente l'intento di fornire un quadro unico e generale di riferimento per la materia rappresenta il tratto più innovativo ed importante della legge spagnola.

Venendo, allora, ai contenuti, il corposo preambolo della Ley enuncia i principi ispiratori della disciplina, primo fra tutti quello di assicurare una giustizia di qualità, capace di risolvere i diversi conflitti che sorgono in una società moderna e, al contempo, complessa. In questa direzione, allora, la mediazione “come formula di autocomposizione, è uno strumento efficace per la risoluzione delle controversie legali in cui il conflitto riguarda diritti disponibili. Come istituzione orientata alla pace giuridica, contribuisce a concepire i tribunali in questo settore del diritto come rimedio finale, nel caso non sia possibile comporre la situazione tramite la mera volontà delle parti, e può essere un abile coadiuvante per ridurre il carico di lavoro di quei tribunali, riducendo il loro intervento a quei casi in cui le parti in conflitto non sono state in grado di porre fine, con un accordo, alla controversia”.

Il modello di mediazione spagnola si basa sulla volontarietà e sulla libera scelta delle parti e sull'intervento attivo del mediatore, finalizzato a risolvere una controversia tra le parti stesse.

Le regole contenute nella legge valorizzano la flessibilità, il rispetto dell'autonomia delle parti, il fatto che la volontà recepita da un accordo

¹⁹³ **Artículo 19.** Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. 1. *Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.* 2. *Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.* 3. *Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.*

possa essere, se le parti lo desiderano, esternata in un atto pubblico avente efficacia.

Gli articoli della Ley sono ripartiti in cinque titoli.

Nel titolo I, dedicato alle Disposizioni generali, si disciplina l'ambito territoriale e materiale della norma¹⁹⁴, la sua applicazione ai conflitti transfrontalieri, gli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza¹⁹⁵, e la normativa sulle istituzioni di mediazione.

Il titolo II elenca i principi che reggono la mediazione, vale a dire: la scelta volontaria e libera (art. 6), il principio di imparzialità (art. 7), di neutralità (art. 8) e di riservatezza (art. 9). A questi principi si aggiungono le regole attinenti al comportamento delle parti in mediazione: il principio di buona fede e di rispetto reciproco così come il dovere di cooperare e sostenere il mediatore (art. 10).

Il Titolo III contiene le regole minime sullo status del mediatore, con la determinazione dei requisiti e dei principi della sua azione. Per garantire il principio di imparzialità sono illustrate le circostanze che il mediatore deve fare oggetto di comunicazione alle parti, in linea con il modello del Codice europeo di condotta dei mediatori.

Il Titolo IV disciplina il procedimento di mediazione, delineando una procedura informale, celere¹⁹⁶ e flessibile che permette alle parti coinvolte nella mediazione di fissarne liberamente le tappe fondamentali. Interessante la previsione, all'art. 19, di una "*sesión constitutiva*", nel corso della quale le parti devono confermare la propria

¹⁹⁴ Art. 2, co. 1.; il comma 2 del medesimo articolo stabilisce che la legge 5/12 non si applica alla mediazione penale, a quella con le amministrazioni pubbliche, alla mediazione in materia di lavoro e a quella del consumo.

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art. 4 la prescrizione e la decadenza dell'azione resta sospesa con l'instaurazione della procedura. Se entro 15 giorni dalla ricezione della domanda di mediazione non viene firmato il verbale della sessione costitutiva della procedura, il termine di prescrizione ricomincia a decorrere.

¹⁹⁶ Art. 20. Duración del procedimiento. *La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.*

volontà di partecipare alla mediazione e si dà atto degli elementi essenziali della procedura¹⁹⁷.

Infine, il titolo V stabilisce la procedura per l'esecuzione degli accordi e la formalizzazione del titolo esecutivo, che passa per la omologazione del tribunale, nel caso di mediazione endoprocessuale, ovvero tramite la concessione all'accordo della natura di atto pubblico da parte di un notaio, previa verifica del rispetto dei requisiti stabiliti dalla legge 5/2012 e della conformità al diritto¹⁹⁸.

Molto diverso è il quadro in Inghilterra e Galles¹⁹⁹, ove, come accennato trattando del sistema di *common law* e della suddivisione in fase di *pre-trial* e di *trial*, la stragrande maggioranza di procedimenti si chiude prima di arrivare in dibattimento per opera di un accordo tra le parti, il più delle volte di natura transattiva. Al punto da poter sostenere che nell'Inghilterra del XX secolo è il processo il vero metodo "alternativo" di risoluzione delle controversie.²⁰⁰

Per comprendere come ciò sia avvenuto occorre una brevissima escursione sulle caratteristiche salienti del sistema di giustizia inglese²⁰¹.

¹⁹⁷ Si tratta di: a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento. Della sessione si redige un verbale, che come rammentano sub ¹⁴² impedisce che i termini di prescrizione o decadenza ricomincino a decorrere.

¹⁹⁸ V. art. 25. Da notare che in entrambi i casi la norma cita "*las partes*", lasciando intendere che il legislatore spagnolo si possa essere conformato alle disposizioni comunitarie che, come visto, prevedono il consenso espresso della controparte rispetto ad una richiesta di rendere esecutivo l'accordo, con tutte le conseguenze che ne derivano.

¹⁹⁹ In Gran Bretagna esistono diversi ordinamenti in quanto anche Scozia ed Irlanda del Nord hanno una propria autonomia in materia.

²⁰⁰ Così Robert Turner, Senior Master della *Queen's Bench Division*, citato da K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, London, 2007, p. 15.

²⁰¹ Per approfondimenti si rinvia a N. Andrews, *Principles of Civil Procedure*, London, 1994.

In primis, i giudizi civili di primo grado si svolgono quasi esclusivamente, salvo rare eccezioni, dinanzi ad un giudice monocratico, dotato di notevole influenza soprattutto sotto il profilo dell'autorevolezza. Inoltre il sistema giudiziario si articola nella distinzione tra Corti superiori ed inferiori (quali le *Magistrates' Courts* e le *County Courts*), quest'ultime deputate a trattare le cause di minore rilevanza, e tra Corti ordinarie e straordinarie, per cui le seconde hanno competenza in specifiche materie²⁰². In base alla complessità della causa la procedura segue "binari" diversi²⁰³, strutturandosi in maniera più o meno articolata; ciò nonostante, i costi della procedura sono sempre molto alti, anche per controversie di modico valore, e le parti sono consapevoli del rischio di potersi ritrovare a rifonderli in favore dell'avversario in ossequio al criterio della soccombenza. Infine il dibattimento, come anticipato, è un evento molto raro, così come l'appello, scoraggiato dalla necessità per il ricorrente di ottenere dal giudice *a quo*, o dal giudice *ad quem*, la *permission to appeal*.

Sta di fatto che verso la fine del secolo scorso il sistema di Giustizia inglese denunciava evidenti falle, segnatamente in termini di lungaggine e costi della procedura.

Così, nel 1994, Lord Woolf, giudice della House of Lords, ricevette l'incarico di stilare un rapporto sullo stato della giustizia civile inglese. Il rapporto fu pubblicato in prima battuta nel giugno del 1995, come

²⁰² Le Corti straordinarie possono a loro volta essere distinte in tre tipologie: 1) le *Courts of Special Jurisdictions*, come i "Tribunali Industriali", *l'Employment Appeal Tribunal*, le "Corti Navali", il *Criminal Injuries Compensation Board*, etc.; 2) gli *Administrative Tribunals* come i "Tribunali per i Fondi Agricoli", i "Tribunali Fondiari", i "Tribunali del Servizio Sanitario Nazionale", i "Tribunali dell'Assicurazione Nazionale", i "Tribunali delle Locazioni", i "Tribunali dell'Immigrazione"; 3) i *Domestic Tribunals* o Tribunali per la giustizia interna ad ordini professionali ed associazioni e sindacati, come i "Tribunali di condotta dei medici", il "Tribunale disciplinare dei procuratori legali", il "Tribunale disciplinare forense" e il "Tribunale disciplinare delle *Trade Unions*". Cfr A. Miranda, *Le origine della mediazione nell'esperienza inglese*, in A. Pera, G. M. Riccio, *Mediazione e Conciliazione*, cit., p. 96.

²⁰³ *Small claims track*, *fast track* e *multi track*, ove questa è la procedura seguita per i casi più complessi.

Interim Report, e poi col titolo *Access to Justice* come *Final Report* nel luglio 1996.

La conclusione a cui arriva Lord Woolf é tutt'altro che incoraggiante: "*the process is too expensive, too slow and too complex...The result is inadequate access to justice and an inefficient and ineffective system*"²⁰⁴. Si manifesta, dunque, l'esigenza di deflazionare il carico delle Corti e di ridurre I costi della Giustizia, sia per I private cittadini che per il Paese.

L'obbiettivo principale, allora, diviene quello di semplificare le procedure, di renderle più rapide ed efficaci, e può essere perseguito solo scardinando il sistema in voga, incentrato su una procedura nella piena disponibilità delle parti e dei loro avvocati²⁰⁵.

L'idea è quella di riportare nelle mani del giudice il "*case management*", attraverso una serie di strumenti finalizzati a semplificare in ottica di efficienza i passaggi procedurali, favorendo la risoluzione in via amichevole e preventiva delle controversie.

Così nell'aprile del 1999 entrano in vigore le *Civil Procedure Rules* (CPR), che esordiscono con il c.d. *overriding objective*, cioè il principio formatore della norma, che può essere tradotto come segue: "*Queste norme sono un nuovo codice di procedura con l'obiettivo principale di consentire alla Corte di trattare le cause secondo giustizia*"²⁰⁶. Quindi il concetto di "*justly*", che va inteso nel senso più ampio del termine, in una accezione tipica dei sistemi di *common law* molto simile all'equità, è la chiave di lettura che consente, tra le altre cose, di punire le condotte che non rispondano ai principi di buona fede e correttezza

²⁰⁴ Lord Woolf, *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995, 4.

²⁰⁵ La pratica rendeva possibile l'abuso degli strumenti processuali, quali ad esempio la *discovery*, con fini dilatori o per ottenere migliori condizioni al tavolo della trattativa, oppure la prassi di lasciare alla parti la determinazione dei tempi procedurali, il che comportava le lungaggini, ma anche i costi eccessivi, delle procedure.

²⁰⁶ CPR 1.1.

anche con riferimento alla conduzione della procedura di risoluzione della controversia.

Altro concetto che assume fondamentale importanza è quello, già cennato, del (*active*)*case management*, e dunque del ruolo che viene attribuito al giudice nel corso di tutta la procedura, e non più solo nella fase dibattimentale (*trial*)²⁰⁷.

“*E’ fondamentale –avvertiva Lord Woolf nell’Interim Report- che la responsabilità della gestione del processo (il case management, appunto) si sposti dalle parti e dai loro difensori al giudice*”²⁰⁸, con l’obiettivo di incoraggiare le parti ad utilizzare una procure di mediazione²⁰⁹, ove opportuno, ma anche di impedire che il processo venga inutilmente rallentato, e, infine, che lo stesso si svolga nel rispetto dell’*overriding objective*²¹⁰.

Così in virtù della riforma del 1999 il giudice assume un ruolo attivo anche nella fase di pre-trial, che conduce tramite l’emissione di direttive (*directions*) nei confronti delle parti, scandendo i tempi procedurali tramite l’assegnazione di termini per i passaggi istruttori. Inoltre, il giudice ha la possibilità, d’ufficio o su richiesta delle parti, di sospendere il procedimento qualora la controversia si presti ad una soluzione più efficace tramite il ricorso alle ADR²¹¹, esercitando il generale potere di disporre lo “*stay*”, ovvero la sospensione della procedura o di parte di essa, in generale o fino ad una determinata data o evento²¹².

²⁰⁷ In argomento v. J. A. Jolowicz, *Il nuovo ruolo del giudice del “pre-trial” nel processo civile inglese*, in *Riv. Trim. Dir. proc. civ.*, 2002, 4, pp.1263 e ss.

²⁰⁸ Cfr. Lord Woolf, capitolo 4 dell’*Interim Report*, p. 18.

²⁰⁹ La CPR1.4(2) prevede che “*Active case management includes... (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court consider that appropriate and facilitating the use of such procedure*”.

²¹⁰ Cfr N. Andrews, *La “doppia elica” della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2010, pp. 529 e ss.

²¹¹ CPR 26.4.

²¹² Nel celebre *leading case* *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* il giudice dispose lo stay in quanto la causa innanzi alla Higt Court era stata intentata dopo il fallimento delle negoziazioni tra le parti, senza lo svolgimento di un tentativo di

Alla procedura giurisdizionale, dunque, viene ad affiancarsi la possibilità di ricorrere a procedure ADR *Court-attached* (o *annexed*), che prendono vita “*in the shadow of the judgement*”, ovvero a ridosso o nel corso di un procedimento giurisdizionale su invito del Giudice, o semplicemente in ossequio ai principi che lo infondono.

In ottica deflattiva, quindi, viene ad assumere un ruolo nodale il “*settlement*”, ovvero la chiusura della controversia mediante un accordo transattivo, che viene incoraggiato in tutti i modi²¹³. Per cui, il risultato a cui tende la riforma è quello di rendere il processo un *last resort*, dove approdare solo se la lite non ha trovato nessuna possibilità di componimento pre-processuale utilizzando gli strumenti messi a disposizione delle parti e del giudice dalle CPR a tal fine²¹⁴.

Si tratta, innanzitutto, dei *pre-action protocols*, ovvero di una sorta di “codici di condotta” approvati dallo *Head of Civil Justice* e recepiti in una *Practice Direction – Protocols*, volti a regolare il comportamento delle parti nella fase pre-processuale favorendo lo scambio di informazioni e la collaborazione, soprattutto al fine di facilitarne la conciliazione tramite un *settlement*. Di questa fase il giudice si preoccupa solo “retrospettivamente” e solo se la controversia viene portata in giudizio. Quando ciò si verifica, “*il giudice è pronto a valutare negativamente la condotta delle parti che non abbiano osservato la procedura prevista per i protocolli preprozessuali e dispone*

conciliazione, nonostante il contratto prevedesse, per l'appunto, una procedura ADR “multifase”. In *All ER*, 2002, 2, p 1041.

²¹³ Scrive Lord Woolf nel *Final Report*: “*My approach to civil justice is that disputes should, wherever possible, without litigation. Where litigation is unavoidable, it should be conducted with a view to encouraging settlement at the earliest possible stage*”. Lord Woolf, *Access to justice: Final Report*, sez. III, cap. 10, par.2.

²¹⁴ In questa prospettiva si pone anche il previsto *Allocation Questionnaire* che le parti devono compilare nella fase iniziale della procedura (*Rule 26.3 CPR*) per fornire al Giudice le informazioni necessarie per la allocation del procedimento sul binario procedurale più appropriato, ma anche sui passi fatti in ordine alla ricerca di un accordo transattivo; inoltre i legali devono confermare di aver compiutamente spiegato ai propri clienti il dovere di cercare una soluzione conciliativa.

*di ampi poteri discrezionali per sanzionare tale condotta a livello di regolamento delle spese di causa*²¹⁵.

Quello delle spese di causa è un aspetto spesso determinante nel sistema d'oltremarica, in virtù degli elevatissimi costi che, soprattutto nel caso degli *small claims*²¹⁶, superano di gran lunga il valore dell'oggetto della causa²¹⁷.

Ma è un problema non solo per le parti in causa, bensì per l'intero sistema, così che evitare il processo diviene una esigenza per il paese e, conseguentemente, un dovere per le parti, chiamate a dover in qualche modo giustificare il mancato assolvimento di tale dovere.

Lord Justice Jackson, nella sua *Review of Civil Litigation Costs* del dicembre 2009 indica la strada da seguire per facilitare la mediazione con intento deflattivo per il contenzioso giurisdizionale: “*What the court can and should do (in appropriate cases) is (a) to encourage mediation and point out its considerable benefits; (b) to direct the parties to meet and/or to discuss mediation; (c) to require an explanation from the party which declines to mediate, such explanation not to be revealed to the court until the conclusion of the case; and (d) to penalise in costs parties which have unreasonably refused to mediate*”²¹⁸.

È a questo punto diventa rilevante, ai fini della ricerca, analizzare in che modo si esplica questa responsabilità del giudice di “*incoraggiare le parti a utilizzare una procedura alternativa di risoluzione della controversia se considerato appropriato*” previsto dalla CPR 4.1(2)(e).

²¹⁵ N. Andrews, *op. ult. cit.*

²¹⁶ Secondo le statistiche del *Ministry of Justice* risalenti al 2010 le controversie di valore inferiore a 5.000 sterline rappresentano oltre il 70% delle cause presso le county courts. Proprio per affrontare questo tipo di controversie è stato istituito lo Small Claims Mediation Service, un servizio di mediazione che prevede una procedura molto informale, svolta telefonicamente nel 90% dei casi, alla quale le parti accedono senza legali. Ogni anno si rivolgono al Servizio migliaia di utenti, riuscendo a raggiungere un accordo in oltre il 70% di casi. Cfr. N. Andrews, *The duty to consider*, cit.

²¹⁷ Sui costi della giustizia inglese si rimanda alla monumentale opera di P. Hurst, *Civil Costs*, London, 2007.

²¹⁸ Sir Robert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs*, London, 2010, Cap. 36, par. 3.4.

Innanzitutto con l' "incoraggiamento", appunto, cioè con l'invito, previa sospensione del processo, a dirigersi verso una procedura di ADR. Questo invito, in alcune giurisdizioni, è stato consacrato in formule di rito, c.d. "ADR *Order*" ²¹⁹, con le quali si assegna alle parti un termine per individuare il terzo neutrale o il collegio per lo svolgimento della procedura, durante la quale le parti sono chiamate a prendere tutte le misure necessarie per il raggiungimento dell'accordo. In caso di fallimento del tentativo di trovare un *settlement*, le parti dovranno comunicare alla Corte le giustificazioni circa l'adeguatezza di tali misure²²⁰.

Un secondo strumento è rappresentato dalla possibilità, già citata, di emettere un ordine di *stay* per consentire il tentativo di conciliazione, sospendendo la procedura per il tempo necessario.

Vi è poi lo strumento, molto persuasivo per i motivi sopra accennati circa, della statuizione sulle spese del processo, che abbiamo accennato essere molto alti.

Allora, sebbene il criterio generale anche nel sistema inglese è quello per cui le spese seguono la soccombenza, la riforma ha ampliato le ipotesi di eccezione a tale regola, riconoscendo al giudice un certo margine di discrezionalità nel valutare la condotta delle parti ai fini della condanna sulle spese²²¹.

Tale valutazione, allora, può investire innanzitutto l'eventuale rifiuto ingiustificato di una proposta transattiva, indipendentemente se provenga dall'attore o dal convenuto e da prescindere dal non più

²¹⁹ Ad es. v. Admiralty and Commercial Court Guide, 2009, 1.3.

²²⁰ Nel *leading case* Halsey v. Milton Keynes General il giudice ordinò alle parti di informare la Corte circa "*what steps towards ADR have been taken and (without prejudice to matters of privilege) why such steps have failed*". Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ 576.

²²¹ I criteri di valutazione della condotta sono elencati nella CPR 44.3 e sono: (a) il comportamento prima e durante il procedimento, e in particolare fino al punto in cui le parti dovevano seguire i protocolli pre-processuali; (b) se è stato ragionevole per una parte tentare di sollevare un'eccezione o contestare allegazioni e documenti; (c) la modalità con cui le parti hanno fatto valere le loro ragioni, una prova determinante o un documento e hanno difeso i propri diritti; (d) se l'attore che ha vinto la causa in tutto in parte ha esagerato con le sue pretese.

necessario “*payment in to court*”, essendo ormai sufficiente la semplice offerta²²².

Ma può riguardare altresì l’atteggiamento tenuto dai contendenti rispetto all’avvio di una procedura di mediazione, e quindi partendo dal compensare le spese in caso di rifiuto ingiustificato da parte di entrambi²²³, può spingersi a condannare la parte vittoriosa a rimborsare le spese sostenute dall’altra.

In tal operazione le corti inglesi sono assistite dai criteri per valutare la ragionevolezza del rifiuto a conciliare al lite enucleati in occasione del citato case *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, ovvero: “*the nature of the dispute; the merit of the case, the extent to which other settlement methods have been attempted; whether the costs of the ADR would be disproportionately high; whether any delay in setting up and attending the ADR would be prejudicial; whether the ADR had a reasonable prospect of success*”.

²²² Cfr CPR 36. Sull’argomento si rimanda a N. Andrews, *The Modern Civil Process*, cit., n.10.15.

²²³ Come nel caso *McMillan Williams v. Range* (2004) EWCA Civ. 294

Andrea: *“Dev'essere bello fare il giudice... deve essere stupendo far trionfare la giustizia...”*

Philippe: *“Si tratta di far applicare la legge, che magari è un'altra cosa”.*

Tratto dal film *La grande bouffe* (1973) di Marco Ferreri

CAPITOLO III

La Mediazione in Italia. Profili ricognitivi e critici.

1. La stratificazione normativa e culturale: l'obbligatorietà era d'obbligo? 2. La legislazione in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali: *duty to consider* o dovere di conciliare? 3. La mediazione obbligatoria: cronaca di una morte annunciata? 4. La rivoluzione incompiuta: condannati all'ingiusta Giustizia?

1. LA STRATIFICAZIONE NORMATIVA E CULTURALE: L'OBBLIGATORIETÀ ERA D'OBBLIGO?

Agli occhi dei più il d. l. n. 28/2010 è apparso come un intervento di assoluta novità, quasi un colpo di mano occasionalmente sviluppatosi all'"ombra" della Direttiva comunitaria. All'improvviso, infatti, il grande pubblico dei professionisti del diritto si è ritrovata a maneggiare argomenti nuovi, di cui poco o niente si era sentito in passato.

In realtà, invece, sin dai primi anni '90 del secolo scorso si sono susseguite, a livello parlamentare e governativo, una molteplicità di proposte legislative, anche di un notevole livello di consapevolezza della materia, che, prendendo in prestito questo o quell'altro istituto tipico di ordinamenti stranieri (soprattutto il nordamericano), hanno avviato un intenso dibattito che ha anticipato molti dei temi poi ripresi dalla legislazione del 2010.

E in fatti, dopo un disegno governativo presentato dal ministro Mancuso nel 1995²²⁴ che poneva il giudice di pace al centro dell'attività conciliativa non contenziosa generale, le successive proposte rivolsero l'attenzione verso forme di conciliazioni non giurisdizionali o, al più, svolte parallelamente all'attività giudiziaria, sul modello delle *court-annexed procedures* statunitensi.

L'anno successivo, l'allora Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick, con decreto del 3 dicembre 1996, ha nominato un gruppo di esperti²²⁵ *"con il compito di procedere allo studio e alla elaborazione di soluzioni concrete sui sistemi di accesso alla giustizia, e di individuare efficaci strumenti non giurisdizionali di composizione delle controversie civili, predisponendo uno o più schemi di provvedimento legislativo"*.

Uno di questi esperti così descrive il panorama italiano della giustizia dell'epoca: *"E' molto difficile descrivere, in modo schematico, il modello organizzativo esistente nel nostro Paese. In linea di massima, dall'angolo prospettico dell'accesso alla giustizia possono individuarsi, senza alcuna pretesa di completezza, le seguenti caratteristiche: a) assenza, in generale, di «filtri» per il ricorso al giudice ordinario, siano essi rimessi ad organismi amministrativi ovvero ad organi giurisdizionali; b) assenza di procedure non giurisdizionali per la risoluzione dei conflitti, siano esse rimesse ad organismi amministrativi ovvero ad organi giurisdizionali; c) assenza di centri di informazione ed assistenza per controversie collegate a servizi e consumo; d) forte tendenza a definire in modo «contenzioso» le controversie civili, fenomeno verosimilmente da porre in relazione anche all'elevatissimo numero di avvocati presenti nel nostro Paese; e) su di un piano di più approfondita analisi, si nota altresì l'assenza di limitazioni per l'esercizio del potere di impugnazione, e l'assenza di «filtri» per l'accesso alla Corte di cassazione. Nessuna delle riforme*

²²⁴ D.d.l. 2814/c/XIII relativo. In precedenza merita menzione anche la commissione c.d. Fazzalari.

²²⁵ In particolare professori ordinari di diritto civile e processuale civile, magistrati ed avvocati.

varate dal Parlamento nella X Legislatura è idonea a sciogliere anche uno soltanto di questi nodi. Il modello italiano è e rimane quindi esageratamente «monolitico»; anche per la giustizia onoraria, nonostante il passaggio dal conciliatore al giudice di pace, non riesce che a proporre - in tono minore anche se su di un registro di crescente, pretesa «professionalità» - lo schema collaudato dalla magistratura togata: che è soprattutto schema processuale contenzioso, nel quale l'applicazione delle regole tecniche ha luogo ed opera di una sempre più vasta e specializzata categoria di professionisti legali. D'altra parte, tale categoria di professionisti non ha strumenti né «sedi» istituzionali per la gestione del contenzioso secondo modelli diversi da quello del ricorso al giudice ordinario, sia questi giudice professionale o giudice laico. In Italia, in forma sempre crescente, è avvertita l'esigenza di ricerca di modelli di autocomposizione dei conflitti, alternativi al ricorso al giudice ordinario»²²⁶.

Le proposte che provengono dal gruppo di esperti sono molteplici. Una prima soluzione prospettata è relativa ad un organismo conciliativo generale, collocato a latere di un organo giudiziario, "amministrato" da professionisti legali con il coinvolgimento di tecnici qualificati per i singoli contenziosi di settore, purché relativi a diritti disponibili. L'organismo di conciliazione stragiudiziale, comunque denominato, potrebbe avere la caratteristica di porsi come "filtro" obbligatorio per l'accesso al giudice togato, nel senso che, come avviene per taluni contenziosi specifici, il tentativo di conciliazione dovrebbe porsi come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Una prospettiva nuova è quella della conciliazione e arbitrato delegati dal giudice. La caratteristica del sistema sarebbe nel senso che, individuato il *thema decidendum* il giudice potrebbe invitare le parti a tentare la conciliazione dinanzi ad un terzo qualificato. Il terzo potrebbe essere nominativamente designato dal giudice, sulla base di

²²⁶ A. Mirone, *Il Ministero di Grazia e Giustizia: Idee per un progetto*, in *Impresa & Stato*, n. 40 .

un elenco tenuto dall'ufficio oppure scelto dalle parti di comune accordo o, ancora, individuato da un ente pubblico o privato (Camera di Commercio, Amministrazioni locali, associazioni di categoria, ecc.) secondo criteri prestabiliti.

Il procedimento di conciliazione si concluderebbe con un verbale avente valore di titolo esecutivo.

Una proposta di notevole impatto, poi, è quella di dare ingresso, in specifici settori, ad una sorta di arbitrato "istituzionalizzato" che interesserebbe il primo grado del giudizio di merito²²⁷.

Nel corso della XIII legislatura si registrano due proposte ed un disegno di legge in materia. La prima proposta, relativa a “*Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato*”²²⁸, primo firmatario on. Folena, propone l'istituzione di Camere di conciliazione presso tutti i Tribunali per la trattazione di tutte le controversie civili in materia di diritti disponibili, stabilendo altresì l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le cause tra professionisti, tra professionisti e consumatori e per quelle in materia di danno derivante dalla

²²⁷ *La individuazione degli interessi delle categorie e dei settori di intervento può articolarsi (in via provvisoria) tenendo conto: - degli interessi dei consumatori e dei risparmiatori: per questi interessi gli organismi naturali sono le Camere di Commercio; ad esse ci si potrebbe riferire anche in via legislativa, per provvedere a finanziamenti, esenzioni fiscali, ecc., fissando altresì limiti alle tariffe e ai costi della procedura, e l'osservanza dei principi fondamentali del processo; - degli interessi che fanno capo ai rapporti di locazione e di condominio; di essi potrebbero farsi carico le Camere arbitrali istituite ex lege presso le corti di appello o ai tribunali, eventualmente operando con sezioni distaccate nelle sedi degli ex mandamenti; - degli interessi che fanno capo alla lesione di diritti soggettivi derivante dalla circolazione dei veicoli; anche questi possono confluire sulle Camere arbitrali da istituirsi presso Tribunali o Corti di appello. La via legislativa per ottenere questo risultato potrebbe essere duplice: o può passare attraverso le clausole arbitrali inserite ex lege nei contratti concernenti i rapporti sopra individuati; si verserebbe in una sorta di arbitrato obbligatorio, che differisce tuttavia dalle ipotesi a suo tempo censurate dalla corte costituzionale sia perché, assicurandosi ex lege un doppio grado di giurisdizione ordinaria successivo al primo grado stragiudiziale, non si viola il principio del giudice naturale, sia perché prevedendo il provvedimento legislativo l'osservanza nelle procedure delle elementari regole della difesa, non si sacrificerebbe il portatore "debole" degli interessi individuati; oppure, attraverso la distribuzione diretta della competenza; in tal caso, non si violerebbe il divieto di istituzione di giudici speciali, in quanto il doppio grado di giurisdizione ordinaria successivo al primo grado stragiudiziale ricondurrebbe la controversia nell'alveo della giustizia togata.*

²²⁸ Proposta di legge del 17 febbraio 1998, n. 4567.

circolazione dei veicoli e natanti di valore inferiore ai cinquanta milioni di lire. La seconda proposta, riguardante “*Disposizioni per la deflazione del contenzioso e per l’abbreviazione dei tempi del processo civile*”²²⁹, a firma dell’on. Bonito ed altri, prospetta la modifica dell’art. 185 del C.p.c., riconoscendo un ruolo più attivo del Giudice istruttore ai fini della conciliazione della lite.

Il disegno di legge n. 7185, presentato dal Ministro della Giustizia Fassino²³⁰ il 7 luglio 2000, reca “*Norme in materia di accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversie e per l’abbreviazione dei tempi del processo civile*” e, sulla scia delle precedenti proposte di legge, si pone l’obiettivo di “costituire la cornice entro la quale tali iniziative legislative si possono integrare ed armonizzare tra loro come tessere del più ampio mosaico di una nuova modalità di esplicazione della giustizia civile”. Le linee ispiratrici di tale progetto possono così sintetizzarsi: incentivare la composizione autodeterminata dei conflitti, non solo come mezzo per pervenire ad una deflazione del contenzioso civile, ma anche, e soprattutto, come strumento di allargamento dell’area della tutela offerta ai diritti dei cittadini; strutturare una rete informativa che garantisca la possibilità di una consapevole valutazione delle diverse modalità di risoluzione dei

²²⁹ La Proposta di legge del 20 maggio 1999, n. 6052/C, prevede in particolare la seguente formulazione dell’art. 185. (Tentativo di conciliazione). *Il tentativo di conciliazione può essere effettuato in qualunque momento dell’istruzione. Il giudice ha sempre la facoltà di sentire le parti separatamente al fine di tentare la conciliazione. Ciascuna parte deve indicare le condizioni alle quali è disposto a conciliare. L’inosservanza dell’obbligo di cui al terzo comma e le posizioni espresse dalle parti sono valutate in sede di decisione sulle spese del processo ed anche ai sensi dell’articolo 96. Il giudice, in deroga all’articolo 92, esamina comparativamente le posizioni assunte dalle parti anche negli atti difensivi precedenti e valuta il contenuto della sentenza che chiude il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente. Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale.*

²³⁰ Di concerto con il ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica (Visco) con il Ministro dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato e del Commercio con l’Estero (Letta) e con il ministro delle Finanze (Del Turco).

conflitti, sia di fronte ad organi giurisdizionali che ad altri organismi; apprestare, nell'ambito della giurisdizione, strumenti che consentano una più rapida ed incisiva attuazione dei diritti, accanto a percorsi semplificati di fuoriuscita dal binario obbligato della definizione giudiziale del conflitto. Il progetto si compone di tre capi: il capo I contiene un complesso di norme diretto a creare un sistema di promozione dell'accesso alla giustizia e della risoluzione consensuale delle controversie al di fuori del processo; il capo II si propone, oltre che di incentivare la conciliazione all'interno del processo, di introdurre alcune disposizioni rivolte ad agevolare una più sollecita definizione del processo e l'impiego più razionale ed economico possibile delle risorse giudiziali disponibili; il capo III, infine, si articola nelle norme che regolano la disciplina dei giudizi in corso e che definiscono la copertura finanziaria del provvedimento²³¹.

Rispetto alla proposta Folena, tuttavia, il progetto esclude decisamente la previsione di forme di conciliazione obbligatorie sulla scorta delle seguenti osservazioni: *“in primo luogo è sembrato che tali procedimenti intanto hanno concrete possibilità di concludersi con l'accordo o con l'accettazione delle parti in quanto siano queste ultime liberamente ad adirli. Le stesse locuzioni «conciliazione obbligatoria» e «tentativo obbligatorio di conciliazione» portano in sé una contraddizione logica fra la volontarietà della conciliazione e la coercitività del procedimento. Del resto l'esperienza sinora praticata in Italia non ha dato in larga parte esiti felici e si è risolta spesso in un rituale burocratico da esperire prima della proposizione del giudizio. In secondo luogo la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ristretto la possibilità di introdurre tentativi obbligatori preliminari in relazione alla concreta valutazione della utilità del procedimento e quindi della sua inconfigurabilità come ostacolo alla libera ed immediata possibilità di adire il giudice. Ciò comporta che debbano*

²³¹ Sul punto cfr. C. Besso, in *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 25.

essere valutate le possibilità di successo del tentativo di conciliazione, sia con riferimento alla materia rispetto alla quale è previsto, sia con riferimento alla istituzione o all'ente cui è devoluto l'esperimento del tentativo. Ora, per quanto riguarda le controversie relative al risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione stradale un procedimento di conciliazione non è seriamente praticabile senza un riscontro delle prove su cui si dovrebbe fondare la domanda di risarcimento. Sarebbe quindi necessario prevedere che nel corso del procedimento si compia una sia pure sommaria attività istruttoria che consenta alle parti e al conciliatore di ragionare su ipotesi concrete e verificabili di accertamento della responsabilità e di liquidazione del danno. Ma prevedere che un tale tipo di procedimento sia preliminare al giudizio e obbligatorio significherebbe appesantire (eccessivamente) i tempi di proposizione dell'azione e scoraggiare presumibilmente forme spontanee ed immediate di contatto fra le parti. Inoltre inevitabilmente le parti vedrebbero tale procedimento come una prima fase del giudizio. Sembra quindi più opportuno che un tale procedimento si svolga per volontà delle parti. Per quanto riguarda le controversie fra professionisti (nell'accezione comunitaria di professionnels) e fra professionisti e consumatori l'ampiezza delle materie che verrebbero coinvolte fa ritenere che non sarebbero rispettati i parametri di costituzionalità sopra richiamati. Né d'altra parte appare possibile ritenere che le camere di commercio possano essere in grado di organizzare un servizio in grado di reggere a tale impatto quantitativo. Un secondo punto di divergenza riguarda l'obbligo delle parti di esplicitare a verbale, in caso di mancato accordo, le proprie proposte transattive e la possibilità per il giudice di valutare tali proposte al momento della decisione sulla sorte delle spese processuali. Si è ritenuto, infatti, che una formalizzazione delle posizioni delle parti in un contesto estraneo al processo possa inficiare la riservatezza e la spontaneità del procedimento di conciliazione, caratteristiche che sono alla base della sua riuscita”.

Quanto appena illustrato offre diversi spunti di interesse che ritroveremo più avanti, in corso di approfondimento circa i motivi di insoddisfazione verso il d. l.vo n. 28/2010.

Nel corso della XIV Legislatura le proposte si rincorrono a ritmo che potremmo definire frenetico. Il 6 giugno 2001 una nuova proposta²³² a firma Bonito e altri prevede nuovamente l'introduzione dell'obbligatorietà (si parla di funzione di "filtro obbligatorio" per gli organismi di conciliazione) per le medesime ipotesi della proposta Folena (professionisti, professionisti e consumatori, danno da circolazione veicoli e natanti, valore non superiore ai 50 milioni di lire), oltre a due tipologie di conciliazione facoltativa, quella dinanzi alle Camere di conciliazione istituite presso i tribunali dagli ordini forensi e quelle svolte da organismi pubblici e privati diversi dalle prime.

Interessante notare che nel caso di conciliazione presso le camere di conciliazione dei tribunali la procedura prevede che se il tentativo fallisce il conciliatore debba formulare una proposta di conciliazione (art. 5) e che le posizioni assunte dalle parti dinanzi al conciliatore siano successivamente valutate ai fini della liquidazione delle spese (art. 6, comma 3).

La proposta, poi, con una evidente accondiscendenza ai sistemi di *common law*, ipotizza la possibilità per il giudice di "delegare" sia la conciliazione che l'arbitrato (v. art. 11, commi 1 e 2 rispettivamente). In quest'ultimo caso si prevede che all'esito della procedura arbitrale, qualora la soluzione non sia ritenuta soddisfacente, ciascuna parte può chiedere la prosecuzione del processo con una semplice dichiarazione di non accettare il lodo, da depositare presso la cancelleria del giudice a quo entro dieci giorni dalla comunicazione del lodo stesso.

La proposta di legge del 5 marzo 2002 n. 2463, primo firmatario On. Sergio Cola, recante "*Norme per la promozione della conciliazione*

²³² Progetto di Legge 6 giugno 2001, n. 541, "*Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato*", presentata il 6 giugno 2001 su iniziativa dei deputati Bonito, Leoni, Carboni, Kessler, Finocchiaro, Lucidi, Grillini, Crucianelli, Siniscalchi.

stragiudiziale professionale”, partendo dall’analisi di quelli che vengono ritenuti gli ostacoli per lo sviluppo della conciliazione in Italia (di ordine culturale, e di natura tecnica) propone quale soluzione la promozione della conoscenza e dell’uso della conciliazione stragiudiziale professionale, offerta da organismi privati qualificati (sulle caratteristiche dei quali la proposta si dilunga in maniera meticolosa), iscritti in un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia. L’approccio suggerito, inoltre, punta sull’obbligo in capo agli avvocati di informare i propri assistiti delle “*possibilità conciliative della controversia*” prima della proposizione del giudizio²³³, nonché sulla opportunità per il giudice “*qualora ritenga che vi siano gli estremi per il successo di una conciliazione stragiudiziale*” di invitare le parti a rivolgersi ad un organismo di conciliazione²³⁴, escludendo qualsiasi ipotesi di obbligatorietà.

Quasi in contrapposizione con la proposta appena illustrata, a distanza di pochi giorni viene presentata un'altra proposta, a firma dell'on. Fragalà²³⁵, con la quale si rimarca il ruolo dell’avvocatura nell’offerta di servizi di risoluzione alternativa delle controversie, e dunque si ripropone l’istituzione delle Camere di conciliazione presso i Tribunali. Anche nella proposta dell’on. Mazzoni²³⁶ del 19 giugno 2002 sulla “Disciplina della risoluzione consensuale e negoziale delle controversie civili” l’attenzione è focalizzata su una procedura esclusivamente volontaria, da svolgere presso le “associazioni” iscritte nel registro da istituire a cura del Ministero della Giustizia. In punto di procedura si prevede che il conciliatore formuli una o più proposte di accordo, e in caso di mancato accordo, una “raccomandazione ... in ordine alla soluzione del conflitto e le valutazioni delle parti”. Si conferma, inoltre, l’obbligo di informativa per i difensori.

²³³ V. art. 14 del progetto di legge.

²³⁴ V. art. 15 del progetto di legge.

²³⁵ Proposta di legge n. 2538 presentata il 19 marzo 2002.

²³⁶ Proposta di legge n. 2877 presentata il 19 giugno 2002.

Nel frattempo, con l'art. 12, comma 4 della legge 3 ottobre 2001, n. 366²³⁷, il Governo riceve la delega a “*prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia*”.

L'invito si concretizza nel d. l.vo n. 5 del 17 gennaio 2003²³⁸, "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, ove gli articoli da 38 a 40, inseriti nel Titolo V, rubricato “*Della conciliazione giudiziale*”, stabiliscono le regole applicabili alla risoluzione conciliativa delle controversie in materia di diritto societario elencate all'art. 1 del medesimo decreto²³⁹.

In particolare, oltre a demandare al Ministero di Giustizia il compito di emanare regolamenti attuativi per determinare i criteri per l'iscrizione nell'istituendo registro degli organismi di conciliazione²⁴⁰, la legge di

²³⁷ legge 3 ottobre 2001, n. 366, “Delega al Governo per la riforma del diritto societario”.

²³⁸ d. l.vo n. 5 del 17 gennaio 2003, "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

²³⁹ Art. 1. 1. Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a: *a)* rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società delle mutue assicuratrici e delle società cooperative; *b)* trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; *c)* patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-*bis* del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-*bis*, ultimo comma, del codice civile; *d)* rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa; *e)* materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; *f)* credito per le opere pubbliche.

²⁴⁰ V. art. 38.

riforma stabilisce incentivi fiscali per la conciliazione, quale l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti del procedimento, oltre alla esenzione dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro per il verbale di conciliazione.

In ordine alla procedura, gli spunti più interessanti sono forniti, innanzitutto, dalla disposizione che stabilisce che la stessa *“ove le parti non raggiungano un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedano. Il conciliatore dà altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione”*²⁴¹. Tutto ciò ai fini di una valutazione sul comportamento tenuto dalle parti alla quale il giudice è chiamato al momento della statuizione sulla ripetizione delle spese processuali da parte del contendente vincitore²⁴².

Altra disposizione da rimarcare è quella dell'art. 40, comma 6, a mente del quale *“Qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a*

²⁴¹ Art. 40, comma 2.

²⁴² Art. 40, comma 5.

norma dell'articolo 297, primo comma, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione", se non altro perché i cultori della comparazione non possono non scorgere una qualche somiglianza con le statuizioni della *Commercial Court* inglese nel noto *leading case Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd*²⁴³.

La proposta a firma degli onorevoli Finocchiaro, Bonito ed altri, del 21 gennaio 2003²⁴⁴, rappresenta una sorta di sintesi delle precedenti, in quanto si prevedono da un lato le Camere di conciliazione forensi presso i tribunali²⁴⁵, e dall'altro il Registro nazionale delle associazioni e degli enti presso i quali è possibile esperire un procedimento per la risoluzione negoziale dei conflitti²⁴⁶, quali procedimenti "*di conciliazione, di valutazione preventiva dei conflitti, di arbitrato, di mediazione e di altre procedure intese a mettere in contatto le parti al fine di una soluzione autodeterminata del conflitto*". In entrambi i casi è contemplato un meccanismo di sospensione del processo per permettere lo svolgimento del tentativo di ADR. Nel solo caso di conciliazione presso le Camere di conciliazione, invece, è previsto il meccanismo di proposta e raccomandazione analogo a quello della precedente iniziativa legislativa.

La proposta di legge dell'on. Migliori, presentata il 30 giugno 2004²⁴⁷, si distingue dalle precedenti per completezza e per originalità, come lascia intuire già il titolo "Disposizioni per l'istituzione e la regolamentazione del Servizio nazionale integrato di composizione consensuale professionale dei conflitti e delle controversie". La risoluzione consensuale dei conflitti viene dunque inserita in un ampio disegno, che oltre alla consueta dicotomia tra organismi privati²⁴⁸ e organismi costituiti dai consigli degli Ordini degli avvocati presso i tribunali, prevede la costituzione di organismi di composizione

²⁴³ Il caso è ampiamente citato nel capitolo II par. 4.

²⁴⁴ Proposta n. 3559 presentata il 21 gennaio 2003.

²⁴⁵ Art. 1 del progetto.

²⁴⁶ Art. 4 del progetto.

²⁴⁷ Proposta n. 5096 presentata il 30 giugno 2004.

²⁴⁸ In questo caso associazioni di professionisti o società tra avvocati, v. art. 4.

consensuale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo presso le Camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato (per controversie di valore non superiore ai 50.000 euro)²⁴⁹ e quelli presso gli Uffici territoriali del Governo, competenti per la risoluzione di “conflitti di natura strettamente sociale o di ordine pubblico e che non presentano profili di intrinseca valenza giuridica” (art. 7). Al fine di favorire il ricorso alla risoluzione consensuale si prevede l'esecutività del verbale di accordo previa omologazione da parte del tribunale (art. 15), l'interruzione dei termini di prescrizione (art. 23) e si confermano le disposizioni ormai “consolidate” circa gli obblighi di informazione per gli avvocati (art. 21) e le esenzioni da bolli e imposta di registro fino al valore di 50.000 euro.

La XIV legislatura si chiude, almeno per quanto riguarda l'argomento, con la seconda proposta a firma dell'on. Cola, che prende le mosse, *de jure condito*, dall'entrata in vigore del d. l.vo n. 5 del 2003 sopra menzionato, e, *de jure condendo*, della proposta di direttiva comunitaria formalizzata dalla Commissione il 22 ottobre 2004.

Con l'occasione, quindi, si presenta un articolato molto succinto, con il quale “*al fine di incoraggiare, anche tramite procedure telematiche, la risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali in materia di diritti disponibili, incluse quelle aventi natura internazionale*” si propone l'estensione a tali controversie della disciplina dettata dagli articoli da 38 a 48 del predetto decreto legislativo (art. 3). Inoltre, si ripropone l'istituto della conciliazione raccomandata dal giudice (art. 4), l'obbligo informativo per gli avvocati (art. 5) e, *dulcis in fundo*, cambiando orientamento rispetto alla precedente proposta l'on. Cola introduce l'improcedibilità della domanda giudiziale in assenza del preventivo esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione per: a) le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli e dei natanti, quando il

²⁴⁹ V. art. 6 del progetto.

valore non supera i 25.000 euro; b) le cause tra professionisti, nonché tra professionisti e consumatori, sempre entro il limite di valore di cui al punto precedente; c) le cause aventi ad oggetto la responsabilità medica, quando il valore non eccede 100.000 euro.

Appare evidente che i due eventi intervenuti tra la prima e questa seconda proposta nulla hanno a che fare con il mercato *revirement* relativamente alla posizione circa l'obbligatorietà della conciliazione. In premessa di questa ricerca si è ipotizzato che il ripensamento sia dipeso da una terza circostanza, di cui si parlerà a breve.

Le successive proposte, nel corso della XV legislatura, non hanno fatto che riproporre, senza grandi sussulti, i temi di quelle precedenti²⁵⁰.

Ma in realtà il fuoco covava sotto la cenere.

Grazie alla riforma del diritto societario la macchina degli organismi di conciliazione (e di formazione) si è messa in moto, e l'argomento della risoluzione alternativa delle controversie, grazie ad eventi pubblici e corsi di formazione per conciliatori "camerali", ha registrato un notevole slancio.

A ben vedere, infatti, è solo in prospettiva dell'applicazione della disciplina in materia societaria che il mondo camerale ha cominciato a dotarsi di strutture e personale adeguati a svolgere la funzione conciliativa su tutto il territorio nazionale, nonostante il fatto a seguito della legge di riforma del 1993²⁵¹ il legislatore avesse riconosciuto alle

²⁵⁰ V. ad es. la proposta di legge dell'on. Malan del 4 luglio 2006 sull'istituzione di camere di conciliazione e per la promozione della risoluzione consensuale delle controversie.

²⁵¹ Legge n. 580 del 29 dicembre 1993, "Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura" in particolare l'art. 2, comma 4: "*Le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: a) promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti*". Sull'argomento un utile commento alla riforma è quello di M. Quinto, *Camere di Commercio e conciliazione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori*, pubblicato nel 1997 tra i quaderni dell'Unioncamere sui Profili della riforma. Per uno studio in chiave comparativa, sempre tra le pubblicazioni dell'Unioncamere si segnala quella a cura di V. Federici, *Camere di Commercio dell'Unione europea e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, 1999.

CCIAA tale funzione in via praticamente esclusiva su diverse materie²⁵².

La verità è che i precedenti tentativi di dare impulso alla conciliazione procedendo per settori non avevano raggiunto i risultati sperati, neppure lì dove la strada conciliativa era stata indicata come obbligatoria.

Con un'eccezione, però, che si andava manifestando proprio in quei primi anni del nuovo secolo.

Ci riferiamo alla conciliazione in materia di telecomunicazioni, e segnatamente al tentativo obbligatorio introdotto dalla l. 481/95 per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di pubblica utilità²⁵³, e poi confermato dalla l. 249/97²⁵⁴, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom).

²⁵² Si tratta delle seguenti disposizioni legislative: l. 481/1995 art. 2 comma 24 (*Norme per la concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*); l. n. 192/1998, art. 10 comma 1 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*); l. n. 281/1998, art. 3, commi 2, 3, e 4 (*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*), disciplina sostituita dall'art. 140 comma 2 d.lgs. n. 206/2005, Codice del consumo; l. n. 135/2001, art. 4, comma 3 (riforma della legislazione nazionale del turismo); d.lgs. n. 5/2003, art. 38, comma 2 (conciliazione societaria); l. n. 129/2004, art. 7 (*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*); l. 55/2006, art. 2 (in materia di patto di famiglia) che richiama la conciliazione societaria; l. 84/2006 (*Disciplina dell'attività professionale di tintolavanderia*); l. n. 262/2005, art. 27 (disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) contenente una delega legislativa, poi attuata con il d.lgs. n. 179/2007, istitutiva della camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

²⁵³ Art. 2, comma 24. *Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti: ... b) i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile. Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo.*

²⁵⁴ Art. 1, comma 11. *L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede*

Entrambe le leggi, nello stabilire che per le controversie tra utenti e fornitori di servizi deve essere preventivamente esperito un tentativo di conciliazione obbligatorio, condizione di procedibilità per l'azione in sede giurisdizionale, rinviando alla regolamentazione attuativa successiva il dettaglio delle modalità di svolgimento della procedura che, pertanto, è rimasta a lungo obbligatoria solo in principio.

Nei fatti l'AGCom ha adottato il primo regolamento di procedura solo nel 2002, per cui è a partire dall'anno successivo che gli effetti dell'impianto normativo cominciano a produrre i primi risultati.

Ebbene, sin dai primi mesi le nuove procedure registrano un crescendo esponenziale di domande e percentuali di successo superiori alla media, con oltre il 60% di esito positivo.

La procedura prevede che il tentativo vada esperito presso i Comitati regionali per le comunicazioni (Corecom), previa attribuzione di apposita delega da parte dell'Autorità, ovvero presso le Camere di conciliazioni ed arbitrali della CCIAA. Nei primi anni di vigenza del regolamento, quindi, in attesa del conferimento delle predette deleghe ai primi Comitati²⁵⁵, l'impatto della normativa ha investito principalmente le Camere di commercio, che non a caso a partire dal 2003 hanno registrato un sensibile aumento delle domande di conciliazione, per la maggior parte inerenti proprio alla materia delle telecomunicazioni.

Nel corso degli anni, il fenomeno, lungi dal ridimensionarsi, ha fatto rilevare risultati sempre più incoraggianti, con il progressivo aumento sia del numero di istanze presentate ai Corecom, sia delle percentuali di successo (nel 2012 vicine all'80%, v. fig. 1).

giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

²⁵⁵ Le prime deleghe in materia di conciliazione delle controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni sono state conferite nel 2004, attualmente solo il Corecom della Regione Sardegna non è delegato a svolgere la funzione, ma la procedura di conferimento è in stato avanzato e dovrebbe concludersi entro la primavera del 2013.

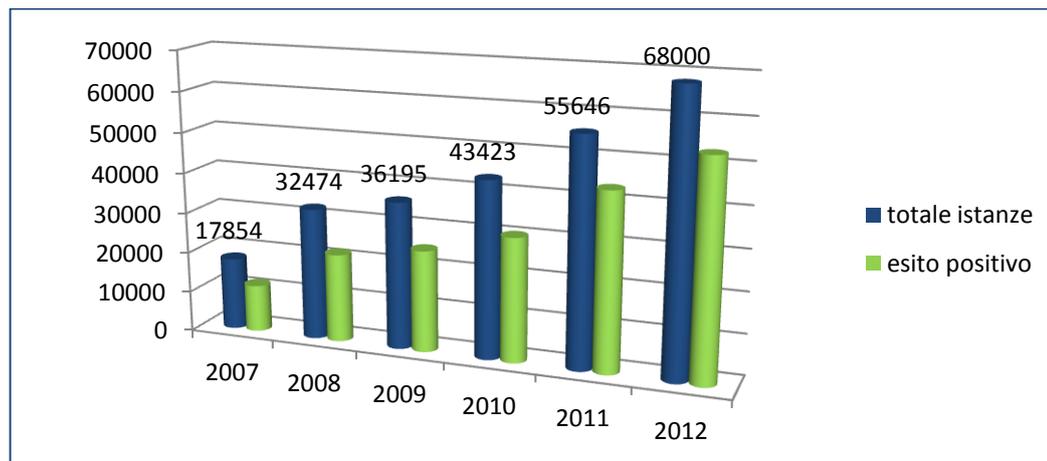


Figura 1 - Istanze di conciliazione presso i Corecom (Fonte: AGCom)

In termini comparativi, allora, l'esempio delle telecomunicazioni offre finalmente un esempio di conciliazione obbligatoria che funziona²⁵⁶ ed è per tali motivi, dunque, che in questa sede meritano di essere, anche se sommariamente, indagate le ragioni di tale successo.

Il primo aspetto da valutare è quello relativo alla scelta di una procedura “*multi-door*”, ove all'utente è riconosciuta la libertà di scegliere se svolgere il tentativo di conciliazione gratuitamente dinanzi al Corecom della propria regione, ovvero di avvalersi di organismi privati, come le Camere di commercio. Una terza strada, poi, è offerta dalle procedure c.d. paritetiche, cioè create con protocolli di intesa tra le Associazioni di consumatori e i singoli operatori, in base alle quali l'ipotesi di accordo viene ricercata attraverso l'incontro tra un rappresentante dell'impresa ed un incaricato dell'associazione in rappresentanza dell'utente.²⁵⁷ Questa “terza strada” rappresenta da anni una valida alternativa in termini di risultati non solo nel settore

²⁵⁶ Nel commentare la legge 69/2009, di cui si dirà appresso, Caponi, non può fare a meno di notare che dalla “deriva piuttosto misera” della conciliazione in Italia fa eccezione il settore delle telecomunicazioni. Cfr R. Caponi, *La prova dell'efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida al diritto*, n. 28, 2010, p 54.

²⁵⁷ Tecnicamente, quindi, sarebbe più corretto parlare di “negoziazione paritetica”, non essendo in questi casi presente la figura del terzo neutrale indispensabile per la mediazione.

delle telecomunicazioni²⁵⁸, tanto da meritarsi il riconoscimento di “*best practice*” a livello comunitario²⁵⁹.

L'altro aspetto da considerare è che la procedura stabilita dal regolamento dell'AGCom²⁶⁰ offre una tutela tendenzialmente completa, nel senso che: se si raggiunge l'accordo tra le parti il verbale è titolo esecutivo *ex lege*, senza bisogno di omologazione o altre formalità; se il tentativo non ha esito positivo l'utente può, in alternativa al ricorso giurisdizionale, deferire la controversia all'Autorità, la quale, in esito ad un procedimento contraddittorio di natura amministrativa²⁶¹ può riconoscere a favore dell'istante indennizzi e rimborsi; infine, nelle more del tentativo di conciliazione e di definizione l'AGCom ha la possibilità di emettere dei provvedimenti “temporanei” in via d'urgenza, al fine di ripristinare il servizio o far cessare forme di abuso (art. 2, comma 20, let. d), l. 481/95)²⁶².

Un simile complesso di strumenti di tutela, dunque, ha reso quella a favore degli utenti di comunicazioni elettroniche una procedura realmente “alternativa” a quella giurisdizionale, della quale il cittadino può avvalersi sapendo di poter prescindere dall'imboccare la porta del

²⁵⁸ Nel 2012 si contano 20 protocolli sottoscritti dalle Associazioni di consumatorie e aziende, tra le quali, oltre tutti i principali operatori di telefonia, anche Poste Italiane, Enel, Eni, Alitalia, Trenitalia, Intesa Sanpaolo. Nel 2011 sono state avviate 16.895 procedure, delle quali 12.097 in materia di comunicazioni (pari al 72%). Cfr. Terzo Rapporto sulle Conciliazione Paritetica del *Consumers' Forum*.

²⁵⁹ Il riferimento è alla Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, ove al punto 11 si “richiama l'attenzione sulla «conciliazione paritetica» italiana quale esempio di migliore prassi, basata sul protocollo stipulato e sottoscritto dall'azienda e dalle associazioni di consumatori, in cui l'azienda si impegna in anticipo a ricorrere all'ADR per risolvere eventuali controversie che possono sorgere nei settori contemplati nel protocollo”.

²⁶⁰ Con la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 è stato approvato il nuovo regolamento, che però ha mantenuto l'impianto originario salvo qualche ritocco alla procedura.

²⁶¹ Come noto la Suprema Corte ha escluso che si possa parlare di “poteri paragiurisdizionali” delle Autorità indipendenti, non potendosi configurare un *tertium genus* oltre la potestà amministrativa e quella giurisdizionale vera e propria.

²⁶² Art. 2, comma 20. “*Per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: ... d) ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo*”.

tribunale sino ad ottenere ragione dei disservizi subiti, almeno nella gran parte dei contenziosi²⁶³.

Sicuramente l'*appeal* (ma anche il tasso di successo) della procedura sarebbe inferiore qualora, in caso di mancato accordo, la parte più debole (l'utente) fosse costretta a dover cercare giustizia nelle aule di tribunale, e non tramite una controversia gratuita, informale, che non richiede assistenza legale e che si conclude in pochi mesi.

Il che porta anche ad un'altra considerazione: il numero straordinario di tentativi di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche che ogni anno viene proposto, di poco inferiore al numero di 100.000 considerando le tre forme alternative di esperimento sopra ricordate, dimostra che in assenza del procedimento di tutela amministrativa solo una minima parte di queste istanze avrebbe "bussato" alla porte dei tribunali.

Può ben ritenersi, pertanto, che proprio alla luce di un simile grado di efficacia ed equità la procedura in parola ha realizzato l'intento più nobile e vero delle ADR, che non è quello di alleggerire il carico delle aule di giustizia, bensì quello di garantire tutela a posizioni giuridiche che, altrimenti, non ne troverebbero alcuna.

2. LA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI: *DUTY TO CONSIDER* O DOVERE DI CONCILIARE?

Con la legge 18 giugno 2009, n. 69, nel dettare "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*", il Parlamento, con l'art. 60, ha delegato il

²⁶³ Cfr ancora R. Caponi, *La prospettiva dell'efficienza cit.*, p. 55, dove spiega che la conciliazione non può essere alternativa rispetto ai compiti della giurisdizione statale perché: a) può avere ad oggetto solo diritti disponibili; b) può aver bisogno degli organi giudiziari per l'esecuzione forzata; può essere opportuno ottenere l'emissione di un provvedimento cautelare, che determina quasi sempre il fallimento immediato del tentativo di conciliazione. Inoltre, più in generale, la conciliazione dipende dall'efficienza della giustizia civile, ed il successo "si alimenta proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale, come dimostra il successo –specialmente in altri ordinamenti- del tentativo di conciliazione delegato dal giudice investito della controversia in sede contenziosa.

Governo “*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale*”²⁶⁴, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Probabilmente nessuno si aspettava che tale articolo sarebbe stato successivamente vivisezionato ed ispezionato in ogni punto, per rintracciarne gli indizi del vizio di incostituzionalità di cui è stata accusata (e ritenuta colpevole) la normativa delegata. Ma procediamo con ordine, seppure senza dilungarsi se non sugli aspetti della vicenda che rilevano ai fini della presente ricerca.

Anche in Italia, come negli altri Stati membri, l’occasione dell’intervento legislativo è determinata dall’emanazione della Direttiva n. 2008/52/CE.

Tuttavia, l’impressione che se ne ricava è che la disciplina comunitaria sia stata, per l’appunto, solo l’occasione per un disegno covato da tempo. Una simile conclusione, infatti, trova conferma in una serie di indizi, quali: le numerose proposte di legge in materia susseguitesesi con ritmo sempre più incalzante nel decennio precedente la legge delega; l’intensa attività lobbistica svolta dagli organismi di conciliazione, ormai consolidatisi anche grazie alla riforma del diritto societario; il dato testuale dell’art. 60 summenzionato, ove, paradossalmente, nessun riferimento si rinviene alla direttiva 2008/52/CE, se non nel blando richiamo al rispetto della “normativa comunitaria” di cui al comma 2.

Ma, il sospetto che la successiva normativa delegata sia il frutto di istanze non riferibili esclusivamente a quella di rispondere agli obblighi comunitari viene confermato dalla inconsueta tempestività con la quale il nostro legislatore ha dato attuazione alla direttiva,

²⁶⁴ Sulla delega v. R. Caponi, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 354 e ss.; F. P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1257 e ss.

addirittura con più di un anno di anticipo rispetto al termine fissato del 21 maggio 2011, nonché da alcune scelte del legislatore di notevole impatto, e sulle quali conviene intrattenersi, in quanto coincidono proprio con l'oggetto della presente ricerca, ovvero l'analisi in chiave comparativa dei rapporti tra giustizia alternativa e processo nella prospettiva della tutela dei diritti.

Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010²⁶⁵, infatti, sin dalle prime battute è destinato ad attirare l'attenzione, e come vedremo non solo quella, dei lettori più avveduti, ricorrendo già in sede di definizioni, all'art. 1, ad una insolita descrizione della "mediazione"²⁶⁶, intesa come *"l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia, – e sin qui nihil novi – sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*. Questa netta presa di posizione in favore di una accezione della mediazione in termini decisamente valutativi, in effetti, per di più in *incipit* del provvedimento, desta sicuramente interesse. Soprattutto se paragonata al tiepido slancio della direttiva di riferimento²⁶⁷.

In realtà, è il caso di dire, siamo solo all'inizio.

Per capire a cosa si riferisca la disposizione, infatti, bisogna spingersi fino all'art. 11, rubricato *"Conciliazione"*, dove, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, è prevista la facoltà per il mediatore – che diventa dovere se le parti glie ne fanno richiesta – di formulare una proposta di conciliazione. O meglio, di *formalizzare* una proposta per iscritto alle parti, che hanno l'onere di comunicare entro sette giorni le rispettive posizioni, sempre per iscritto; in caso di mancata

²⁶⁵ Pubblicato in G.U. n. 53 del 5 marzo 2010.

²⁶⁶ Termine che, come già evidenziato in principio di trattazione, viene dunque a sostituire quello di "conciliazione" per indicare la procedura.

²⁶⁷ In realtà, come illustrato nel paragrafo precedente, una funzione valutativa del conciliatore non era nuova alle proposte di legge presentate in Parlamento, tuttavia l'argomento non aveva avuto grande eco al di fuori delle aule parlamentari.

accettazione nei termini da parte degli interessati, poi, è stabilito che di tale proposta si lasci traccia nel verbale redatto dal mediatore²⁶⁸.

Il perché di tale inconsueto formalismo è spiegato dal successivo art. 13, comma 1, il cui contenuto conviene riportare alla lettera: *“Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92²⁶⁹ e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4”*.

Quindi, in prima approssimazione si può già cominciare ad identificare la *ratio* sottesa al combinato disposto delle disposizioni finora citate, che sembrerebbe essere quella di addossare le spese sostenute²⁷⁰ per il giudizio, che si sarebbe potuto evitare con la conciliazione, sulla parte responsabile di tale inutile dispendio di risorse²⁷¹.

Così figurato l'intento del legislatore delegato appare molto simile a quello che ha ispirato la riforma del sistema inglese, ad esempio, di cui si è fatto cenno in conclusione del Capitolo precedente. Tuttavia le modalità individuate, benché simili, denotano differenze decisive.

Le CPR inglesi, infatti, assicurano al giudice un'ampia discrezionalità nella statuizione circa le spese di giudizio, pur individuando alcuni

²⁶⁸ Art. 11, comma 4.

²⁶⁹ Da notare che il comma 2 dell'art. 92 è stato così modificato dalla l. 69 del 2009: “2. Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti”.

²⁷⁰ Spese sostenute dalla controparte, ma anche dallo Stato, e in questo senso sembra doversi spiegare la sanzione del pagamento di una somma pari al contributo unificato. Dà questa lettura anche F. Cuomo Ulloa, *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I contratti*, 2009, p. 644.

²⁷¹ Sull'argomento cfr. A. De Luca, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2011, pp. 403 e ss.

criteri per la valutazione della condotta delle parti, con particolare riferimento alle giustificazioni addotte per il rifiuto di conciliare la lite. La norma appena riportata, invece, fa discendere le conseguenze previste in ordine al riparto delle spese di procedura alla circostanza che la proposta del mediatore, rifiutata, “*corrisponda interamente*” alla sentenza finale.

Il che solleva delle questioni di non breve momento.

La prima, più immediata, attiene alla (apparentemente) inconciliabilità dei due termini di paragone di un simile parallelismo. Come si fa – si sono chiesti immediatamente i primi commentatori – a credere di poter non solo paragonare, ma addirittura far combaciare due atti così ontologicamente diversi come un accordo conciliativo ed una sentenza? Per cui la norma è stata bollata come semplicemente inutile e destinata ad imperitura disapplicazione.

Tuttavia una più approfondita riflessione potrebbe, invece, disvelare una portata in termini di effettività decisamente diversa; a ben vedere, infatti, la proposta che ha in mente il legislatore nello scrivere l’art. 13 non può essere quella fondata sui principi della mediazione, ispirata a creatività e tesa a soddisfare nel migliore dei modi gli interessi delle parti, perché una proposta simile, se vuole, il mediatore è sempre libero di farla, soprattutto se ormai a un passo dalla chiusura del negoziato con esito negativo. Ma, si badi bene, la proposta di cui si discute interviene in un momento in cui il fallimento della mediazione è ormai certificato (“*quando l’accordo non è raggiunto*”), per cui, presumibilmente, una soluzione di tal fatta è già stata esplorata, e di certo non sarà il proporla per iscritto a renderla più accettabile. Il che porta a ritenere, conseguentemente, che la proposta che il legislatore si aspetta dal mediatore sia di natura diversa, tale da renderla comparabile con la decisione del futuro giudizio; in poche parole una proposta di natura

“aggiudicativa”²⁷². Solo così, infatti, si spiega il dettato dell’art. 13 sulla ripartizione delle spese, solo in questo modo i due termini potranno riportarsi sotto un comune denominatore che li renda quanto meno confrontabili.

Nel fare ciò, però, la norma finisce per tradire lo spirito stesso della mediazione, il cui delicato meccanismo funziona se tra le parti ed il conciliatore viene a crearsi quel rapporto di fiducia e confidenzialità che consente la “*disclosure*” degli interessi sottostanti alla controversia. Se questo è vero, anche il legislatore meno avveduto si sarebbe dovuto accorgere che un simile meccanismo, per il quale le parti si siedono al tavolo della mediazione sapendo che il terzo neutrale potrebbe presto essere portato a formulare una proposta dal sapore della decisione aggiudicativa, mina alla radice la possibilità di condurre una negoziazione assistita in ottica cooperativa²⁷³.

Tuttavia siamo portati a ritenere, anche alla luce del notevole livello di consapevolezza del fenomeno conciliativo dimostrata dai progetti legislativi sopra elencati, che la scelta sia stata consapevolmente orientata verso una soluzione che desse maggiori prospettive in ottica di deflazione del contenzioso civile. Notoriamente, infatti, l’unico rischio insito nel tentare la strada della mediazione è quello di affrontare un passaggio a “vuoto”, nel caso in cui non si raggiunga un accordo. Probabilmente il nostro legislatore ha voluto scongiurare il pericolo che le risorse impiegate per la procedura di mediazione andassero “sprecate” col fallimento dei negoziati. Di qui la decisione di “delegare” al mediatore la soluzione del caso²⁷⁴.

²⁷² Non è inconsueto, infatti, sentir definire la mediazione introdotta dal d. l.vo 28/2010 come “valutativa - aggiudicativa”, proprio con l’intento di evidenziarne la natura ibrida.

²⁷³ Le parti, infatti, in tali condizioni difficilmente dismetteranno la veste competitiva, anzi, cercheranno di indirizzare sin dal principio l’eventuale proposta (aggiudicativa) del mediatore. Sul punto cfr. F. Cuomo Ulloa, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2009, pp. 209 e ss.

²⁷⁴ Nel primo schema di decreto predisposto dal Governo la proposta in caso di mancato accordo era prevista addirittura in via generalizzata. Contro tale impostazione si sono espressi, tra gli altri, M. Bove, *La riforma in materia di*

A ben rifletterci, tenuto conto anche delle materie oggetto di mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5 del d. l.vo 28/2010²⁷⁵, in molti casi la decisione sul *quantum debeatur*, una volta accertata la responsabilità di una delle parti, gode di un discreto margine di discrezionalità²⁷⁶, e dunque potrebbe consentire sicuramente al giudice di uniformarsi alla proposta formulata da un mediatore mediamente ferrato sulla materia del contendere.

Una simile ricostruzione, d'altronde trova conferma nella regolamentazione attuativa di cui al decreto 18 ottobre 2010, n. 180²⁷⁷, ove, nello stabilire il contenuto eventuale dei Regolamenti di procedura degli Organismi di mediazione, si contempla la possibilità di prevedere che, *“in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione”*.

Alla luce della predetta disposizione il sospetto che si voglia insinuare un sistema di giustizia privata nelle pieghe dell'ordinamento,

conciliazione tra delega e decreto legislativo, Riv. dir. proc., 2010, pp. 343 e ss; F. Delfini, La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura, in Riv. dir. priv., 2010, pp. 131 e ss.

²⁷⁵ Trattasi di controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari

²⁷⁶ Si pensi, ad esempio alla valutazione del danno per le fattispecie di diffamazione o di responsabilità medica. A ben vedere l'unico elemento che le accomuna è proprio la notevole discrezionalità di cui gode il decisore in ordina alla quantificazione del danno.

²⁷⁷ Decreto 18 ottobre 2010, n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

ammantato con la veste della mediazione diviene una certezza e il trucco del “cavallo di Troia” è svelato.

Che tipo di proposta potrebbe mai avanzare questo secondo mediatore, che, non avendo partecipato alla procedura, nulla sa circa gli interessi e i desiderata delle parti, circa gli aspetti psicologici della lite, circa i rapporti intercorrenti tra le parti? Di quali aspetti della controversia potrà mai occuparsi sulla base del ristrettissimo campo visuale delle “sole informazioni che le parti intendo offrire” se non di quelli generali ed astratti, e cioè quelli eminentemente giuridici? Al mediatore proponente, di fatto, si chiede (e non potrebbe essere diversamente in virtù dei dati in suo possesso) una valutazione giuridica²⁷⁸ sulla controversia, tant'è che la proposta può essere formalizzata anche nei confronti della parte “contumace”.

Inizia, dunque, a prendere corpo il progetto sotteso al decreto legislativo 28/2010 e non dichiarato: creare un sistema di giustizia alternativa²⁷⁹, tendenzialmente a “circuitto chiuso”, in grado di concludere autonomamente (senza coinvolgere la giustizia ordinaria) il contenzioso tramite un accordo conciliativo, o, in seconda battuta, spingendo le parti ad aderire alla proposta del mediatore, sostanzialmente “anticipatoria” della sentenza giudiziale, sotto la minaccia della condanna alle spese. Il tutto con l'unico fine di smaltire il maggior carico possibile di contenziosi ed alleggerire il compito dei tribunali²⁸⁰.

Si passa così, rispetto alla soluzione alternativa alla giurisdizione, dal *duty to consider* del sistema anglosassone, ad un vero e proprio dovere

²⁷⁸ Sul punto confronta M .M. Andreoni, S. Romano, *Commento all'art. 11*, in A. Castagnola, F. Delfini (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, Padova, 2010, pp. 171 e ss.; M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le società*, 2009, pp. 1149 e ss.

²⁷⁹ Il sospetto

²⁸⁰ Cfr R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (alternative Dispute Resolution)*, in *Foro It.*, 2003, V, c. 165 e ss.; G. Alpa, *Giustizia: un rinvio della mediazione civile e “cinque mosse” per smaltire l'arretrato*, in *Guida al diritto*, 9 ottobre 2010, p. 11;

di conciliare la controversia in via preventiva ed extra-giudiziale, il cui mancato rispetto viene sanzionato, almeno in teoria²⁸¹, con la condanna alle spese di cui all'art. 13 del decreto²⁸².

Sulle conseguenze teoriche di una simile impostazione, che porta ad utilizzare le procedure alternative come surrogati della Giustizia ordinaria, si è già detto nei capitoli precedenti.

Ciò che si può aggiungere a questo punto è una considerazione di ordine pratico, dettata dalla consapevolezza dello stato in cui versa l'Amministrazione della Giustizia nel nostro paese.

Seppure il legislatore avesse voluto creare un sistema parallelo, di natura privatistica ma profondamente regolamentato, per la risoluzione di determinate controversie per le quali non dovessero venire in discussione diritti indisponibili o principi giuridici di interesse generale, una simile scelta davvero merita di essere sdegnosamente ripugnata?

Certo non si tratterebbe di un sistema di Giustizia ideale, ma, considerati i costi e la durata delle procedure giurisdizionali, chi, in coscienza, sentirebbe di affermare che invece il processo attualmente lo sia?

3.LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA: CRONACA DI UNA MORTE ANNUNCIATA?

L'art. 5 del d. l.vo 28/2010 è (o meglio è stata) una norma di portata dirompente, non tanto per il principio espresso (quello della conciliazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale è un concetto già noto al nostro ordinamento, e anche da tempo

²⁸¹ In effetti la disposizione sulla proposta ha trovato un ferma opposizione anche da parte degli stessi organismi di conciliazione, che vi hanno intravisto una pericolosa deroga ai meccanismi psicologici che reggono la procedura conciliativa, fondata sulla riservatezza e sulla neutralità del mediatore.

²⁸² Scarselli, in proposito, definisce la procedura che si è venuta a creare “*una specie di pre-processo, fatto da una specie di pre-giudice, per evitare il processo ed evitare il giudice; ed anzi il d. lgs. Inserisce dei meccanismi volti a penalizzare chi non si accontenta del pre-processo, e vuole il processo a tutela dei suoi diritti*”, G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.Judicium.it.

immemore), quanto per il fatto di essersi insinuata in sordina, quasi all'improvviso, per di più coinvolgendo ampi settori del diritto civile.

Sotto il primo profilo, in fatti, l'effetto "sorpresa" è scaturito dalla circostanza che non solo la legge delega nulla prevedeva in tal senso²⁸³, ma addirittura sembrava espressamente rinunciare ad una simile opzione²⁸⁴, che pure la direttiva comunitaria 2008/52/CE offriva²⁸⁵.

Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura, d'altronde, nel pronunciarsi sulla delega contenuta nel disegno di legge²⁸⁶ poi recepito dalla l. 69/2009, aveva elogiato tale scelta, sottolineando che *"il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente intenzionati. Pertanto, la facoltatività del ricorso alla mediazione sembra poter meglio garantire il raggiungimento delle finalità cui lo strumento stesso è preordinato"*. La posizione del CSM, va notato, esprime una posizione abbastanza diffusa tra i detrattori della conciliazione obbligatoria, ritenendo inconciliabile, sulla base per la verità di argomentazioni meramente concettuali, la natura volontaristica della procedura con qualsiasi

²⁸³ Cfr anche il precedente disegno di legge delega presentato il 19 dicembre 2003 dal Ministro della Giustizia Castelli di concerto con il Ministro dell'Economia Tremonti, *"Delega al Governo per la riforma del codice di procedura civile"*, art. 57. Composizione stragiudiziale delle controversie. 1. *In materia di composizione stragiudiziale delle controversie, i decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati in conformità ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere forme e modalità di mediazione non obbligatoria quale strumento di composizione extragiudiziale delle controversie, affidato a soggetti professionalmente qualificati, diversi dal giudice.*

²⁸⁴ L'art. 60 della l. 69/2009, infatti, prescrive che il Governo nell'esercizio della delega preveda che *"la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia"*.

²⁸⁵ V. art.5, comma 2, della direttiva: *2.La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.*

²⁸⁶ Disegno di legge n. 1441 bis C.

forma di costrizione. Tale assunto generalmente prende le mosse dalla convinzione che se “la mediazione è, non tutela di diritti, ma composizione di interessi, evidentemente essa può riuscire solo a condizione che gli interessati scelgano liberamente di intraprendere un simile percorso”²⁸⁷.

In verità, ad una simile obiezione potrebbe risponderci sia sul piano fattuale, adducendo i numerosi esempi di settori dove la conciliazione obbligatoria ha funzionato (in Italia, sicuramente quello dei rapporti tra utenti ed operatori di telefonia), sia sul medesimo piano della speculazione intellettuale, evidenziando che la natura volontaristica della procedura trova pieno riconoscimento nel momento della ricerca della soluzione, non subendo nessuna menomazione dal fatto di non dover esprimere analogo consenso circa la partecipazione al procedimento.

Sempre in tema di reazioni alla disciplina introdotta dal citato art. 5, come non menzionare la “Mozione sulla mediazione” espressa nel XXX Congresso Nazionale Forense, ove fu lanciata una vera e propria “*fatwa*” contro quella che fu interpretata come una violazione dei principi del giusto processo e del diritto di accesso del cittadino alla giustizia²⁸⁸ ed alla assistenza tecnica qualificata.

In particolare, con specifico riguardo al rapporto tra obbligatorietà e spese processuali è stato sostenuto che “*la mediazione obbligatoria, allora, pregiudica chi ha subito in torto e vuole dallo Stato semplicemente giustizia, poiché lo Stato, invece, imponendo la mediazione, nella sostanza chiede all’attore di rinunciare a qualcosa, oppure di presentarsi al giudice con l’handicap di cui agli art. 13 e 8, 5° comma*”²⁸⁹.

²⁸⁷ Così M. Bove, *Tra critiche e ipocrisie si consuma l’ennesimo scontro con la categoria*, in *Guida al diritto*, 26, 26 giugno 2010.

²⁸⁸ In tal senso si esprime anche G. Monteleone, *La mediazione “forzata”*, in *www.Judicium.it, che ipotizza la creazione di giurisdizioni speciali*.

²⁸⁹ Ancora G. Scarselli, *La nuova mediazione, cit.*

Ancora una volta i (pre)giudizi espressi sulla mediazione obbligatoria denotano un preoccupante grado di astrazione rispetto alla realtà, confondendo la funzione conciliativa con quella transattiva, e auspicando un ritorno alla Giustizia dello Stato che, nei fatti, sappiamo essere profondamente ingiusta.

Sta di fatto che a fronte di tutte le censure di merito mosse nei confronti della mediazione obbligatoria, questa è venuta a cadere, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2002 del 24 ottobre 2021, per un vizio di forma, segnatamente per “eccesso di delega”.

In verità, che il legislatore delegato si fosse spinto oltre la delega ricevuta è stato chiaro a tutti sin dal primo momento. Tuttavia, ciò che, con tutta probabilità, ha inciso in maniera determinante sulla decisione della Corte è stata l'eccessiva ampiezza delle materie ricomprese nell'ambito della previsione di obbligatorietà della mediazione.

Nonostante le dichiarazioni del Giudice delle leggi circa l'indagine da svolgere in ordine alla *ratio* ispiratrice della legge delega ai fini della *actio finium regondorum* richiesta²⁹⁰, dalla lettura della sentenza, ed in particolare dal richiamo che viene fatto, per argomentare *a contrario*, alla limitatezza della materia interessata dalle disposizioni sulla conciliazione obbligatoria in materia di lavoro pubblico, il sospetto che sia stato quello “quantitativo” l'elemento fatalmente decisivo per il destino della mediazione obbligatoria risulta rafforzato.

Resta, di fatto, un vuoto normativo enorme, che coinvolge non solo l'articolo 5, ma anche l'art. 11, ove si prevedeva la proposta del mediatore, e l'art. 13, con tutto il suo portato in termini di incentivi alla partecipazione collaborativa. In tale prospettiva, non può non farsi menzione ad un'altra previsione caducata per effetto della declaratoria

²⁹⁰ Per la quale si scomoda anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011, ove l'istituzione europea dichiara la propria opposizione “*a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello di UE*”,

di illegittimità costituzionale, segnatamente quella dell'art. 8, comma 5, a mente del quale *“dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile”*. Si tratta di una disposizione dall'accento fortemente *british*, che, come nel sistema d'Oltremania, avrebbe potuto, forse ancor più dell'obbligo, svolgere una funzione fondamentale nell'ottica della promozione delle ADR, se correttamente utilizzata dalla Magistratura²⁹¹.

4.LA RIVOLUZIONE INCOMPIUTA: CONDANNA ALL'INGIUSTA GIUSTIZIA?

Nei paesi dove è riuscito a fare breccia, l'ideale della mediazione ha camminato sulle gambe dei magistrati (come in Germania o in Inghilterra) o degli avvocati (come negli USA). In Italia, invece, la strada intrapresa è stata quella dell'imposizione per via politica, in parte sollecitata dai diretti interessati, ovvero gli organismi di mediazione, con la convinzione che l'obbligatorietà avrebbe comunque costretto le prime due categorie ad adeguarsi.

Probabilmente la reazione di queste è stata più ostica di quella ipotizzata.

La magistratura, a parte le dichiarazioni dei vertici²⁹², non ha certo subito di buon grado questa spoliatura così brusca e massiva, essendo istintivamente legata al concetto gius-positivistico del processo come

²⁹¹ Per un esempio di applicazione della norma v. il Tribunale di Roma – sezione distaccata di Ostia, sz del 5 luglio 2012, con la quale il giudice ha valutato le conseguenze della mancata partecipazione della compagnia assicuratrice ritualmente convocata alla mediazione su delega del Giudice.

²⁹² In occasione dell'apertura dell'anno giudiziario, il 25 gennaio 2013, si sono espressi nuovamente in favore della mediazione sia il Primo Presidente Ernesto Lupo (v. Relazione *sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2012*, III, 4), sia il Presidente della Corte di Appello di Milano, il quale, se pur con qualche spunto critico, riconosce che *“l'Italia non può fare a meno della mediazione e questa non può essere vista con sfavore pregiudiziale dai protagonisti del processo civile, chiamati in prima persona a realizzarla in vista degli innegabili benefici connessi a una sua più diffusa applicazione”*.

unico strumento in grado di assicurare la piena tutela dei diritti. In sostanza, rispetto alla tematica della risoluzione delle liti, nella contrapposizione tra applicazione del diritto e soddisfazione degli interessi i nostri giudici sono ancora indissolubilmente orientati verso la prima forma di tutela. Senza contare, poi, che per molti di essi (mi riferisco ai Giudici di Pace) la “spoliazione” ha comportato anche un risvolto di natura economica²⁹³.

Non c'è da stupirsi, quindi, se in qualche pronuncia della Magistratura non togata ci sia stato il tentativo di rileggere l'obbligatorietà in chiave riduttiva²⁹⁴, né del fatto che più della metà delle ordinanze di remissione alla Corte costituzionale della questione di legittimità rispetto al d. l.vo 28/2010 provenga dagli uffici dei Giudici di Pace.

Dal canto suo l'Avvocatura si è da subito schierata contro la “riforma” con spirito apertamente reazionario. Eppure inizialmente proprio i vari Ordini degli avvocati, in tempi non sospetti però, hanno dato vita a sperimentazioni in campo di risoluzione alternativa delle controversie, istituendo le prime camere di conciliazione ed arbitrato.

²⁹³ Ai sensi dell'art. 62 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 15, ai magistrati onorari che esercitano la funzione di giudici di pace spetta una indennità di euro 36,15 per ciascuna udienza civile o penale, anche se non dibattimentale, e per l'attività di opposizione di sigilli, nonché di euro 56,81 per ogni altro processo assegnato e comunque definito o cancellato dal ruolo.

²⁹⁴ Giudice di Pace di Cava dei Tirreni, ordinanza 21 aprile 2012. Secondo il parere del giudicante “*il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie affidate al Giudice di Pace è già stato previsto dal legislatore all'art. 30 L. n. 374 del 21.11.1991, la cui ratio ispiratrice è quella di tendere a deflazionare il contenzioso. Invero, la norma di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 28/10 non può essere considerata avulsa dal contesto preesistente, ma deve essere applicata all'interno dell'ordinamento giuridico, nel quale si inserisce. Occorre quindi affrontare il rapporto tra il suddetto D.Lgs. il giudizio dinanzi al giudice di pace e l'art. 322 c.p.c. e stabilire quale sia la norma da eliminare o da applicare*” che viene risolto in favore dell'applicabilità di quest'ultima disposizione in quanto “*il procedimento dinanzi al Giudice di Pace già prevede sia la conciliazione in sede non contenziosa in virtù dell'art. 320 c. 1. c.p.c. che in sede non contenziosa (non prevista dinanzi al Tribunale), ai sensi dell'art. 322 c.p.c., e tale istituto preesiste al D.Lgs. n. 28/10. Invero, il D.Lgs. n. 28/10 non contiene alcun richiamo al giudice di pace né dispone espressamente l'abrogazione degli art. 320 e 322 c.p.c. Ne deriva che nel procedimento innanzi al giudice di pace vanno applicate le disposizioni di cui al libro II, titolo II, dall'art. 311 all'art. 322 c.p.c. Una diversa interpretazione oltre ad essere paradossale sarebbe in evidente contrasto con il delineato quadro sistemico e finirebbe per vanificare lo scopo del legislatore diretto proprio a favorire la conciliazione delle controversie di competenza del giudice di pace, che già svolge ex lege la funzione affidata con il D.Lgs. n. 28/10 al Mediatore*”.

Viene da interrogarsi, allora, sulle radici di un simile dissenso rispetto alla introduzione generalizzata della mediazione proprio tra le due categorie che invece ne hanno decretato il successo in altri ordinamenti.

Probabilmente la reazione si è sviluppata in risposta all'eccesso di "foga" del nostro legislatore, che, è stato ampiamente notato in dottrina, in questo frangente ha superato decisamente lo slancio comunitario in favore dell'istituto²⁹⁵.

Per una volta, forse, sarebbe stato meglio procedere con cautela, quella stessa adottata dalla direttiva 2008/52 e che invece è stata scambiata per "timidezza". In verità, la scelta strategica del legislatore europeo, come dimostrato dal recepimento da parte degli Stati membri della Direttiva, è stata vincente, tant'è che con un approccio più *soft* si è conquistata l'adesione anche dell'Inghilterra e dell'Irlanda, che pure avrebbero potuto sottrarsi²⁹⁶.

L'approccio nostrano, invece, è risultato agli occhi delle categorie più sensibili alle questioni di diritto (quelle summenzionate, appunto) brutale ed inaccettabile, scatenandone la reazione.

Negli Stati Uniti, come illustrato in corso di trattazione, il successo e la diffusione dei programmi di mediazione è passata prima per la sperimentazione limitata a poche Corti di giustizia, per poi diffondersi a tutte le Corti federali.

Su altro versante, poi, la scelta di una così vasta estensione dell'obbligatorietà (praticamente a tutto il diritto civile tranne il diritto di famiglia) sicuramente ha influito negativamente sulla percezione che si è avuta della riforma.

²⁹⁵ Esercitando entrambe le opzioni offerte dalla Direttiva in ordine alla possibilità di applicare la stessa anche alle controversie non transfrontaliere e di qualificare la mediazioni in termini di condizione di procedibilità per l'azione giudiziaria.

²⁹⁶ In base al protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea i due Stati avrebbero potuto non partecipare all'adozione e all'applicazione della direttiva, come invece ha deciso di fare la Danimarca.

Col senno di poi si può ritenere che sarebbe stato opportuno cominciare a imporre l'istituto conciliativo gradualmente per poche materie²⁹⁷, in modo da concedere un tempo sufficiente per radicarsi a quella rivoluzione culturale che invece è mancata.

Ora, in attesa di un nuovo intervento legislativo, si impone una riflessione sulle sorti della mediazione, e delle centinaia di organismi di mediazione sorti col miraggio dell'obbligatorietà nel nostro Paese.

Compito del giurista, in ipotesi come quella attuale, non può che essere quello di esplorare le soluzioni che, *medio tempore*, la disciplina rimasta sotto le macerie dell'obbligatorietà offre per un estremo tentativo di ridare slancio alle strade alternative di risoluzione delle controversie civili, ovvero quello di suggerire soluzioni alternative a quelle già sperimentate.

L'esercizio *ad escludendum* su cosa sia stato fatto salvo dalla "mannaia" della Corte costituzionale²⁹⁸ per la verità porta a ritenere, in ottica di promozione del ricorso agli strumenti conciliativi, che del passato sia rimasto davvero poco per poter sperare di invertire la rotta rispetto all'immediato calo di attenzione, oltre che di ricorsi, rispetto alla giustizia alternativa.

D'altro canto non va trascurato che, sebbene gli effetti devastanti della censura costituzionale abbiano cominciato a concretizzarsi molti mesi prima del laconico comunicato stampa con cui si annunciava la bocciatura, la pubblicazione della sentenza ed il fallimento dei tentativi di ripristinare legislativamente l'obbligatorietà, ancorché in forma edulcorata, non hanno fatto che accelerare l'implosione di un fenomeno

²⁹⁷ In tal senso cfr L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, in www.Judicium.it, p. 12, secondo il quale "la sovrabbondanza ed eterogeneità delle materie sottoposte ad obbligatoria mediazione, lungi dall'ampliare le possibilità di successo dell'istituto, rischiano di condannarlo all'insuccesso: un insuccesso costoso, sia in termini di tempo, sia in termini di esborsi. Molto più ragionevole sarebbe stato, per la prima fase di avvio della nuova normativa, prevedere un numero limitato e possibilmente omogeneo di controversie, indicando anche un tetto massimo di valore".

²⁹⁸ Esercizio in cui si è cimentato, tra gli altri, M. Marinaro, *Con l'abrogazione dell'obbligatorietà cadono anche le conseguenze sanzionatorie*, in *Guida al Diritto*, 6 dicembre 2012.

cresciuto troppo in fretta. Né va sottaciuto che i risultati della riforma sono stati deludenti sin dall'inizio, a prescindere dall'intervento della Corte Costituzionale²⁹⁹.

Il che porta a concludere che, probabilmente, l'approccio seguito dal nostro legislatore non sia stato premiato, e che dunque, nel rimettere mano alla materia, l'argomento dell'obbligatorietà della mediazione necessita di più approfondita ponderazione.

Anche perché, pur restando convinti dell'utilità dell'incentivo esercitato dall'obbligatorietà, va tenuto conto del fatto che grazie al decreto legislativo del 2010 un enorme contributo allo sviluppo della mediazione in Italia è stato già assicurato. Allo stato attuale il sistema ADR può ormai contare su circa un migliaio³⁰⁰ di Organismi accreditati, su migliaia di conciliatori professionali, ma soprattutto su un diffuso interesse per la materia, anche a livello universitario.

E se è di "cultura della mediazione" che si ha bisogno, allora è proprio dalle Università che bisogna partire³⁰¹.

²⁹⁹ Le statistiche diffuse dal Ministero di Giustizia nel luglio del 2012 dichiarano circa 160.000 richieste di conciliazione nei primi 16 mesi di vigenza della normativa. Cfr. G. Alpa, S. Izzo, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it.

³⁰⁰ Più precisamente 983 al 21 settembre 2012.

³⁰¹ In tale prospettiva da segnalare la Prima Edizione della Competizione Italiana di Mediazione svoltasi a Milano il 27 febbraio 2013. L'evento, organizzato dall'Università degli Studi di Milano in collaborazione con la Camera Arbitrale di Milano, ha visto gareggiare squadre in rappresentanza di diversi atenei italiani.

Conclusioni

Dalla ricerca svolta, e dal confronto in chiave comparativa tra la disciplina della mediazione di cui al d. l.vo n. 28/2010 e le soluzioni per incentivare il ricorso alle procedure di ADR adottate in altri ordinamenti o prospettate in passato dal nostro legislatore, emergono in modo chiaro i motivi dell'insuccesso del modello di incentivazione adottato, che vanno oltre la censura della Corte costituzionale.

L'approccio del legislatore delegato, infatti, ha peccato di imprudenza, nel voler imporre da subito la mediazione rendendola obbligatoria rispetto a troppa parte del diritto civile, e di presunzione, ritenendo di riuscire a realizzare un simile ambizioso progetto senza il pieno coinvolgimento della magistratura e dell'avvocatura.

In proposito, illuminate è l'analisi del Primo Presidente della Corte di Cassazione, Ernesto Lupo: *“Nell'attesa che il nuovo Parlamento prenda in esame proposte simili ed altre volte a favorire il ricorso alla mediazione – si legge nella relazione in occasione della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2013 - non può che ribadirsi quanto già affermato nelle relazioni sull'amministrazione della giustizia degli scorsi anni, e cioè che il successo d'interventi legislativi volti ad apprestare e promuovere l'utilizzazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esige un forte coinvolgimento di tutti i potenziali attori del processo, e quindi non solo delle parti, cui si richiede «una salda fiducia nella possibilità di trovare un accomodamento dinanzi al mediatore», ma anche della classe forense, chiamata a recuperare «la vocazione alla conciliazione delle parti in conflitto, che il nostro ordinamento assegna all'avvocato come fisiologico ruolo funzionale alla piena realizzazione della tutela dei diritti». Neppure va sottovalutata l'importanza dell'iniziativa del giudice, la cui facoltà di invitare le parti a tentare la mediazione, finora*

sottoutilizzata (2,8% dei casi), potrebbe contribuire a promuoverne la diffusione, soprattutto se accompagnata da un adeguato monitoraggio degli esiti di tale invito”.

Del pari, Giovanni Maria Flick, Presidente emerito della Corte Costituzionale, in un recente intervento nel dicembre del 2012 al Salone della Giustizia ha sostenuto che *“non basta una pronuncia della Consulta (pure nel senso dell’infondatezza di ogni sospetto) per convincere i cittadini che il sistema funziona e che la società è pronta per una rivoluzione culturale. Piuttosto è necessario un movimento che deve partire dal basso”*.

Niente di più vero. Alla luce di quanto emerso nel corso della trattazione, con lo sguardo rivolto verso gli ordinamenti di *common law* ed alle soluzioni adottate in tali contesti, l’impressione che si ricava è che ormai l’obbligatorietà abbia esaurito la sua funzione, e che oramai sia il tempo di una “rivoluzione dal basso”, che prenda piede nelle Università, nei Consigli degli Ordini, nei corridoi delle Aule di Giustizia.

Senza il convinto coinvolgimento degli operatori del diritto difficilmente potrà affermarsi nel nostro ordinamento un’alternativa alla Giustizia.

Né, d’altronde, una Giustizia alternativa.

Bibliografia

Testi:

ABEL R. (a cura di), *The politics of informal justice*, New York, 1982;

ABRAMS, *More Civil Justice? The Impact of the Wolf Reforms on Pre-Action Behaviour*, Tübingen, 2001;

ANDREWS N., *English civil procedure*, Oxford, 2003;

ANDREWS N., *Principles of Civil Procedure*, London, 1994;

ANDREWS N., *The Modern Civil Process: Judicial and alternative forms of dispute resolution in England*, Tübingen, 2008;

AUERBACH J. S., *Justice without law? Resolving disputes without lawyers*, Oxford, 1983;

AUTORINO G., NOVIELLO D., TROISI C., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011;

BANDINI N., SOLDATI A. (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali – Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010;

BENTHAM J., *Justice and Codification. Petitions*, London, 1829;

BERNARDINI P., *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001

BESSO C. (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010;

BONAFE-SCHMITT J.P., *La mediation: une justice douce*, Paris, 1992

BOUCHARD M., MIEROLO G. (a cura di), *Prospettive di mediazione*, Torino, 2000;

BOVE M. (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011;

BROWN H., MARRIOTT A., *ADR: principles and practice*, London, 1999;

BUFFONE G., *Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010;

CADIET L. (a cura di), *Médiation et arbitrage*, Paris, 2005;

- CAPPELLETTI, M. e altri (a cura di), *Access to justice*, 4 voll., Milano - Alphen aan den Rijn, 1978-1979;
- CASTAGNOLA A., DELFINI F. (a cura di), *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali - Commentario al d.lgs. 28/2010*, Padova, 2010;
- CASTELLI S., *La mediazione*, Milano, 1996
- CICOGNA M., DI RAGO G., GIUDICE G. N., *La Conciliazione commerciale*, 2004;
- COSI G., FODDAI M. A. , *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003;
- CUOMO ULLOA F., *La Conciliazione-Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008;
- DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del mediatore professionista - Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR - Risoluzione alternativa delle controversie)*, Milano, 2010;
- DE PALO G., GUIDI G., *Risoluzione alternativa delle controversie – ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999;
- DI ROCCO M., SANTI A., *La Conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003;
- DIANA A. G., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011;
- FARLEY J., *Understanding and Using the British Legal System*, London, 2008;
- FISHER R. e URY W., *L'arte del negoziato*, Milano, 1995;
- FODDAI G., *La scelta della mediazione. Itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, 2009;
- GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007;
- GOLDBERG S. B., GREEN E. D., SANDER F. E. A., *Dispute resolution*, New York, 1992;
- GOLDBERG S. B., SANDER F. E. A., ROGERS N. H., COLE S. R., *Dispute resolution. Negotiation, mediation and Other Process*, New York, 2003;

- HURST P., *Civil Costs*, London, 2007;
- KÖTZ H., OTTENHOF R. (a cura di), *Les conciliateurs, la conciliation*, Paris, 1983;
- MACKIE K., MILES D., MARSH W., ALLEN T., *The ADR Practice Guide*, London, 2007;
- MASSERA A. (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007
- MAZZOLI E., PARI M., REVELINO A., *La nuova mediazione civile e commerciale dopo la modifica del D.M. 180/2010*, Rimini, 2011;
- MORINEAU J., *L'esprit de la médiation*, Paris, 1998;
- NADER, L. (a cura di), *No access to law. Alternatives to the American judicial system*, New York-London-Toronto-Sidney-San Francisco, 1977;
- NOVIELLO D., *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Torino, 2012.
- PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007;
- PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologica-giuridica*, Milano, 1997;
- PERA A., RICCIO G.M. (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011;
- PIEVANI M., RUGGIERO E., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie on-line*, Milano, 2002;
- RUFFINO A., *Mediare il conflitto. La funzione del diritto nella prospettiva della mediazione e della conciliazione*, Milano, 2011;
- RUSCETTA F., CARADONNA M. (a cura di), *La mediazione civile*, Milano, 2011;
- SASSANI B., SANTAGADA F., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Milano, 2010;
- SCIANCELEPORE G., SICA S., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici*, Torino, 2010;
- SPENCER D., BROGAN M., *Mediation: Law and Practice*, New York, 2006;

STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Commentario al Codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi*, Milano, 2006;

STICCHI DAMIANI S., *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004;

STITT A. J., *Mediation: A practical Guide*, London, 2004;

TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011;

TOSI E. (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012;

TROCKER N., DE LUCA A. (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011;

TROISI C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2007;

UZQUEDA A., FREDIANI P., *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002

VARANO V. (a cura di), *L'altra Giustizia, I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007;

Articoli:

ANDREWS N., *La "doppia elica" della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, pp. 529 e ss.;

ANDREWS N., *La giustizia civile inglese e il mondo esterno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, p. 829;

AUBERT V., *Competition and dissensus: two tipe of conflictand of conflict resolution*, in *The Journal of Conflict Resolution*, 7, 1, 1963, pp. 26 e ss.;

AUTORINO STANZIONE G., *Le ADR. Profili generali*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010;

BOVE M., *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, pp. 759 e ss.;

BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc. 2, pp. 343 e ss.;

BRAZIL W. D., *Le Corti degli USA e l'ADR: la situazione attuale e il futuro*, in *Documenti giust.*, n. 5, anno 2000, pag. 877 e ss.

CANALE G., *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 618 e ss.;

CAPONI R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 e ss.;

CAPONI R., *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro It.*, 2009, V, c. 354 e ss.;

CAPONI R., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 89 e ss.;

CAPPELLETTI M., *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Acces to justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, pp. 282 e ss..

CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. Trim, Dir. e Proc. Civ.*, 1981, pp. 48 e ss.;

CAPPELLETTI M., *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 703 e ss.;

CAPPONI B., *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti giust.*, 1994, fasc. 3;

CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, pp. 437 e ss.;

CHIARLONI S., *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. It.*, 2000, pp. 209 e ss.;

CHIARLONI S., *Fuga dalla giustizia ingiusta*, in *"Impresa & Stato"*, 1996, n. 34, pp. 61e ss.

CHIARLONI S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. Trim, Dir. e Proc. Civ.*, 2000, 2, pp. 447 e ss.;

CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, 1 e ss.;

CONVERSO A., *La mediazione conciliativa: criticità e contraddizioni*, in *Consumatori, Diritto e Mercati*, 3, 2011, pp. 50 e ss.;

COSI G., *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie. Intorno all'esperienza americana*, in *Studi senesi*, CXV, 1, 2003;

CRIFO' C., *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2000, 2, pp. 511 e ss.;

CUOMO ULLOA F., *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1283 e ss.;

CUOMO ULLOA F., *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I contratti*, 2009, pp. 640 e ss.;

CUOMO ULLOA F., *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2009, pp. 209 e ss.;

DALFINO D., *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in *Rass. forense*, 2010, pp. 49 e ss.;

DANOVI R., *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2007, IV, c. 326 e ss.;

DELFINI F., *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 131 e ss.;

DELLA NOCE D. J., *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, in *17 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2002, pp. 545 e ss.;

DE LUCA A., *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 411 e ss.;

DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 582 e ss.;

FABIANI M., *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le società*, 2009, pp. 1149 e ss.;

FISS, O. M., *Against Settlement*, in *93 Yale Law Journal*, 1984, XIII, pp. 1073 e ss.;

FUSARO A., *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 03, p.771 e ss.;

GARCÍA ÁLVAREZ R., *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.

GARTH, B.G., *Privatization and the new formalism: making the courts safe for bureaucracy*, in *Law and social inquiry*, 1988, XIII, pp. 157 e ss.;

GHIRGA M. F., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 463 e ss.;

GHIRGA M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 356 e ss.;

GIUDICE G.N., *Dalla Commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in *I contratti*, 2005, p. 102 e ss.;

GOLANN L., *Making Alternative Resolution Mandatory: The Constitutional Issue*, in *Or- L. Rev.*, 1989, pp. 487 e ss.;

JAROSSON C., *Les modèles alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1997, p.325 e ss.;

JOLOWICZ J. A., *Il nuovo ruolo del giudice del “pre-trial” nel processo civile inglese*, in *Riv. Trim. Dir. proc. civ.*, 2002, 4, pp.1263 e ss. ;

LAFFINEUR J., *I principi consacrati dalla Raccomandazione del 30 marzo 1998: prime osservazioni critiche*, in *Documenti Giust.*, 2000, n. 5, pp. 895 e ss.;

LÓPEZ JARA M., *Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7857, 2012;

LUISO F. P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 1210 e ss.;

LUISO F. P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 845 e ss.;

MACIULEVICIUTE A., *Alternative dispute resolution: European landscape and challenges*, in *Consumatori, Diritto e Mercati*, 3, 2011, pp. 26 e ss.;

MAGRO SERVET V., *La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7852, 2012;

MASUCCI A., *La «mediazione» in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 6, 1353 e ss.;

MICELI M., *La mediazione in materia civile e commerciale nella direttiva 2008/52/CE*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 855 e ss.;

MINERVINI E., *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2009, pp. 41 e ss.;

MINERVINI E., *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 427 e ss.;

MNOOKIN R. H., KORNHAUSER L., *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in *Yale L.J.*, 88,1978-1979, p. 950;

NOVIELLO D., *Il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010;

NOVIELLO D., *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 12, 2010.

OYRE T., *Civil procedure Rules and the use of Mediation/ADR*, in *Arbitration*, 8.8.02.61, 2004, pp. 1 e ss.;

PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p.1353 e ss.;

PICARDI N., *Il conciliatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p.1072 e ss.;

PORRECA P., *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Società*, 2010, pp. 632 e ss.;

POUND N. R., *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Rep.*, n. 29, 1906;

PUNZI C., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, pp. 848 e ss.;

ROBERTS, S., *Settlement as civil justice*, in *Modern law review*, 2000, LXIII, pp. 739 e ss.,

ROSSOLILLO G., *I mezzi alternativi di risoluzione dell controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 02, p. 349 e ss.;

ROTH M., *The Proposal for an EU Directive on certain aspects of Mediation in comparison with Austrian Mediation Law*, in *London Law Review*, 2005, pp. 5 e ss.;

SANDER F.E.A., *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1976, p. 1 e ss.;

SATTA S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I;

SCAMUZZI, L., *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto italiano*, VIII, 1896, pp. 32 e ss.

SILVESTRI, E., *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, CX, V, cc. 310 e ss.;

SILVESTRI, E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, LIII, pp.321 e ss.;

STEMPEL, J.W., *Reflecting on judicial ADR and the multi-door courthouse at twenty: fait accompli, failed ouverture, or fledgling adulthood?*, in *Ohio State journal on dispute resolution*, 1996, XI, pp. 297 e ss.;

STULBERG J.B., *The theory and practice of mediation: a reply to prof. Susskind*, in *Vermont Law Rev.*, 6, 1981, V, p. 85 e ss.;

SUSSKIND L., *Environmental mediation and the accountability problem*, in *Vermont. Law Rev.*, 6, 1981, p. 1 e ss.;

TROISI C., *La mediazione obbligatoria alla luce del d.lgs.28/2010*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010;

TROISI C., *La nuova disciplina della mediazione civile e commerciale in spagna: profili comparatistici*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012;

TWINING W., *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo – American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, in *Mod. L.Rev.*, 1993;

VACCÀ C., *Il punto su ODR online dispute resolution*, in *I Contratti*, 11, 2009, pp. 1072 e ss.

VARANO V., *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p.763 e ss.;

VARANO V., *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *Riv trim dir e proc civ.*, 2009, 4S, pp. 58 e ss..

VIGORITI V., *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Rass. forense*, 2010, pp. 42 e ss.;

WARBACK J., *Alternative dispute resolution in the world of business: a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany*, in *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* 1998, pp. 109 e ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 653 e ss.;

Materiali:

ADR CENTER, *The Cost of Non ADR: Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation. Survey Data Report*, Roma, 9 giugno 2010;

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Alternative dispute resolution: an ADR primer*, Standing Committee on Dispute Resolution, Washington, 1989;

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Relazione annuale al Parlamento*, 2012;

CEPEJ, *Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation*, relazione del working group sulla mediazione depositata il 3 maggio 2007;

COMMISSIONE EUROPEA, Direzione Generale per la Giustizia, *The EU Justice Scoreboard: A tool to promote effective justice and growth*, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, COM(2013) 160 final.

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Il D.lgs. n. 28/2010, La mediazione e l'Avvocatura. Problemi e prospettive*. Dossier di analisi e documentazione a cura dell'Ufficio studi.

CONSUMERS' FORUM, *Terzo Rapporto sulle Conciliazioni Paritetiche*, 2012;

ISDACI, *Quinto Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 2012;

LUPO E., Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, Roma, 25 gennaio 2013;

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi, Direzione Generale di Statistica, *Mediazione civile ex D.L. 28/2010: Statistiche al 31 luglio 2012*;

MONTI M., *A new Strategy for the Single Market – At the service of Europe's economy and society*" Rapporto al Presidente della Commissione Europea, 9 maggio 2010;

PARLAMENTO EUROPEO, Direzione Generale per le politiche interne, *Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union*, IP/A/IMCO/ST/2010-15, giugno 2011.

SIR JACKSON R., *Review of Civil Litigation Costs*, London, 2010.

LORD WOLF H., *Access to justice: Final report to the Lord Chancellor on the civil justice system of England and Wales*, HMSO, London, 1996;