



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Dottorato di Ricerca in Politiche Europee di Diritto Processuale
Penale e di Cooperazione Giudiziaria
XXV Ciclo

Erminia Fanciullo

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA MEDIAZIONE NELL'OTTICA DEL LEGISLATORE EUROPEO.

Tesi di Dottorato

Relatore:
Chiar.mo Prof. Giovanni Raiti

ANNO 2014

**LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA MEDIAZIONE
NELL'OTTICA DEL LEGISLATORE EUROPEO.**

INDICE

INTRODUZIONE	6
--------------------	---

CAPITOLO I

LA NASCITA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE, UNO SGUARDO COMPARATISTICO. IL SUO SVILUPPO ALL'INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA.

1.1	La nascita delle ADR: gli strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti.	15
1.2	Gli strumenti autonomi e gli strumenti eteronomi di risoluzione delle controversie.	34
1.3	La distinzione terminologica tra conciliazione e mediazione	37
1.4	Le diverse tipologie di mediazione.....	44
1.5	La conciliazione nel diritto comparato: uno sguardo agli Stati Uniti e all'Inghilterra.....	51
1.6	La conciliazione nell'ordinamento francese.	70
1.7	La mediazione nel sistema tedesco.....	77
1.8	Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nelle politiche dell'Unione Europea.	85
1.9	L'evoluzione della conciliazione nell'ordinamento italiano	104
1.10	La disciplina della conciliazione giudiziale in Italia in sede non contenziosa.....	108
1.11	La disciplina della conciliazione giudiziale italiana in sede contenziosa. Evoluzione normativa.	114
1.12	La conciliazione nel rito del lavoro	130
1.13	La conciliazione nel processo societario.....	133

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 52/2008/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 21 MAGGIO 2008 RELATIVA A DETERMINATI ASPETTI DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE, LA DIRETTIVA 11/2013/UE

Introduzione	139
2.1 Considerazioni generali sulla direttiva 2008/52/CE.....	142
2.2 Ambito di applicazione e scopo della direttiva	147
2.3 Le controversie rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva.....	164
2.4 Il luogo della mediazione	171
2.5 Il ricorso alla mediazione	172
2.6 La qualità della mediazione e la figura del mediatore	176
2.7 La riservatezza	179
2.8 Effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza	184
2.9 L'efficacia esecutiva dell'accordo.....	187
2.10 Conclusioni sulla direttiva n.52 del 2008.....	192
2.11 La direttiva 2013/11/UE.....	193
2.12 Il regolamento UE n.524/2013	200

CAPITOLO TERZO

LA DUBBIA COMPATIBILITÀ CON LA NORMATIVA EUROPEA DELLA DISCIPLINA ITALIANA SULLA MEDIAZIONE.

LE VICENDE DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

- 3.1 L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nell'originaria previsione dell'articolo 5 e correlati del decreto n.28 del 2010: l'astratta compatibilità del regime con l'ordinanza dell'Unione. La sentenza della Corte di Giustizia Alassini del 18 marzo 2010..... 205
- 3.2 L'incostituzionalità dell'originaria disciplina sull'obbligatorietà del tentativo: la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n.272.. 217
- 3.3 Le ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia. Premessa 236
- 3.4 L'ordinanza del Tribunale di Bagheria 238
- 3.5 L'ordinanza del giudice di pace di Mercato San Severino 275
- 3.6 L'incidenza della sentenza della Corte costituzionale n.272 del 2012 sulla irricevibilità dei rinvii pregiudiziali sulla disciplina italiana della mediazione. Il persistere del loro valore culturale sull'evoluzione della disciplina interna..... 283

CAPITOLO QUARTO

LE NOVITÀ INTRODOTTE ALLA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE DAL DECRETO 21 GIUGNO 2013 N.69 C.D. DEL FARE CONVERTITO IN LEGGE N.98 DEL 2013.

4.1	Rassegna delle principali novità previste dalla riforma del 2013.....	290
4.2	Il riavvicinamento della disciplina italiana alla concezione dell'istituto conciliativo secondo il legislatore europeo: l'alleggerimento del regime di obbligatorietà.....	306
4.3	La plausibile svalutazione del modello aggiudicativo.....	320
4.4	La competenza territoriale.....	323
4.5	L'assistenza obbligatoria degli avvocati: un persistente contrasto con l'idea europea della mediazione.....	326
	CONCLUSIONI.....	331
	BIBLIOGRAFIA.....	334

INTRODUZIONE

Il procedimento giurisdizionale rappresenta il metodo principale ed irrinunciabile fra i sistemi di risoluzione delle controversie. Infatti, la funzione giurisdizionale, collegata a quella legislativa ed amministrativa, costituisce uno dei poteri istituzionali ineliminabili su cui poggia un moderno Stato di diritto.

Non vi è dubbio che il ricorso all'«autorità giudiziaria costituisce il modo che più di ogni altro si presta alla definizione delle liti quando ci si trova, ad esempio, in una situazione di inadempimento contrattuale, di contestazione del proprio diritto da parte dei terzi, di richiesta di risarcimento danni etc¹.

¹ Varie sono le definizioni di giurisdizione avanzate dalla dottrina. Da un punto di vista teleologico si colloca la definizione di CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 44 ss. che identificando la giurisdizione nella «giusta composizione delle liti» postula la preesistenza di una norma giuridica, la cui applicazione è resa incerta dal conflitto fra pretesa e contestazione; a parere di REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, p. 10 ss. la giurisdizione doveva intendersi come attività finalizzata all'attuazione delle sanzioni comminate dalle norme giuridiche. Sotto un profilo strutturale, invece, il concetto di giurisdizione dovrebbe tenere conto degli effetti che da essa derivano e perciò dell'«attitudine a dar luogo ad un accertamento incontrovertibile del provvedimento conclusivo dell'attività giurisdizionale (così ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 53 ss; Id., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, ivi, II, 1957, 16 ss). Altri Autori hanno preferito porre l'accento su un criterio di carattere soggettivo definendo la giurisdizione come un'«attività esercitata da giudici terzi, indipendenti ed imparziali (ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p.37; VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 1999, p.37). Invero la definizione che sembra essere più appropriata è quella che considera la giurisdizione come attività finalizzata all'attuazione della volontà della legge al caso concreto attraverso la sostituzione dell'attività di organi pubblici ad un'attività altrui, sia nell'affermare l'esistenza della volontà della legge, sia nel mandarla

Già nei tempi lontani, pur essendo presenti forme di soluzione delle controversie sul modello conciliativo, lo Stato ha cercato di avocare in via esclusiva la funzione giurisdizionale, ponendosi come tutore delle posizioni giuridiche dei singoli.

Proprio dalla Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento giuridico, viene alla luce come la tutela giurisdizionale dei diritti soggetti (e degli interessi legittimi) trovi il suo naturale fondamento nell'ambito della funzione statale (così come ad esempio espresso negli articoli 24, 25, 102, 111 Cost.) a cui spetta l'esercizio del potere giurisdizionale con riferimento a tutte le cause, in quanto interesse superindividuale.

In altri termini, dalla lettura della Carta costituzionale appare evidente come non vi sia alcun riferimento ai metodi di origine privata diretti alla risoluzione delle controversie, in quanto lo Stato ritiene che il sistema giudiziario così approntato sia maggiormente garantista delle situazioni sostanziali dei cittadini, anche in conseguenza delle peculiarità che le norme attribuiscono al provvedimento conclusivo del giudizio. Lo Stato, dunque, si pone dinnanzi al cittadino come

praticamente ad effetto (CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 35; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, cit. p. 24)

titolare non soltanto della funzione legislativa e amministrativa, ma anche di quella giurisdizionale, mettendo a punto un sistema in grado di assicurare la tutela e l'esecuzione coercitiva delle posizioni soggettive violate.

Nel campo della tutela giurisdizionale, perciò, non si aspira ad ottenere un quid col concorso dell'avversario convenuto in giudizio, bensì si mira a conseguirlo anche in assenza della sua collaborazione e altresì contro la sua volontà, in quanto l'organo giurisdizionale nel processo civile è investito dall'ordinamento di un imperium, di un potere autoritario e coercitivo che consente di imporre alle parti la sua decisione (o meglio la decisione rispecchiante il volere della collettività che si esprime attraverso la legge) indipendentemente dal loro consenso, allorchè sia stato richiesto il suo intervento. Ne discende che la violazione di un diritto soggettivo rinviene la sua naturale protezione nello strumento giurisdizionale il quale rappresenta il momento in cui lo Stato applica la legge generale ed astratta al caso concreto, ripristinando una situazione precedentemente lesa con un provvedimento tipico che non può assumere un contenuto dissimile da quello contemplato dalla normativa disciplinante il rapporto sostanziale.

Tuttavia, il quadro della difesa dei diritti, attuata dal giudice mediante il processo civile, non sarebbe completo se l'ordinamento non ammettesse che la realizzazione di interessi insoddisfatti, ovvero l'applicazione della legge generale ed astratta al caso concreto, possa conseguirsi per altra via diversa da quella giurisdizionale.

L'attuazione del diritto (nel caso in cui manchi la spontanea esecuzione da parte dell'obbligato) non significa inevitabilmente ricorso all'autorità giudiziaria statale da parte del titolare, ma viene a coinvolgere anche altri strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale.

Nell'ambito di quelli che un'autorevole dottrina ha definito "equivalenti giurisdizionali" la lite può, pertanto, estinguersi mediante un componimento diretto fra le parti, ossia un'autocomposizione che porta all'eliminazione del conflitto attraverso un atto di disposizione e non di mero accertamento ad opera degli stessi soggetti litiganti; l'autocomposizione può avere origine da un atto semplice (rinuncia e riconoscimento), per il quale occorre, affinché si producano effetti, solamente la manifestazione di volontà di una delle parti, o da un atto complesso (transazione) divenendo così necessario il consenso della controparte.

In altri frangenti le parti invece, per risolvere la loro contesa, preferiscono ricorrere all'eterocomposizione mediante il deferimento della controversia agli arbitri (sia che si tratti di arbitrato rituale o irrituale) ai quali viene così attribuito il potere di emanare una decisione che avrà forza autoritativa per i soggetti interessati.

Tra queste due estremità si inserisce la conciliazione nella quale l'attività del terzo mira ad avvicinare i contendenti attraverso il suo consilium in modo da spegnere agevolmente la controversia. Sotto questo profilo è evidente, pertanto, che il sistema giuridico offre la possibilità ai consociati di avvalersi di metodi alternativi alla tutela giurisdizionale al fine di raggiungere il medesimo risultato che si sarebbe potuto ottenere con la pronuncia della sentenza.

Conciliazione, arbitrato e transazione si inseriscono in quella ampia e variegata categoria dei metodi alternativi di soluzione di una controversia che, secondo una classificazione anglosassone, si denominano *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Sotto questa etichetta vengono radunati una serie di fenomeni, a dire il vero, piuttosto eterogenei fra loro, uniti dal criterio negativo dell'estraneità alla potestà giurisdizionale statale. La scelta di usufruire di questi

strumenti sostitutivi della giurisdizione è normalmente lasciata alla libera determinazione delle parti, salvo le ipotesi in cui è la legge ad imporre il ricorso ad un mezzo alternativo, quale per esempio il tentativo di conciliazione ex artt. 410 ss. c.p.c. in materia di lavoro prima della riforma del c.d. Collegato lavoro e poi il tentativo obbligatorio di mediazione in determinate controversie civili e commerciali ad opera dell'art. 5 del decreto n. 28/2010, obbligatorietà dapprima dichiarata incostituzionale nel 2012 dalla Consulta e poi recentemente reintrodotta ad opera del c.d. "decreto di fare" n.69 del 2013 e dalla legge di conversione n.98 del 2013.

A favorire il diffondersi di questi strumenti "alternativi" ha notevolmente contribuito lo stato di grave crisi in cui versa la giustizia civile, ciò soprattutto a causa dell'eccessiva durata dei processi che, in particolar modo nelle vertenze di medio-basso valore, sovente vanifica gli sforzi economici e le energie di chi percorre la via giudiziale; la conseguenza di tale situazione è la probabile desistenza dalla richiesta di tutela di un proprio diritto da parte del contraente debole il quale non può permettersi di sostenere costi elevati e di attendere oltre un termine ragionevole per vedere la propria vertenza definita.

Uno stato di disagio di questa portata è sentito non solo in Italia, ma in larga parte dei Paesi europei ed extraeuropei, fra cui anche gli Stati Uniti. Proprio nel continente americano la diffusione degli Alternative Dispute Resolution ha trovato terreno fertile, mentre in Europa il progresso dell'informal justice si è presentato meno rapido, a cagione di alcuni principali fattori condizionanti: il retaggio della tradizione culturale di ricorrere, con l'ausilio di un avvocato difensore, all'autorità giudiziaria come organo-principe per dirimere le controversie civili insorte tra i membri della collettività, l'incontestabile unità della giurisdizione che rende difficoltoso ogni sforzo di allontanamento dal monopolio della potestà giurisdizionale attribuito ai giudici statali, il timore che gli strumenti apprestati dagli ADR siano inadeguati alle esigenze che le parti intendono soddisfare.

La posizione prioritaria che la giurisdizione ha assunto nel corso dei tempi, rappresenta dunque il rimedio al quale il cittadino, che abbia subito una lesione dei propri diritti, considera di immediata portata per ottenere tutela delle proprie situazioni sostanziali.

Ne discende che la violazione di un diritto soggettivo rinviene la sua naturale protezione nello strumento giurisdizionale il quale

rappresenta il momento in cui lo Stato applica la legge generale ed astratta al caso concreto, ripristinando una situazione precedentemente lesa con un provvedimento tipico che non può assumere un contenuto dissimile da quello contemplato dalla normativa disciplinante il rapporto sostanziale; tuttavia, i tempi attuali della giustizia civile non sono in grado di appagare o soddisfare in pieno gli interessi del singolo, il quale solo a distanza di anni vede riconosciute le proprie pretese fatte valere in giudizio.

La crisi di effettività in cui si trova a navigare la giurisdizione ordinaria, non in grado di approntare un'adeguata tutela delle posizioni sostanziali, ed il diffuso malcontento unito all'insoddisfazione per il lento procedere del processo civile, hanno portato ad una considerevole sfiducia della collettività nei riguardi delle istituzioni giurisdizionali. È sorta dunque la necessità di trovare altre strade più celeri, economiche e maggiormente adeguate al fine di consentire un più facile accesso alla giustizia per determinate categorie di cittadini.

La ricerca di strumenti alternativi, al contrario di quanto si potrebbe pensare, non è comunque un problema nuovo sorto negli

ultimi tempi a causa dei progressi della società. Già nelle epoche trascorse, quest'esigenza era sentita dalla collettività cui faceva eco la dottrina, in virtù non soltanto dei gravi costi della giustizia tradizionale che i cittadini erano costretti a sostenere e dall'elevato carico di lavoro degli uffici giudiziari, ma soprattutto della eccessiva durata dei processi².

A maggior ragione una situazione così criticata nel presente come in ogni tempo, ha spinto il nostro legislatore ad indirizzare le proprie forze verso nuovi orizzonti e precisamente ad attuare forme di tutela che si pongono come alternative alla giurisdizione³.

È opportuno rammentare che per la definizione di determinati tipi di controversie, il metodo contenzioso non sembra essere il più congruo; si considerino per esempio le controversie di lavoro e quelle implicanti gli interessi dei consumatori, dovendosi considerare in tali casi, oltre alla singola questione giuridica che ha originato la lite, anche i problemi sociali che coinvolgono tali conflitti e la necessità di conservare, per quanto possibile, il rapporto sostanziale alla base.

² L'insoddisfazione dei cittadini per l'amministrazione della giustizia è un dato comune delle varie epoche storiche: sul punto vedi SCAMUZZI, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Dig. italiano*, VIII, Torino, 1986, pp. 38_39; TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 ad oggi*, Bologna, 1980, p. 8 ss.

³ Parla di "fuga dalla giurisdizione" CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., p. 695.

Fra le ragioni che hanno determinato l'espansione dell'istituto conciliativo in Italia, certamente è da annoverare⁴ la necessità di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari ordinari già in affanno per il contenzioso arretrato, faticoso da smaltire e sempre più in difficoltà ad assorbire i procedimenti sopravvenuti⁵.

È evidente che i giudizi arretrati, sommati a quelli sopravvenuti, l'aumento della litigiosità dei cittadini (la c.d. *litigation explosion*)⁶, l'accentuazione delle garanzie formali (elemento distintivo nello sviluppo della giustizia negli Stati democratici moderni), hanno comportato un ragguardevole allungamento della durata dei giudizi, con una conseguente ripercussione in termini di ragionevole durata dei giudizi, con una conseguente ripercussione in termini di ragionevole durata del processo⁷.

⁴ Le ragioni che hanno contribuito all'espansione della conciliazione sono state suddivise in due linee di tendenza che si definiscono come de formalizzazione (fra le quali rientrano il crescente carico di lavoro degli organi giudiziari, l'aumento delle garanzie formali, il non sempre facile accesso alla giustizia per tutte le categorie di cittadini) e de legalizzazione (ossia un insieme di ragioni storiche e sociologiche che muovono nella direzione di una risoluzione delle liti alternativa alla giurisdizione delle controversie): cfr. DENTI, *I procedimenti non giudiziari*, cit., p. 421 ss.

⁵ Per maggiori approfondimenti vedi PROTO PISANI, *Attualità e prospettive per il processo civile*, in *Foro it.*, 2002, V, c.3; ID., *La giustizia del lavoro dopo il d.leg. 80/98*, in *Foro it.*, 1999, V, c.58.

⁶ L'aumento della litigiosità è una caratteristica costante che accomuna i vari Stati europei: cfr. CHIARLONI, *Stato attuale*, cit., p. 453 ed ivi il richiamo a BLANKENBURG, *Civil litigation rates as indicators for legal cultures*, in *Comparing legal cultures*, (a cura di Nelken), Dartmouth, 1997, p. 46.

⁷ È noto come più volte l'Italia sia stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per l'eccessiva durata dei processi, in violazione dell'art.6 della CEDU. Parte della

Proprio la progressiva crescita delle garanzie formali, ha avuto per conseguenza un aumento della complessità del processo, creando, da un lato, difficoltà da parte dei cittadini nell'ottenere un riconoscimento giudiziale dei propri diritti, e dall'altro, rendendo la tutela giurisdizionale inadeguata a definire alcuni tipi di controversie che esigono un celere intervento nella soluzione del conflitto.

È ovvio, quindi, che l'allungamento dei tempi processuali e l'elevato tecnicismo determinato dalla complessità dei processi, implicano un aumento dei costi che la parte ha l'onere di sostenere, costi che, soprattutto nelle liti minori, risultano essere, spesso sproporzionati rispetto ai benefici ottenuti per mezzo di un provvedimento giurisdizionale favorevole. Ciò si verifica allorchè le spese sopportate per la difesa tecnica, unite a quelle processuali, risultino superiori al valore della causa, emergendo così un'irragionevolezza anche sul piano economico.

dottrina ha ravvisato in tale ambito una situazione paradossale: la parte che in un processo ritiene dalla sua di avere ragione, si rivolgerà ad un avvocato specializzato in ricorsi alla Corte europea chiedendo la condanna dello Stato italiano per non essere stato in grado di garantire una durata ragionevole del processo. Vedi CAPPONI, *«Giudice di pace» e «arbitrato» nella riforma del processo civile*, in *Giust. Civ.*, 1989, II, p.360; v. anche CHIARLONI, *Stato attuale*, cit., p. 452, spec. nota n.16.

Infine, una spinta verso la diffusione degli ADR è da rinvenire nell'intensificazione degli scambi commerciali fra i paesi comunitari ed extracomunitari che ha richiesto l'impiego di nuovi sistemi di risoluzione delle controversie più duttili e flessibili rispetto alla giurisdizione statale, che male si adatta alla definizione di liti coinvolgenti questioni transfrontaliere; preferibile in tale ambito è l'impiego di strumenti che assicurano un governo privato della giustizia e che ha trovato nella conciliazione e nell'arbitrato la sua tipica espressione.

Invero, questo risultato può essere ottenuto operando in due direzioni fondamentali: una esterna ed una interna al processo; la prima abbraccia i mezzi di tutela alternativi al giudizio diretti a prevenirlo o a sostituirsi ad esso, mentre la seconda include quegli strumenti di natura endoprocessuale che non sono propriamente alternativi al processo, poiché presuppongono la sua instaurazione e si delineano come varianti al suo corso e alla sua decisione finale. Ovviamente, l'alternativa stragiudiziale (o esterna), per potere essere appetibile dalle parti, deve comunque offrire un'adeguata tutela in grado di evitare il ricorso all'autorità giudiziaria, favorendo il più

possibile la realizzazione di atti d'«autonomia privata fra i contendenti (come la conciliazione e l'«arbitrato).

L'«alternativa giudiziale (o interna) prospetta invece alcune divergenze dal processo di cognizione ordinario dando origine a modelli processuali diversificati (la c.d. tutela giurisdizionale differenziata) meno dispendiosi e più celeri rispetto alla forma di tutela ordinaria.

In ogni caso, questi due strumenti (esterno ed interno), pur differenziandosi fra loro, sono comunque accomunati dalla necessità di soddisfare i nuovi, ma anche i vecchi, bisogni di tutela che emergono nel contesto sociale, a fronte dell'«inadeguatezza delle strutture statali non sempre in grado di esaudire la domanda di giustizia proveniente dai cittadini.

CAPITOLO I

La nascita della mediazione civile e commerciale, uno sguardo comparatistico. Il suo sviluppo all'interno dell'Unione Europea.

1.1 La nascita delle ADR: gli strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti.

È da tempo in atto, nel nostro ordinamento, così come in quello di molti altri Stati, il tentativo di promuovere il ricorso ad altri sistemi (diversi dalla pubblica giurisdizione), attraverso i quali i diritti di un qualsiasi soggetto possano trovare opportuna soddisfazione.

Ove insorga una controversia giuridica tra due soggetti sul modo di essere o sulla spettanza di un bene della vita, la via che immediatamente sembra sovvenire per la sua soluzione appare essere quella del ricorso al giudice dello Stato.

La tutela dei diritti del cittadino, in un ordinamento democratico come il nostro, trova la sua massima espressione nella Carta Costituzionale che garantisce, a tutti i cittadini, l'accesso alla giustizia in funzione di una reale protezione dei diritti e degli interessi che si ritengono violati.

I principi contenuti nella Costituzione si inquadrano in un contesto sistematico all'interno del quale il processo rappresenta il cardine della tutela dei diritti e la giurisdizione costituisce l'unica funzione istituzionalmente deputata alla risoluzione dei conflitti. Tale impostazione deriva da un'assunzione di responsabilità della comunità civile, certamente risalente alle aggregazioni primitive, in conseguenza della quale il conflitto privato veniva attratto sotto il controllo di un'autorità riconosciuta e precostituita.

Gli studi storico-giuridici hanno dimostrato come non vi sia stata comunità organizzata che abbia potuto sopravvivere senza un sistema di regole di condotta e di risoluzione dei conflitti sociali, comunque ispirato a criteri di imparzialità⁸.

Il fondamento di un sistema di controllo collettivo del contenzioso tra i singoli può rintracciarsi, all'origine, nelle diverse e variegata convinzioni magiche e religiose che giustificavano la necessità

⁸ TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 7, il quale sottolinea che, secondo un'opinione ampiamente diffusa, che nega una caratterizzazione in senso monarchico delle organizzazioni primitive, in queste comunità, si configuravano già delle forme di autodifesa controllate dalla collettività; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lineamenti di storia del diritto romano*, (Autori vari), Milano, 1979, p. 30 ss.

dell'intervento della *civitas* per dirimere le controversie e, più in generale, per tutelare la pace sociale⁹.

Se in un momento successivo, in una comunità ben più organizzata (come quella della Roma imperiale), l'opportunità della partecipazione degli organi pubblici alla soluzione delle dispute private trovava, invece, una giustificazione più razionale, nell'intento di evitare che il conflitto sociale portasse a reazioni incontrollabili, l'intervento del magistrato, nel ruolo di *iudex* della controversia privata, si era, ormai, radicato nel sistema di quelle civiltà primitive.

La storia del diritto ha anche dimostrato come la creazione di una serie di strutture giuridiche e sostanziali, deputate al componimento delle controversie, abbia condotto, già in tempi lontani, ad un fenomeno di degenerazione del processo, in conseguenza del quale, la lunghezza dei processi era divenuta "proverbiale" ed il fenomeno delle

⁹ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 6, ha evidenziato come il momento magico e religioso, avesse una certa influenza sulla nascita del processo privato. Egli inoltre afferma come la *necessitas iudicandi*, da parte degli organi delle comunità primitive, trovasse fondamento su un piano in cui la risoluzione dei fatti controversi veniva percepito quale momento di particolare importanza per la comunità stessa, come la conservazione della *pax deorum*.

□cosiddette *lites immortales*□ era diventato un argomento privilegiato fin dall'inizio del XVIII secolo¹⁰.

Ciò nonostante, lo *iudicium* si è tramandato fino alle comunità odierne, forte della funzione sociale, di cui lo stato moderno si è appropriato, disciplinando e garantendo l'esclusività della giurisdizione.

Sebbene, poi, non siano mancate, nella storia degli ordinamenti antichi, forme di risoluzione dei contenziosi demandate a soggetti privati¹¹, talvolta con modalità marcatamente mirate a sottrarre la controversia alla sfera di influenza pubblica¹², la giurisdizione statale ha continuato a svolgere il ruolo di principale ed esclusivo garante della legalità e della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati. Tale assetto si è tramandato sino ai giorni nostri, ove la giurisdizione costituisce una delle funzioni principali dello Stato moderno, volto ad assicurare l'osservanza delle norme di diritto

¹⁰ PICARDI, *Processo civile (Diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 113; MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1742, p. 111.

¹¹ Nelle diverse epoche romane, con particolare riferimento all'arbitrato, come afferma DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, IV ed., Roma, 1968, pp. 160, 471 ss.

¹² Nell'ambito della giustizia arbitrale, si è sempre manifestata l'esigenza di un controllo da parte della *civica*, al fine di riconoscere e garantire gli esiti delle procedure private; tuttavia, non sono mancate le spinte, soprattutto provenienti da gruppi di categoria, per un sostanziale affrancamento dell'istituto dalla sfera di influenza della giustizia statale. Sull'argomento vedi: FAZZALARI E., *Processo arbitrale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 300.

approvate dal potere legislativo, con l'opportuna specificazione che l'oggetto della tutela giurisdizionale definita "civile" è il diritto soggettivo, quale posizione desumibile, in termini generali, dalle norme sostanziali di diritto privato.

La violazione di un diritto soggettivo, tanto quanto la lesione di un interesse legittimo, trova la sua naturale riparazione nell'ambito dei sistemi di tutela previsti dal nostro ordinamento, cui il soggetto titolare di una posizione giuridica lesa può rivolgersi, allo scopo di ottenere un provvedimento che riconosca, al termine di un procedimento generalmente in contraddittorio tra le parti, l'eventuale sussistenza della lamentata violazione e, ove ne ricorrano i presupposti, il risarcimento dei danni subiti.

La giurisdizione, pertanto, rappresenta quel momento in cui l'ordinamento si afferma nel caso concreto o, secondo un'autorevole definizione, quell'attività di attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività degli organi pubblici all'attività altrui¹³.

¹³ Così CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 259.

Nell'ordinamento italiano, le caratteristiche fondamentali della giurisdizione si rintracciano in quelle stesse prerogative che costituiscono l'essenza della funzione giurisdizionale, a cominciare dall'imparzialità ed indipendenza del giudice, a garanzia delle quali il legislatore costituente ha previsto che il giudice sia preconstituito (artt. 25 e 102 Cost.) e scelto, in via ordinaria, per concorso (art. 106 Cost.), così come ha disposto che la magistratura sia un ordine autonomo ed indipendente

Tale ricostruzione storico-giuridica del fenomeno giurisdizionale , consente di comprendere la naturale propensione degli ordinamenti moderni per una tutela dei diritti fondata, in misura assolutamente prevalente, su un sistema giudiziario facente capo allo Stato, il quale, in forza di una funzione ad esso spettante, per tradizione e per sua stessa struttura, si fa carico, oltre che della predisposizione delle norme di diritto, della concreta attuazione delle medesime. Le stesse caratteristiche della giurisdizione e la disciplina costituzionale di riferimento contribuiscono, in modo determinante, a rendere particolarmente attrattivo, per tutti i soggetti, il ricorso ad un sistema pubblico che fornisca, almeno sulla carta, le più ampie garanzie in termini di imparzialità, contraddittorio e certezza delle situazioni giuridiche oggetto di accertamento o di esecuzione.

Tuttavia, sia nel nostro che in altri ordinamenti, si riscontrano sistemi diversi dalla pubblica giurisdizione, attraverso i quali i diritti di un qualsiasi soggetto possono trovare opportuna soddisfazione;

da ogni altro potere (art. 104 Cost.). Altre due caratteristiche peculiari della giurisdizione sono rappresentate, da un lato, dalla configurazione di tutti i procedimenti come procedure ad iniziativa di un soggetto diverso dall'organo giudicante e, dall'altro lato, dalla valenza di "cosa giudicata" che viene riconosciuta ai provvedimenti definitivi, i quali, pertanto, sono da considerarsi incontestabili ed intoccabili, sia ad opera delle parti che degli stessi organi giudiziari, oltre che suscettibili di dar luogo ad azione esecutiva; così anche DI ROCCO, SANTI, *La conciliazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4 ss.

i singoli ,cioè, non hanno certo l'obbligo di servirsi del pur necessariamente disponibile apparato della giurisdizione statale¹⁴.

Attraverso gli stimoli provenienti da altri ordinamenti sono state recuperate vecchie idee, affinché si potesse fare fronte ad un problema *endemico* nel nostro, come in tutti gli altri ordinamenti giuridici contemporanei: quello della crisi dei sistemi giuridici tradizionali e della loro inadeguatezza rispetto alla domanda di tutela proveniente dalla società¹⁵.

¹⁴ Il processo, nodo tradizionale e solenne per la risoluzione delle liti, risulta fatalmente inadeguato alle nuove esigenze: così BIVIATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2005, p. 791 ss.; DI ROCCO, SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 9: l'Autore afferma infatti che la giurisdizione ordinaria non può dirsi in grado di svolgere la sua funzione se, per funzione giurisdizionale, deve intendersi il corretto espletamento di un'attività giudicante ed esecutiva, finalizzata alla effettiva tutela dei diritti che si pretendono lesi. La violazione di un diritto, così come di un interesse legittimo, necessita di un intervento che sia tanto garantito dall'interposizione dell'Autorità, quanto tempestivo nelle modalità di ottenimento di un provvedimento che possa soddisfare la legittima esigenza di giustizia del singolo. Se, sotto il primo profilo, può riconoscersi che l'intervento dell'Autorità giudiziaria fornisca sufficienti garanzie di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, come pure di efficacia dell'intervento, sotto il secondo profilo non può certo affermarsi che la durata degli odierni procedimenti giudiziari sia minimamente idonea a realizzare quella effettiva tutela dei diritti che la Carta Costituzionale intende riconoscere. I tempi della giustizia vanificano l'effettiva soddisfazione di qualsiasi pretesa fatta valere in giudizio, che non può ritenersi minimamente appagata da una pronuncia che intervenga a distanza di anni dal momento in cui è stata azionata. Ciò si constata, con maggiore gravità, in tutti quei settori dove la necessità di una rapida soluzione di una controversia diventa requisito indispensabile per la sopravvivenza di un soggetto o per la stessa utilità concreta della pronuncia.

¹⁵ F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione, modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008, p. 1. Secondo PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei conflitti-L'esperienza inglese e italiana-*, CEDAM, Padova, 2007, p. 6 ss., nell'esperienza degli ordinamenti contemporanei si assiste ai tentativi più "appariscenti" di appropriazione delle ADR da parte dello Stato, il quale tende sempre più spesso a farvi ricorso per diverse ragioni, tra le quali spicca la crisi della giustizia civile, spesso incapace di rispondere alla crescente domanda di giustizia. Quindi la crescente diffusione sia nei paesi di civil law che in quelli di common law assume i connotati di una risposta ad un'esigenza che sembra appartenere oltre che ai cittadini anche , anzi soprattutto, per certi versi agli Stati. Ecco che si assiste quindi ad un'attrazione delle ADR nell'orbita della sfera pubblica, pur essendo nate come metodi privati di risoluzione dei conflitti.

La dimostrazione che, ad esempio, il sistema giudiziario italiano non sia in grado di approntare una tutela effettiva dei diritti del cittadino, ci è fornita dalle numerose condanne che il nostro paese ha subito di fronte alla Corte di Strasburgo per la violazione del principio della ragionevole durata del processo¹⁶.

Per affrontare e risolvere il suddetto problema, sia nell'ordinamento giuridico italiano che in quello degli altri paesi, ci si è posti in una

CARRATTA A., *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla* *Mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studi in onore di G.Verde*, Jovene, Napoli, 2010, p. 145, sottolinea come non vada trascurato, nell'ottica della valorizzazione dei rimedi conciliativi come strumenti deflattivi del contenzioso, il continuo aggravarsi della crisi nella quale versa, non solo in Italia, l'amministrazione della giustizia statale, crisi dovuta soprattutto ad un'esplosione della litigiosità che ha accompagnato il diffondersi di una maggiore consapevolezza, da parte dei cittadini, dei propri diritti, insieme al diffondersi di una maggiore ricchezza degli individui, esplosione che ha quindi inciso sull'aumento della durata media dei processi soprattutto civili. Su questo punto, si veda anche VERDE G., *La giustizia italiana nel 2000*, in *Foro it.*, 2000, V, p.47 ss., ed inoltre CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali, in Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 3 ss.; a proposito in particolare della litigiosità vedi PELLEGRINI *La litigiosità in Italia: un'analisi sociologico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997.

¹⁶ A fronte di tale situazione di crisi, il legislatore nel corso degli anni, ha messo in atto una serie di riforme mirate al decongestionamento del contenzioso ed alla semplificazione delle procedure: si pensi alla riforma del rito civile del 1995 e all'introduzione del giudice unico. A proposito della riforma del rito societario operata dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n.5 anche GHIRGA M.F., *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G.Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 209 ss., sostiene che la finalità della riforma del rito in questione, sia stata quella di ridimensionare il ricorso alla giustizia togata nelle materie in questione, anche attraverso l'introduzione di strumenti più agevoli come il procedimento sommario, i provvedimenti d'urgenza e le misure cautelari anticipatorie svincolate dalla strumentalità. A proposito della crisi che da decenni pervade il nostro sistema giudiziario vedi: CHIARLONI S., *Riforma dell'ordinamento giudiziario, efficienza nell'amministrazione della giustizia*

prospettiva nuova che, si potrebbe definire di "risoluzione dei conflitti" o meglio di risoluzione "alternativa" dei conflitti¹⁷.

Gli studiosi, accantonando l'idea del monopolio dei sistemi giudiziari¹⁸, hanno allargato il loro sguardo, rivolgendo la loro

¹⁷ Bisogna però non tralasciare una considerazione e cioè che non bisogna guardare i metodi alternativi di risoluzione delle controversie solo nell'ottica della deflazione del contenzioso. Non bisogna credere che la giustizia civile non funzioni solo a causa del numero troppo elevato di contenziosi. I problemi che attengono al processo civile riguardano le procedure, la gestione del processo, la scarsa autonomia delle parti, lo scarso livello di informatizzazione. Nemmeno l'introduzione con legge costituzionale del 99 del principio del giusto processo (che ancora una volta è servito a ribadire il concetto della centralità della giurisdizione civile, come vedremo meglio in seguito), è riuscita a risolvere il problema giustizia in Italia, in quanto la lentezza non dipende solo dalla disciplina processuale, ma anche dall'organizzazione in generale degli apparati giudiziari. È proprio una giustizia che funziona che permette al cittadino di scegliere liberamente se ricorrere o meno ai metodi "alternativi" piuttosto che ai procedimenti giurisdizionali. Contrariamente a quanto si pensi, il privato guarderà più volentieri ai metodi alternativi di risoluzione in caso di buon funzionamento della giustizia (punto da tenere, a mio avviso, in considerazione per ridare vitalità all'istituto della mediazione nel nostro ordinamento specie dopo la pronuncia della Corte costituzionale che ne ha "eliminato" l'obbligatorietà). Negli Stati Uniti, come si approfondirà meglio nel corso di questo capitolo, dove le ADR sono nate, e dove la giustizia funziona in maniera più efficiente rispetto a quella italiana, i metodi extragiudiziali si sono sviluppati in maniera molto ampia: per un'analisi più approfondita vedi DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione*, p. 14 ss.

¹⁸ M. F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, fasc.2, 2006, pag. 464 ss., afferma che quando si parla di conciliazione, bisogna superare la concezione del primato del potere giurisdizionale nella risoluzione dei conflitti, abbandonando di conseguenza il principio di priorità della giurisdizione, per abbracciare invece quello di sussidiarietà, secondo il quale, il ricorso all'autorità giudiziaria rappresenterebbe l'ultima chance a disposizione, alla quale far ricorso quando tutti gli altri strumenti offerti dal sistema abbiano fallito, promuovendo quindi il ricorso a forme di *autocomposizione dei conflitti*, che si collocano nell'ambito dell'autonomia dei privati. P.F. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi in onore di G.Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2063, sostiene infatti che l'idea più diffusa è quella di priorità della giurisdizione, che è molto diversa da quella di centralità della giurisdizione: questa invece è l'idea espressa nella nostra Costituzione, ed in particolar modo negli artt. 24 e 111: la tutela giurisdizionale dei diritti è un'attività costituzionalmente necessaria, che non può essere eliminata dal legislatore. Sempre secondo l'Autore l'idea di priorità della giurisdizione, corrisponde ad uno stato psicologico della parte lesa o che si ritiene lesa in un suo diritto, pensando quest'ultima, di dovere ricorrere immediatamente al giudice per la tutela dello stesso.

Tale idea, però, mal si adatta ad una realtà assai mutata e che si fonda essenzialmente sul principio di sussidiarietà, secondo il quale l'intervento dell'autorità giurisdizionale deve rappresentare l'estrema ratio, l'ultima delle chances a disposizione del soggetto ed alla quale si deve ricorrere solo qualora le altre non raggiungono la finalità per la quale erano state predisposte ed esperite.

Al momento del sorgere del conflitto, quindi, le parti devono cercare innanzitutto di risolvere da sole la controversia con gli strumenti negoziali messi a disposizione dall'ordinamento; qualora non

attenzione ad altri meccanismi che, concorrono con il processo a regolare e risolvere le controversie tra privati e che parte autorevole della dottrina, ha definito "equivalenti giurisdizionali"¹⁹.

Le moderne Costituzioni, hanno fatto del pluralismo un valore fondante e hanno riconosciuto ampi spazi all' "autonomia privata. Inoltre, l' "intrecciarsi di rapporti commerciali e giuridici tra soggetti appartenenti a Stati diversi, ha inciso sulla concezione e sui limiti della sovranità dello Stato, determinando il superamento , della tradizionale visione dell' "amministrazione della giustizia e della

vi riescano, devono tentare la risoluzione della controversia attraverso l' "intervento di un terzo. Se neppure attraverso questi metodi si dovesse arrivare ad una soluzione, allora è necessario ricorrere ai metodi "aggiudicativi" e quindi o all' "arbitrato o se nemmeno attraverso il patto compromissorio si riesce a raggiungere un accordo, alla giurisdizione statale.

A proposito dell' "esigenza che la giurisdizione sia attuata mediante "il processo giusto regolato dalla legge" vedi più approfonditamente CARRATTA A., *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, III, p.2591 ss.; l' "Autore in particolare sostiene che il processo nella sua interezza ed in tutte le sue articolazioni per essere "giusto" debba essere caratterizzato da una continua collaborazione fra le parti e il giudice.

¹⁹ Di equivalenti al processo giurisdizionale ha parlato CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1956, p. 60-61: l' "Autore afferma che :
" La nozione di equivalente processuale si risolve in due ipotesi, o la lite si compone per opera delle parti o si compone per opera di un terzo, diverso dall' "ufficio giudiziario. Nel primo caso si può parlare di *autocomposizione della lite*; poiché non vi ricorre l' "impiego di quel metodo, al quale è dato nome di processo, l' "autocomposizione è altresì composizione *extraprocessuale* della lite. Nel secondo caso la collaborazione delle parti con un terzo determina invece un metodo di lavoro, che richiama il processo, ma il difetto nel terzo della potestà giudiziaria secondo l' "ordinamento giuridico interno non permette che vi sia ravvisato processo vero e proprio. Che in ciascuno di questi casi si riconosca, entro certi limiti, efficacia alla composizione extraprocessuale, è un' "applicazione della legge del minimo mezzo; poiché il processo costa tempo e denaro, tanto meglio se questo, pur ottenendo lo stesso risultato, si possa risparmiare. Può darsi che il risultato non sia perfettamente identico, il che forse dal lato dell' "esattezza potrebbe indurre a preferire il concetto di *surrogati* a quello di *equivalenti* del processo; l' "economia di tempo e di denaro può essere scontata con una minore garanzia di giustizia della composizione; ciò riguarda non solo l' "autocomposizione, ma anche l' "eterocomposizione ottenuta ,ad esempio, con il processo arbitrale oppure con il processo straniero. Tuttavia, compensandosi il pericolo quanto alla giustizia almeno con il vantaggio quanto all' "economia, il conto può tornare; nei limiti in cui torna l' "equivalente è riconosciuto".

risoluzione delle controversie fra privati come funzione tipicamente statale, favorendo così, il diffondersi di un'idea di giustizia non più "processo-centrica" ma "de-legalizzata, de-professionalizzata e decentralizzata"²⁰, tesa ad evitare insanabili fratture fra le parti in lite ed a realizzare quelle che suggestivamente è stata definita "giustizia coesistenziale" finalizzata a "rammendare" situazioni conflittuali fra soggetti che appartengono alla medesima collettività o che intrattengono comunque relazioni destinate a durare nel tempo all'interno di una comunità sociale, culturale, economica.

Tali metodi alternativi, a differenza di quanto si possa immaginare, precedono cronologicamente e storicamente il processo; si tratta infatti di modalità già diffuse e note dal più antico passato, che non hanno mai cessato di esistere e che oggi sono sempre più tenute in considerazione dagli Stati contemporanei, in quanto possibili strumenti di deflazione del sistema giudiziario.

La dottrina utilizza tale locuzione (cioè metodi alternativi di risoluzione), per tradurre un'espressione inglese, quella cioè di

²⁰ Tale concezione è sostenuta da CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv.dir.proc.*, 1982, p.233 ss; ID., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna 1994, p. 71 ss. e 103 ss.; ID., ID., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Scritti in onore i E. Tosato*, vol. III, *La costituente italiana. Aspetti del sistema costituzionale*, Milano, 1984, p.501 ss.

alternative dispute resolution (methods), solitamente abbreviata in *ADR*²¹.

²¹ L'ADR, nella sua accezione più nota di *Alternative Dispute Resolution*, ma anche in quella più innovativa di *Amical Dispute Resolution*, deve intendersi come un movimento di pensiero e, allo stesso tempo, un fenomeno para-giuridico, che ha dato notevole impulso alla diffusione di forme di risoluzione del contenzioso, per l'appunto, "alternative" alla giurisdizione. Tale movimento si è sviluppato negli Stati Uniti, a partire dalla fine degli anni '70 e si è esteso, successivamente, anche in Inghilterra ed in alcuni paesi dell'Europa continentale. I francesi molto restii ad adottare vocaboli anglofoni, hanno coniato il diverso acronimo MARCS (*Modes Alternatifs de Reglement des Conflits*) che non si discosta significativamente dalla sigla americana.

Le radici di questo fenomeno, sono molto antiche e possono essere rintracciate in alcune filosofie orientali, che professavano la soluzione pacifica di ogni genere di conflitto ed imponevano la ricerca di un accordo per porre fine ad una lite in corso: per un approfondimento vedi TARUFFO M., *La conciliazione nell'ordinamento cinese*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 581 ss.

Il concetto di "alternatività" rispetto al sistema giurisdizionale, espresso nell'acronimo ADR, è stato già oggetto di revisione, all'interno di quel medesimo movimento di pensiero che lo ha generato. Si è considerato che, il classificare alternativi questi metodi, per un primo aspetto, non esprime l'essenza degli stessi, mentre per un secondo aspetto, richiama una valutazione di secondarietà di tali procedimenti che non troverebbe valida giustificazione in una primazia della giurisdizione pubblica, primazia che, se può essere sicuramente affermata sul piano numerico, non può riscontrarsi sul piano dell'efficienza (come abbiamo già sottolineato) e dell'idoneità del procedimento prescelto a dirimere il contenzioso. Per questo recentemente una dottrina straniera più che parlare di strumenti alternativi, ha usato termini come "appropriato" o "amicale" che a suo modo di vedere meglio si adattano nella definizione delle ADR: per un richiamo a tale dottrina, si veda DI ROCCO M, SANTI A., *La conciliazione*, cit., p. 21 ss. e così pure GHIRGA M.F., *Gli strumenti alternativi*, cit. p.2021 ss.; vedi anche PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti- L'esperienza inglese e italiana-*, Cedam, Padova, 2007, p.2 ss.. L'origine dell'espressione *alternative dispute resolution*, si fa risalire alla *Pound Conference* tenutasi nel 1976 a St. Paul Minnesota. A tale conferenza, il tema era proprio quello della crisi della giustizia: le cause furono individuate nell'eccesso di domanda. Il rimedio che allora venne prospettato fu il ricorso a procedure alternative che potessero alleggerire il sistema giudiziario. Nel corso della Pound Conference, nacque un'idea molto innovativa e cioè quella di una *multidoor court house*, l'attore cioè, sarebbe stato indirizzato da un funzionario verso il procedimento o la successione di procedimenti adeguati al tipo di controversia; per maggiori approfondimenti anche riguardo la dottrina americana che si è occupata del punto vedi CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 28 ss. Ancora sempre per un'analisi più dettagliata del fenomeno delle ADR, della sua nascita e del suo sviluppo vedi: ALPA G., *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.* 1994, II, p. 111 ss.; PUNZI C., voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Del dir. Agg.* IV, Milano, 2000, p.327 ss.; BRIGUGLIO A., voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. IV disc. Priv. Sez. civ.*, III, p.203 ss; ancora BUONFRATE A., LEOGRANDE A., *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. dell'arbitrato*, 1999, 2 fasc., p.378 ss.; CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, p.269 ss.; ID., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 694 ss.; LA CHINA S., *Riflessioni in libertà su ADR, arbitrato, conciliazione*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Cedam, Padova, 1997, I, p.165 ss.; COMOGLIO L.P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir.proc.*, 2000, fasc.2, p. 318 ss.; SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.* 1999, p.321 ss.; DANOVÌ F., *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur.it.*, 1997, IV, p.326 ss;

Il concetto di "alternativa" che esse evocano, sembra suggerire un'esclusione del processo; tuttavia non è sempre così: infatti le ADR, nella realtà non escludono il processo²², anzi lo presuppongono, lo precedono e addirittura in taluni casi si intrecciano con il suo svolgimento²³.

Pur essendo tali mezzi definiti "un'alternativa" non rappresentano un diniego di giustizia o una mancata tutela dei diritti, nel senso che permettono, comunque, l'accesso alla forma di tutela per eccellenza, cioè il processo²⁴.

²² Per un'analisi più approfondita del rapporto tra mediazione e processo vedi: LUPOI M.A., *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo*, in www.judicium.it, (01.10.2012).

²³ Buona parte della dottrina, infatti, ritiene che la diffusione e il successo dello strumento conciliativo, come in generale degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, presuppongono il buon funzionamento della giustizia civile, poiché la prospettiva di una efficiente tutela giurisdizionale tende ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite e a scoraggiare comportamenti ostruzionistici all'attuazione del rapporto sostanziale: vedi DALFINO D., *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 101 ss. Anche secondo PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti*, cit., p. 3 ss., le ADR, più che escludere il processo, in realtà si confrontano continuamente con esso, in modo tale che ciò possa rappresentare un modo per pensare e guardare alla giustizia civile come ad un sistema integrato per la tutela dei diritti, nel quale l'operare di diversi istituti secondo meccanismi propri non esclude, anzi implica la centralità della giurisdizione; in questa direzione anche FERRARI V., *La giustizia come servizio. Centralità della giurisdizione e forme alternative di tutela*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Giuffrè, Milano, 2005, p. 47 ss.

²⁴ R.CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. Trim.dir.e proc.civ.*, 2008, suppl. al fasc. 3, p. 100 ss.; L'Autore sottolinea come lo Stato moderno, fra il XVII e il XVIII secolo, avesse la finalità di "appropriarsi" della funzione di rendere giustizia, avocando a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, nel tentativo di porre rimedio proprio al fenomeno della degenerazione del processo romano-canonico, di cui abbiamo parlato in precedenza. Questo obiettivo, relega al margine quella forma di giustizia attuale resa nel c.d. *ordo iudiciarum*, cioè nel processo medievale i cui principi sono elaborati dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della controversia. Anche nella storia del pensiero giuridico, in particolare nella seconda metà del XIX secolo, si assiste ad una netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile nell'alveo dello *ius publicum*.

Solo considerando e concependo le ADR in questi termini (che è quello che poi la dottrina sta cercando di fare da circa un decennio), cioè non «avulse» dal processo, esse possono costituire un valido strumento di tutela²⁵. L'operare di diversi istituti secondo propri meccanismi all'interno della giustizia statale, non esclude quindi, anzi implica la centralità della giurisdizione²⁶.

L'idea di fondo che ha preso vigore, prima nell'ambito delle scienze sociali, poi ripresa e ampliata dalla dottrina, è quella di porre al centro

Per una critica a tale concezione si veda anche S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Società editrice «Vita e pensiero» Milano, 1931, p. 44 ss., in particolare p. 50, dove, per l'Autore, nello spazio intercorrente tra l'arbitrato ricostruito in chiave privatistica e contrattuale, e il processo civile statale irrigidito nella disciplina legislativa, vi è il vuoto; Egli infatti scrive: «Il punto di contrasto sull'ammissione dei contratti processuali trascende la loro singolare manifestazione per toccare le radici più intime di tutto il diritto processuale, la concezione cioè del processo nella sua struttura e nella sua funzione non solo giuridica, ma forse insieme sociale. Si tratta insomma di decidere sulla convenzionalità o meno del processo, di accettare cioè l'idea del rapporto pubblicistico che prevale nelle concezioni e nelle legislazioni moderne, o di tornare all'antico. I contratti processuali rappresentano una nostalgia di quest'antico»

Anche nel codice di procedura civile del 1942 si «avverte» la virata pubblicistica e il rafforzamento dell'autorità del giudice: a tal proposito vedi la *Relazione al Re* per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, in *Codice di procedura civile*, a cura di CIPRIANI-D'ELIA-IMPAGNATIELLO, Cacucci, Bari, 1997.

Nel codice del '42 si percepisce la volontà di relegare in secondo piano le utilità che gli individui potrebbero conseguire nel momento in cui intraprendono un processo e la possibilità che queste utilità possano essere conseguite anche attraverso strumenti diversi dallo svolgimento di un processo giurisdizionale.

Per un'analisi più approfondita relativa alle origini storiche del monopolio statale della giurisdizione vedi: PICARDI N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p.17 ss.; ID., *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova 2009, p.3 ss.

²⁵ Secondo A.CARRATTA, *La via italiana alla conciliazione*, cit., p.145 ss., l'efficienza dell'amministrazione della giustizia condiziona direttamente la buona riuscita degli strumenti conciliativi stragiudiziali (tanto più se obbligatori), essendo facilmente prevedibile che la volontà conciliativa delle parti sarà tanto più forte quanto maggiore è la convinzione che, seguendo la strada processuale, si perverrà alla decisione in tempi relativamente brevi e con costi notevolmente superiori.

²⁶ Concetto espresso e ribadito anche da F. P. LUISO, *La conciliazione*, cit. p. 2063, come si è già avuto modo di approfondire.

del discorso sui metodi di risoluzione dei conflitti, il conflitto stesso, e di sviluppare, attorno ad esso, un diverso criterio per catalogare le modalità in concreto utilizzate dai conflittanti per gestire i loro rapporti conflittuali.

Ma cos'è un conflitto²⁷? Sociologi ed antropologi ci dicono che il conflitto non è un'entità data, e che l'immagine che di esso fornisce il diritto (individuando le situazioni che, in quanto conflittuali, possono o devono essere risolte) è un'immagine parziale, incapace di cogliere la multiformità variabile del fenomeno conflittuale la quale emerge in particolar modo dall'analisi delle fasi prodromiche di esso, che nulla hanno a che vedere con l'idea statica della lite, propria dell'indagine giuridica tradizionale²⁸.

²⁷ ARIELLI E, SCOTTO G., *Conflitti e mediazione: introduzione ad una teoria generale*, Milano, Mondadori, 2003, p. 9, accoglie come definizione di conflitto quella secondo la quale esso "è un'interazione tra agenti (individui, gruppi, organizzazioni ecc.), in cui almeno un attore percepisce un'incompatibilità con uno o più altri attori nella dimensione del pensiero e delle percezioni, nella dimensione emozionale e/o nella dimensione della volontà in una maniera tale che la realizzazione dei propri pensieri, emozioni, volontà, venga ostacolata da un altro attore". Secondo DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione*, cit., p.17 ss., la controversia è un evento patologico che interviene nelle relazioni tra due o più soggetti, "è un malato che va curato, ma per fare ciò è necessario che sia predisposta un'opportuna diagnosi che stabilisca le cause che hanno determinato la rottura dei rapporti".

²⁸ Secondo F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit. p. 11 e ss., si utilizza questa espressione piuttosto che quella di "controversia" per sottolineare la maggiore complessità dell'oggetto della conciliazione, all'interno del quale vi sono anche elementi di natura sociale, psicologica, umana ed emotiva dei quali il mediatore deve tenere conto nella risoluzione del conflitto. Il conflitto, in sostanza è sola la punta di un iceberg, al di sotto del quale esistono una molteplicità di situazioni preconflictuali che solo in alcune circostanze evolvono allo stadio di conflitto vero e proprio. Nel prendere in esame il conflitto e le sue caratteristiche e in generale i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, l'Autrice fa spesso riferimento alla letteratura e alla dottrina

1.2. Gli strumenti autonomi e gli strumenti eteronomi di risoluzione delle controversie.

In relazione a quanto finora detto, gli strumenti che nell'ambito del nostro ordinamento sono capaci di risolvere un contrasto tra due soggetti, possono essere distinti in due categorie: da una parte abbiamo gli "strumenti autonomi" caratterizzati dal fatto che sono gli stessi destinatari del provvedimento finale ad individuare, mediante un "accordo" la regola di condotta da adottare nel caso specifico, risolvendo in questo modo la controversia; ciò avviene di solito utilizzando un atto negoziale o addirittura un contratto (come la transazione).

Dall'altra vi sono gli "strumenti eteronomi" dove è un soggetto terzo ad "imporre" alle parti una regola di comportamento, sia esso un giudice, che quindi ha tale potere in virtù della legge, sia esso un

d'oltreoceano, che lei stessa definisce "sconfinata e trasversale" *La conciliazione*, cit. p. 12; infatti è proprio in America che nella seconda metà del secolo scorso nascono e si sviluppano le ADR; proprio le ADR nate negli Stati Uniti intorno agli anni 50 hanno costituito per lungo tempo un modello di riferimento per molti paesi europei, e non soltanto di common law, nella creazione e regolamentazione di strumenti alternativi al processo. Secondo CASTELLI S., *La mediazione - Teorie e tecniche-*, Cortina editore, Milano, 1996, p.7 ss. il conflitto fa parte della naturale esperienza della vita, egli afferma infatti che "negare la naturalità del conflitto significa rendere difficile il suo studio in quanto fenomeno degno di analisi, relegandolo nel regno del patologico".

arbitro, il quale ha tale potere per volontà delle parti che glielo hanno espressamente deferito²⁹.

²⁹ A proposito della distinzione tra mezzi autonomi ed eteronomi di risoluzione delle controversie vedi F. P. LUISO, *La conciliazione*, cit., p. 2060 ss. ; secondo l'Autore, ai fini del raggiungimento del risultato, tali strumenti sono del tutto equivalenti e fungibili tra loro, ad esempio se la sentenza non è più impugnabile per decorrenza dei termini, essa passa in giudicato, così come il contratto ha forza di legge tra le parti, ponendo cioè delle regole di condotta che sono per loro vincolanti come norme di legge. Egli, inoltre, mette in evidenza i vantaggi della risoluzione autonoma. La risoluzione della controversia in via consensuale, infatti, può avere diversi contenuti rispetto alla risoluzione eteronoma, e ciò si collega alla circostanza che nella risoluzione consensuale le parti hanno la disponibilità dei loro diritti e delle loro situazioni sostanziali. Avendo, quindi, il contenuto dell'atto risolutivo del conflitto carattere atipico, esso si adatta meglio alle esigenze delle parti e del caso concreto sul quale è modellato. Nella risoluzione eteronoma, invece, l'atto risolutivo della controversia presenta carattere tipico, in quanto non può avere un contenuto diverso da quello previsto dalla legge. A proposito della possibilità dei soggetti, nella risoluzione autonoma, di disporre non solo dei diritti relativi alla controversia, ma anche di altri collegati e pur sempre disponibili, si veda Cass. Civ. I sez. 9 luglio 2003, n.10794, secondo la quale, nel contratto di transazione, ai fini della realizzazione della sua funzione, si può disporre anche di diritti estranei alla controversia che si vuole evitare.

Sempre a proposito della distinzione tra mezzi autonomi e mezzi eteronomi vedi : BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it, (18.9.2011).

Anche M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it (22.12.2009), p. 2 ss. a proposito della distinzione tra mezzi autonomi e mezzi eteronomi, parla della mediazione come di un mezzo risolutivo di un conflitto giuridico che si pone a metà strada tra i mezzi autonomi di soluzione (come ad esempio la transazione) ed i mezzi eteronomi (processo o arbitrato). Essa infatti, secondo l'Autore, è un mezzo autonomo perché qualora si raggiunga la conciliazione, essa è il frutto di un contratto stipulato dalle parti; la norma concreta mediante la quale si risolve il conflitto è posta in essere da un atto delle parti stesse e non del mediatore, il quale non pone in essere un atto normativo suo proprio. Tuttavia la funzione maieutica del mediatore si palesa necessaria proprio ai fini del raggiungimento della conciliazione, malgrado egli, a differenza del giudice o dell'arbitro, non pone in essere un atto normativo suo, né di tipo negoziale, né di tipo giurisdizionale. Sempre secondo BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. Trim.dir. proc.civ.*, fasc.4, 2001, p. 1066 ss., all'interno dei mezzi eteronomi, distinguiamo quelli di tipo giurisdizionale e quelli di tipo negoziale. Secondo l'Autore in ognuno di essi si ha un atto di formazione concreta soggettivamente ed oggettivamente specificato, ossia la sostituzione della norma concreta che già era emersa nel momento in cui era sorta la situazione giuridica soggettiva in contestazione. Questa, sempre secondo l'Autore, non è altro che l'effetto di una fattispecie prevista in astratto da una norma giuridica e i cui caratteri si sono poi realizzati in concreto. I diversi mezzi di risoluzione delle controversie civili si differenziano per il fatto che gli atti di formazione concreta a cui essi pongono capo non sono giuridicamente identici, avendo essi diversi regimi giuridici. Non che essi siano diversamente vincolanti o che non possano produrre analoghi effetti. I privati hanno la possibilità di risolvere autonomamente la lite senza dovere ricorrere all'aiuto di qualcuno. Essi hanno a disposizione lo strumento contrattuale, ed in particolar modo quel contratto che ha come causa la soluzione di una controversia, cioè la transazione. Attraverso tale contratto le parti trasformano la controversia giuridica in controversia economica, facendosi o meno, a seconda di una loro libera scelta, reciproche concessioni rispetto alle pretese iniziali. In ciò le parti pongono a se stesse una norma concreta del tutto svincolata da un'operazione di

Volendo individuare e analizzare i vantaggi della risoluzione autonoma delle controversie rispetto a quella eteronoma, va sottolineato come la prima provenga da soggetti che hanno il potere di disporre delle proprie situazioni sostanziali: e non solo possono disporre di quella interessata alla controversia, ma anche di altre situazioni sostanziali.

sussunzione giuridica, ossia da un giudizio col quale, rapportando l'accaduto ad una norma generale ed astratta che si assume preesistente, si ripartiscono il torto e la ragione. In definitiva, la soluzione negoziale non ha sul piano giuridico un vincitore ed un perdente, proprio perché non passa in giudizio, né è condizionata da un accertamento, dato che le parti hanno la possibilità di dare al comando il contenuto che ritengono conveniente e non devono adeguare quel contenuto ad un accertamento. Se all'insorgere della lite i privati non riescono a risolverla, devono rivolgersi ad un terzo. E qui che si apre lo spettro dei mezzi eteronomi, i quali hanno come caratteristica costante quella che il conflitto è sempre risolto da una norma concreta vincolante per le parti posta in essere da un terzo, e tra loro si differenziano per tutta una serie di elementi strutturali e funzionali. Abbiamo mezzi eteronomi di tipo negoziale come l'arbitrato irrituale, e mezzi eteronomi di tipo giurisdizionale. L'arbitrato si fonda sull'accordo; nel modo giurisdizionale di risoluzione della controversia un giudice, terzo rispetto alle parti in causa, risolve la lite ponendo una norma concreta condizionata dal previo accertamento di quale sia il diritto nel caso concreto. In ciò si ritrova il concetto di sentenza che è quell'atto di formazione concreta che si contrappone al negozio giuridico. La sentenza pone un comando concreto che però, a differenza di quanto accade nel negozio, non è libero, ma vincolato, in quanto derivato da un'operazione di sussunzione giuridica, quindi da un accertamento. Nei limiti della domanda il giudice deve risolvere tutte le questioni poste dall'attore, e quindi, ponendo il comando concreto che regolerà le future condotte delle parti. La sentenza ha efficacia costitutiva, crea un *quid novi*, una norma concreta prima inesistente. Ma la sua peculiarità, sta nel fatto che essa svolge una funzione dichiarativa, perché il giudice non pone il comando liberamente, ma lo deriva da un'operazione di sussunzione giuridica, cioè egli comanda solo dopo aver fissato il modo di essere dei fatti ed averli sussunti sotto una norma giuridica generale ed astratta.

In definitiva la giustizia statale è fondata sull'*imperium*, cioè sulla possibilità che una parte unilateralmente eserciti il diritto di azione garantito dall'art.24 della Costituzione. Essa si presenta come un'attività autoritativa a cui i privati finiscono per essere soggetti, almeno quando uno di essi decide di ricorrervi oppure non abbia deciso di rinunciarvi; così vedi anche BOVE M., *La conciliazione*, cit., p. 7.

Ecco perché l'attività giurisdizionale statale si esplica attraverso un procedimento che, consistendo in un'attività normativamente preorganizzata, attua il principio di legalità. A garanzia del privato gioca cioè la prevedibilità delle modalità in cui il potere verrà esercitato in concreto. La caratteristica della giustizia privata, invece, è che è fondata sul consenso delle parti nel senso che essa si esplica solo se le parti fanno una scelta in questo senso e la modalità di svolgimento non è proceduralizzata.

1.3 La distinzione terminologica tra conciliazione e mediazione.

Ai fini dell'analisi relativa all'istituto della mediazione, sembra opportuno soffermarsi sull'utilizzo dei termini "mediazione" e "conciliazione" che il legislatore fa.

Spesso, i due termini sono utilizzati come sinonimi, per indicare il superamento della controversia in atto attraverso soluzioni di natura negoziale e conciliative³⁰.

La conciliazione essa si può definire come un procedimento extragiurisdizionale, finalizzato alla composizione negoziale di una controversia, attraverso l'intervento di un terzo che agevola la

³⁰ Vedi PUNZI C., *Mediazione e conciliazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, fasc. 4, p. 845 ss.. L'Autore sottolinea che alla mediazione fa riferimento già la relazione Pisanelli al codice di procedura civile del 1865 per distinguerla, appunto, dalla conciliazione, distinzione che viene effettuata in base al criterio del valore della controversia, oggetto del componimento bonario, rapportato ai limiti di competenza del giudice conciliatore. Così pure CARRATTA A., *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali"*, in *Studi in onore di G. Verde*, CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 7 ss., osserva che "anziché contrapporre i due termini sembra allora preferibile sovrapporre l'uno all'altro, come due facce di una stessa medaglia: si potrà allora parlare di mediazione non in contrapposizione alla conciliazione, ma ad integrazione e completamento della stessa, avendo comunque presente che l'una e l'altra rappresentano un modello di risoluzione dei conflitti diverso e radicalmente alternativo rispetto all'attività di decisione".

conclusione di un accordo. Tale definizione, mette in evidenza il carattere consensuale dell'istituto³¹.

È un procedimento privato, nel senso che non si svolge di fronte ad un organo giurisdizionale e ciò vale anche nel caso di conciliazione giudiziale: infatti qui, il "terzo", pur essendo incardinato nell'ordinamento giudiziario, assunte le vesti di conciliatore, non svolge alcuna funzione giurisdizionale.

Inoltre, è un procedimento volontario che non può essere imposto ai contendenti. La volontarietà che distingue l'istituto deve essere riferita allo svolgimento delle diverse fasi al tavolo delle trattative e non può essere messa in discussione dalla possibile imposizione, ad opera del legislatore, del tentativo obbligatorio.

³¹ Secondo BOVE M, *La conciliazione*, cit., p. 8, la conciliazione non è una forma di giustizia alternativa ma un'alternativa alla giustizia perché la lite non è superata con un atto di normazione concreta che possa definirsi quale atto di giustizia, secondo anche l'opinione di LUISO P.F., *Giustizia alternativa*, cit.p.329 ss. e ancora LUISO P. F., *La conciliazione*, cit. , p. 2063 ss. Ciò, sempre secondo BOVE M., cit., è evidente sia dal ruolo attribuito al mediatore che dalla natura della conciliazione. Infatti, col suo intervento, il mediatore non pone un suo *dictum* vincolante per le parti, ma interviene per favorire una ricerca di soluzione che sta comunque alle parti trovare. Al mediatore è in pratica richiesto di "aiutare" le parti a trovare un punto di equilibrio economico che consenta loro di superare il dissidio o addirittura che apra loro una diversa visuale degli interessi sottostanti, al punto di giungere al superamento del conflitto in modo del tutto eterogeneo rispetto a ciò che ci si sarebbe aspettati dall'utilizzo di un metodo aggiudicativo. La soluzione della lite, quindi, nonostante la presenza del mediatore è situata in un contratto che saranno le parti stesse a siglare. Con la mediazione quindi le parti non devolvono la soluzione della lite ad un terzo, ma mantengono questa soluzione nelle loro mani e prevedono l'intervento di un terzo solo per essere aiutate. L'autonomia del mezzo in questione sta tutta nel rilievo per cui, se la mediazione ha successo, ossia si giunga alla conciliazione, la lite è risolta con un atto che è sostanzialmente un contratto tra le parti, le quali, aiutate "maieuticamente" da un terzo, trovano un punto di incontro economico per loro conveniente e, lungi dall'aversi l'aggiudicazione di torti e ragioni, esse superano la lite sottoscrivendo un contratto.

La volontarietà implica, quindi, che le parti saranno sempre libere di abbandonare la procedura in qualsiasi momento, di decidere liberamente il contenuto dell'accordo conciliativo e di sottoscrivere o meno lo stesso accordo³².

Nel termine mediazione, così come utilizzato dal legislatore italiano, può intravedersi la vicinanza con l'istituto della *mediation* elaborato nell'ambito del movimento dell'ADR statunitense, dove essa costituisce, appunto, un procedimento estremamente informale, diretto all'unico fine di riconciliare le parti in conflitto attraverso l'ausilio di un terzo neutrale, privo di potere decisionale, non legato alle parti né da vincoli legali, né da vincoli contrattuali, il quale aiuta le parti a trovare una soluzione negoziata della lite accettabile da entrambe palesando alle stesse gli svantaggi derivanti dal mancato accordo.³³

Mediazione e ADR, nel gergo non solo comune, sono termini divenuti pressoché sinonimi. L'assimilazione deriva dal fatto che la

³² Su questo punto, che verrà trattato più ampiamente in seguito, vedi però: BOVE M., *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in www.judicium.it, (25.01.2012).

³³ Così CARRATTA A., *La via italiana alla conciliazione* In Inghilterra dottrina e giurisprudenza hanno manifestato incertezze e oscillazioni nell'utilizzo dei termini *conciliation* e *mediation*, anche se ormai sembra prevalere il secondo. In questo senso vedi PASSANANTE L., *Modelli di tutela*, cit., p. 234 ss. anche a proposito della *suggerzioni linguistiche anglosassoni* che la dottrina ha subito.

mediazione rappresenta infatti la procedura più conosciuta ed utilizzata.

Una parte della dottrina³⁴ ne propone una definizione, riagganciandosi alla radice più antica del termine: mediazione deriverebbe infatti da *medium*, sarebbe cioè il mezzo per riattivare la comunicazione tra i due configgenti: il potenziale distruttivo del conflitto può essere utilizzato proprio come occasione di riconciliazione tra le parti³⁵. Essa, una volta coinvolte nel procedimento di mediazione, hanno la possibilità di "guardare oltre" la lite e di esplorare interessi, opportunità e soluzioni anche decisamente "creative" svincolate cioè dalle loro richieste originarie e quindi dai rimedi che la legge per esse prevede. Vi è la necessità che,

³⁴ RESTA E., *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Il diritto fraterno*, Laterza, Bari, 2002, p. 91 ss.

³⁵ Sempre RESTA E., *Giudicare*, cit., p. 91 ss. Secondo DI ROCCO M. SANTI A., *La conciliazione*, cit., p. 26 ss., la parola mediazione, in particolar modo in alcuni procedimenti, fa riferimento più che all'esito degli stessi, a quell'attività del terzo che tende ad "interpretare" le modificazioni che avvengono nel sistema relazionale delle parti, come ad esempio nella mediazione familiare, dove il mediatore (in genere uno psicologo) interviene cercando di ripristinare un dialogo tra i coniugi, non tanto per ripristinare un rapporto tra i coniugi quanto per recuperare il dialogo tra loro, che possa garantire la prosecuzione di un rapporto nell'interesse primario della prole. Per un approfondimento sulla mediazione familiare vedi: TROISI C., *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc.3, p.267 ss; ancora FANTETTI F.R., *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc.1, p. 35 ss.; CONTI P., *Mediazione familiare e intervento mediativo*, in *Minorigiustizia*, p. 172 ss. Nella mediazione penale, invece, si cerca di superare la logica "non-comunicazione" tra reo e parte offesa dal reato e si cerca di sollecitare un complesso procedimento di riconoscimento reciproco tra i due soggetti, affinché la vittima possa superare le sofferenze generate dal reato e il colpevole possa riflettere sulle sofferenze ingenerategli in modo da non commettere più il delitto. Invece nella mediazione civile e commerciale si tende, come avremo modo di approfondire in seguito, ad accrescere negli individui la consapevolezza di quanto sia indispensabile e costruttivo, di fronte a situazioni di conflitto, valorizzare le potenzialità relazionali e comunicative.

nel corso del procedimento, le parti comunichino e negozino fra loro. Ecco perché si pone la necessità che un terzo neutrale permetta alle parti di concentrarsi sulle questioni e gli interessi prioritari, chiarire gli equivoci, compiere stime realistiche dei torti e delle ragioni³⁶.

In determinati contesti, pur contigui o correlati al mondo del diritto, tale termine estrinseca la sostanza di alcuni procedimenti, ponendo l'accento, non tanto sugli esiti degli stessi, quanto sull'attività del terzo finalizzata ad "individuare, interpretare ed accompagnare le modificazioni che intervengono nel sistema relazionale" delle parti e, di conseguenza, "ad affrontare problemi sociali"³⁷.

E' questo il caso della mediazione familiare, dove si tende a sottolineare, come caratteristica peculiare, la capacità dei procedimenti mediativi di favorire, grazie all'intervento di un mediatore (solitamente psicologo), la prosecuzione del rapporto e del dialogo tra i coniugi, anche se in forme diverse rispetto alla situazione precedente alla crisi familiare.

³⁶ Vedi: DE PALO G., D'URSO L., DWIGHT G., *Manuale del mediatore professionista*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 28 ss..

³⁷ Vedi: PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in *La sfida della mediazione*, a cura di Pisapia e Antonucci, Padova, 1997, p. 10 ss.

Si affrontano «problemi sociali» anche nel caso della mediazione penale, laddove la procedura si contraddistingue per essere finalizzata a superare la logica della «non-comunicazione» fra il reo e la parte offesa³⁸, rivalutando il ruolo di quest'ultima e sollecitando un complesso procedimento di riconoscimento reciproco tra i due soggetti, procedimento che, per la vittima, si traduce in un percorso per superare le sofferenze generate dal reato e, per il colpevole, può servire a definire nuove soglie d'inibizione, mediante la riflessione sulla sofferenza della vittima.

All'art. 1 del decreto n. 28 del 4 marzo 2010, il quale disciplina la mediazione in materia civile e commerciale, essa viene definita come «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 di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa», rappresentando, dunque, il percorso, non il risultato possibile, che i privati tentano per giungere alla soluzione della lite.

³⁸ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Atti del convegno «La mediazione nel diritto penale minorile»*, Bolzano, 31 gennaio-1febbraio 1997.

E la «conciliazione» è definita come «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione» rappresentando quindi, non il procedimento conciliativo, ma l'«esito positivo del percorso svolto con successo»³⁹.

Può quindi agevolmente ricavarsi che tra le nozioni di mediazione e conciliazione intercorre un nesso come di mezzo a fine⁴⁰.

Tale nesso di mezzo a fine tra mediazione e conciliazione, emerge anche dalla definizione contenuta nell'art. 1 del decreto 28/2010, così come riformulato dalla legge 9 agosto 2013 n. 98 all'art. 84, di conversione del d.l. 69/2013 c.d. di «fare»

³⁹ A proposito della conciliazione italiana e del suo confronto con quella nordamericana vedi: BUONFRATE A., LEOGRANDE A., *La giustizia alternativa*, p. 378.

⁴⁰ Così anche: RAITI G., *La delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali ex art. 60 legge n. 69 del 2009*, Jovene, Napoli, 2010, p. 657 ss.. E così anche IMPAGNIATIELLO G., *la mediazione civile nel quadro della cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc. 1, p. 219, nonché CHIARLONI S., *Stato e prospettive dei meccanismi conciliativi*, in *Mediars*, 2006, VIII, p. 38 ss.; CARRATTA A., *La via italiana alla conciliazione*, cit., p. 148.; LOMBARDINI I., *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 1, p. 9; Ancora CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, a cura di Mandrioli c., Carratta A., *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 218; Per CECCHELLA C., *Il nuovo processo civile*, in *Collana Guida alle riforme del processo civile di Guida al diritto*, Milano, 2009, p. 143, il legislatore delegante del 2009 privilegia la mediazione sulla conciliazione, «[] ovvero un intervento non proprio neutro del conciliatore, il quale non deve limitarsi ad avvicinare la posizione delle parti, con contenuti lasciati all'iniziativa di queste ultime, ma deve entrare nel merito di una soluzione mediana, che egli fa propria e intorno alla quale cerca di avvicinare le parti» Ad inquadrare la mediazione come un percorso per la ricerca di una soluzione negoziale della lite, e la conciliazione come il risultato positivo di quel percorso è anche BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto delegato*, in www.judicium.it.

1.4 Le diverse tipologie di mediazione.

Il tema dei tipi di mediazione occupa un posto centrale nel dibattito tra pratici e teorici della materia. È necessario esaminare, a tal fine, due distinzioni fondamentali: la mediazione facilitativa e valutativa.

Il ruolo del mediatore può essere più o meno attivo a seconda che egli adotti uno stile, rispettivamente, "facilitativo" ovvero "aggiudicativo" ed il suo fine, è quello di ricercare un'ipotesi contrattuale che riscuota l'approvazione delle parti, verificando i bisogni e gli interessi delle parti, e se vi sono soluzioni contrattuali idonee a soddisfarli, almeno parzialmente.

Ora, nella prima ipotesi, focalizzandosi sui bisogni e gli interessi delle parti, si limita ad agevolare le stesse, affinché possano raggiungere l'accordo.

Nel secondo caso, egli si spinge fino a proporre in prima persona una o più formule di possibile accordo, basandosi su una stima, delle "ragioni" delle parti in base alla legge e alle norme applicabili.

Ciò è frequente laddove fra le parti non sussistano rapporti precedenti all'episodio che ha fatto nascere la controversia, e presumibilmente non vi saranno ulteriori rapporti in futuro.

Il decreto legislativo 28 del 2010 sembra introdurre non uno, ma tre diversi tipi di mediazione, tutti soggetti al medesimo procedimento, ma radicalmente differenti quanto ai presupposti⁴¹.

Ci si trova di fronte: a) a un procedimento di mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile; b) a un procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, con ciò intendendo che l'attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale, ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già attualmente adito della controversia; è il modello, noto nei paesi anglosassoni della *court annexed mediation*⁴²; c) a una mediazione straprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall'art. 5 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa.

⁴¹ Così DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel dlgs. N. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 578 ss.

⁴² Vedi: CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 51 ss.

Il progetto governativo originario contemplava un modello "aggiudicativo" in caso di fallimento del tentativo di accordo, il mediatore avrebbe dovuto formulare una proposta di mediazione, della quale il giudice della causa avrebbe potuto tenere conto al fine di decidere il riparto delle spese di lite.

Questa soluzione era stata criticata dalla maggior parte dei primi commentatori, e ha indotto il Governo ad adottare una soluzione di compromesso, in virtù della quale il mediatore "può" e non più "deve" formulare una proposta finale di conciliazione. Sotto un profilo classificatorio questa soluzione può essere qualificata come un "non modello" di compromesso, che potremmo definire come "aggiudicativo eventuale"⁴³.

A ben vedere, non si tratta di una vera e propria novità; infatti, anche l'art. 40 d.leg. 5/03 prevedeva che, su richiesta di entrambe le parti, il conciliatore formulasse una proposta, rispetto alla quale ciascuna delle parti, in caso di insuccesso della conciliazione, indicava la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali fosse

⁴³ Così DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 579. Secondo GRAZIANO L., *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 3, p. 619, "è indubbio che lo spazio di autodeterminazione delle parti viene ad essere condizionato e ridotto da tale previsione, a meno che non si subordini detta possibilità ad una esplicita richiesta delle parti".

disposta a conciliare. Il conciliatore dava atto in apposito verbale di fallita conciliazione di tali posizioni e il giudice le valutava comparandole al contenuto della sentenza; l'esclusione, in tutto o in parte, della ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che avesse rifiutato la conciliazione e la condanna, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, non erano affatto automatiche, potendo il giudice anche stabilire diversamente.

Un'analoga disciplina è prevista dall'art. 91, 1° comma, c.p.c., come modificato dalla legge 69/2009, in base al quale il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal 2° comma dell'art. 92.

Secondo quanto stabilito dall'art. 11, comma 1, del decreto 28/2010 n.98, rimasto immutato a seguito delle modifiche legislative apportate al decreto dalla legge n.98 del 2013, quando, quindi, l'accordo amichevole delle parti non è raggiunto, può formulare una proposta, ovvero deve formularla nel caso in cui entrambe le parti lo

richiedano. Nella seconda ipotesi permane il tratto volontaristico della mediazione; è la concorde volontà delle parti che abilita il mediatore a formulare una proposta. Ogni traccia di volontarietà viene meno, invece, quando sia il mediatore, su proprio impulso, a imporre la propria proposta, fermo restando che ovviamente le parti restano anche in tale ipotesi libere di accettare o rifiutare.

Va precisato, inoltre, che l'eventuale rifiuto della proposta non è senza conseguenze nel successivo giudizio, ma produce gli effetti previsti dall'art. 13 riguardo alla condanna alle spese, rispetto ai quali sussiste, uno specifico obbligo di informativa a carico del mediatore che si accinga a formulare la proposta.

Qualora, infatti, il provvedimento che definisce il giudizio sia totalmente corrispondente al contenuto della proposta, ad essere sanzionata è la parte vittoriosa che ha rifiutato la proposta.

Essa, infatti, subirà la condanna alle spese (non potendo ripetere le proprie e dovendo rimborsare quelle sostenute dalla parte soccombente) relative a tutto il periodo successivo alla proposta.

Alla condanna alle spese si affianca, quale ulteriore sanzione, la condanna al versamento a favore dello Stato di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato dovuto per la controversia.

Quando invece la corrispondenza non è integrale e ricorrano gravi ed eccezionali esigenze la condanna alle spese, limitata a quelle sostenute per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto ex art. 8 comma 4 non è obbligatoriamente disposta dal giudice, ma è rimessa a una valutazione discrezionale che dovrà essere espressamente motivata.

Il legislatore del 2010 sembra, pertanto, avere fatto una scelta di compromesso; il precedente schema di decreto approvato il 28 ottobre 2009 considerava la formulazione della proposta la conseguenza necessaria del fallimento del tentativo di conciliazione. Nel decreto definitivo, la fase aggiudicativa si riduce ad una fase meramente eventuale, che dipende da una scelta del mediatore o della concorde volontà delle parti.

La modifica introdotta, non è andata esente da critiche sotto molteplici profili.

Dall'articolato normativo del decreto del 2010 viene fuori una figura di mediatore che potrebbe essere paragonato ad una sorta di "Giano bifronte" perché, da una parte, si pone come facilitatore, cercando di spingere le parti a far emergere i loro reali interessi, in particolare nelle sessioni separate, dall'altra si pone come un giudice prendendo una propria posizione sulla controversia.

Ben si comprende come questa "schizofrenia" possa disorientare le parti, rischiando di condurre al fallimento la mediazione.

La parte, infatti, potrebbe probabilmente assumere un atteggiamento di diffidenza e si guarderà bene dal rilevare informazioni riservate al mediatore, se sa che questi, dismesse le vesti del facilitatore, si ergerà a soggetto giudicante la fondatezza delle rispettive pretese, nella formulazione della proposta.

Non è risolutiva la normativa sugli obblighi di riservatezza che potrebbe ridursi ad una garanzia meramente formale, laddove prevede, in particolare al capoverso dell'art. 11, che "salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento"

1.5 La conciliazione nel diritto comparato: uno sguardo agli Stati Uniti e all'Inghilterra.

La riflessione sul fenomeno delle ADR parte dagli Stati Uniti d'America negli anni '50⁴⁴.

Si andò alla ricerca di nuove metodi che risolvessero i conflitti in maniera diversa rispetto al mondo giuridico, dominato dalla logica della certezza e dalla regola del torto e della ragione. Si posero in primo piano quelle modalità di composizione che privilegiassero il dialogo ed il consenso delle parti.

Tutto ciò fu favorito anche dalla nascita di movimenti culturali chiamati *flower power*⁴⁵: portatori di valori e di ideali "comunitari" che idealizzavano nuovi modelli di giustizia fondati

⁴⁴ Per una riflessione approfondita sul fenomeno della nascita e dello sviluppo delle ADR negli Stati Uniti vedi. CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit. p. 20 ss., e p. 55 ss. specie per i richiami in nota alla letteratura d'oltreoceano; ancora BUONFRATE A., LEOGRANDE A., *La giustizia alternativa*, cit., p.376 ss.; BRUNELLI, *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti e i metodi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 1015 ss.; SIVESTRI E., *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, *Foro it.*, 5/1987, V, p. 310 ss.; MARICONDA C., *ADR tra mediazione e diritti - Profili comparatistici* -, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 62 ss.; SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 97 ss.; SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p.321 ed in particolare sulla nascita ufficiale del movimento vedi p. 323 ss.; MARINARI M., *L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti ed in Inghilterra*, in *Documenti giustizia*, 2000, fasc.5, p. 855 ss.; CHASE O. G., *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *L'altra giustizia*, Varano V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007, p. 129 ss.

⁴⁵ Vedi in particolare CHASE O.G., cit., p. 130 ss.

sull'autorealizzazione dell'individuo e della collettività, prima ancora che sull'attuazione dei loro diritti. In questo contesto la *mediation* risulta essere un paradigma ideale, svincolata com'è dal rigore formale del processo e dalla logica competitiva del diritto ed aperta invece ai valori di riconciliazione, di riconoscimento e di promozione individuale.

Ma ai fini della diffusione dell'ADR, grande importanza assunse un'altra componente culturale che potremmo definire socio-antropologica⁴⁶, nata fra gli anni '60 e '70, la quale si occupava del conflitto in una nuova prospettiva: infatti, attraverso indagini etnografiche condotte su società culturalmente e geograficamente lontane, studiava modelli originali di gestione delle dispute, in cui non si avvertiva quella alienazione tra società e istituzioni tipica della moderna società americana e apparivano perciò più adatte a realizzare quegli obiettivi di partecipazione e di autorealizzazione individuale fatti propri da chi rivendica la necessità di nuove forme di giustizia.

I modelli di mediazione importati dalle società semplici, che privilegiavano il dialogo e l'accordo, avrebbero consentito di

⁴⁶ Per un approfondimento sul tema e per la letteratura straniera sull'argomento, vedi: CUOMO ULLOA F., cit. p. 23 ss.

valorizzare gli interessi e le esigenze delle parti coinvolte nel conflitto⁴⁷, sacrificati invece dalle logiche normative e competitive del processo e delle istituzioni giuridiche tradizionali.

In questo contesto, l'antropologia fornì degli spunti interessanti sia a coloro che cercavano alternative al processo, sia alla stessa accademia giuridica americana: fecero ingresso, infatti, idee e concetti nuovi ed un nuovo linguaggio, all'interno del quale i termini chiave divennero il conflitto (*dispute*)⁴⁸ e non più il diritto, la risoluzione dei conflitti (*dispute resolution*) e nemmeno più il processo, i terzi neutrali (*neutrals*) e non più il giudice.

In questo nuovo contesto culturale si tendeva a porre in secondo piano l'esito della lite e lo studio delle norme e l'interesse si spostava progressivamente verso il ruolo delle persone all'interno del conflitto, siano essi, parti, giudici o terzi che intervengono per riportare ordine e pace sociale. Fu in questo spazio che si sperimentarono nel corso degli anni '70 i primi *community mediation centers* ai quali, vennero

⁴⁷ Si pensi, ad esempio alle forme diadiche e triadiche di risoluzione del conflitto: tra le forme diadiche abbiamo il negoziato, la prevaricazione e l'abbandono della lite, mentre triadiche sono il giudizio e tutte quelle forme in cui il terzo interviene con diverse modalità. Nel linguaggio dell'antropologia il concetto di conflitto si sostituisce a quello di diritto, sulla base del presupposto che il diritto nasce e opera in funzione della risoluzione dei conflitti, mentre l'approccio casistico, viene esteso fino a comprendere l'analisi delle modalità non formali di composizione del conflitto.

⁴⁸ Che rappresentò l'unità di base dell'indagine antropologica e il criterio metodologico attraverso il quale comparare società e culture diverse.

devolute le controversie civili minori e le cause penali bagatellari, ispirati al modello delle corti tribali delle società primitive, e che secondo gli antropologi americani, avrebbero rappresentato un sistema di mediazione informale, volontario, rapido e poco costoso da affiancare alle corti per i conflitti di minore rilevanza penale.

La vera svolta si ha negli anni '70, quando furono proprio i giuristi "tradizionali" ad iniziare ad occuparsi degli strumenti alternativi al processo per cercare nuove soluzioni che riuscissero ad arginare la crisi del sistema giudiziario.

Ufficialmente la nascita del movimento delle ADR, viene fatta coincidere con un evento culturale considerato come un fondamentale punto di svolta nell'analisi dei problemi relativi alla giustizia civile statunitense. Tale evento è una conferenza svoltasi nel 1976 per celebrare il settantesimo anniversario del discorso tenuto da Roscoe Pound, uno dei padri fondatori del diritto americano, dinnanzi all'*American Bar Association* sul tema "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice"⁴⁹.

⁴⁹ Vedi CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit. p. 28.

Il *Leitmotiv* della conferenza era quello dell'esigenza di diversificare la procedura in funzione delle materie del contendere, in modo da ridurre il sovraccarico delle Corti e da consentire che le loro magre risorse potessero essere destinate alla definizione di pochi casi per i quali il processo non costituisse la soluzione più antieconomica fra quelle astrattamente ipotizzabili.

Negli anni '80, vengono condotte ulteriori indagini empiriche, da cui si traggono nuovi spunti e nuovi argomenti di riflessione: in questo periodo storico, gli studiosi del fenomeno, attraverso nuove metodologie di analisi, giungono a conclusioni opposte rispetto a quelle sostenute dalla dottrina prevalente: infatti questi studiosi avevano notato che la maggior parte dei conflitti si esaurivano in una fase anticipata rispetto al processo, mediante o rinuncia delle pretese o mediante accordo spontaneo tra le parti, essendo quindi molto ridotta la percentuale delle pretese che si traducevano in una causa giudiziaria ed ancora più ridotta quella delle pretese che giungevano fino alla

Negli anni '90, che potremmo definire gli anni della normalizzazione del fenomeno, si assiste ad una progressiva diffusione pratica delle ADR che grazie all'esperienza delle *court*

annexed procedures, ossia alle procedure organizzate all'interno degli stessi tribunali, entra a tutti gli effetti nella prassi quotidiana della giustizia. I giudici americani diventano essi stessi promotori della conciliazione, e anche le corti, grazie ai finanziamenti pubblici, diventano *providers* di queste procedure. L'ADR diventa sempre più fenomeno complementare al sistema, avviandosi ad un percorso di progressiva istituzionalizzazione che si completerà nel nuovo millennio. Nel contempo si assiste ad una progressiva professionalizzazione degli operatori dell'ADR: tra la fine degli anni '80 e negli anni '90 nascono enti, emergono nuovi professionisti, si specializzano mediatori i quali si trovano a competere in un mercato liberato dal monopolio delle corti ed aperto alla libera iniziativa di nuovi imprenditori del *dispute processing*. Anche la classe forense, inizialmente scettica verso questi fenomeni, viene progressivamente coinvolta nell'organizzazione di servizi di mediazione.

D'altra parte il processo civile americano, sembra essere un luogo privilegiato per il raggiungimento di accordi transattivi : occorre, infatti, sottolineare la correlazione che esiste tra la struttura bifasica del processo *adversary* e la frequenza di esiti conciliativi; è noto infatti che, in un ordinamento come quello americano,

intrinsecamente votato alla negoziazione, anche il processo risulta naturalmente funzionale all'accordo e alla conciliazione. Fondamentale in tal senso è l'attività di comunicazione che avviene tra le parti nel corso della fase di *discovery* e anche lo scambio di informazioni circa le rispettive posizioni di forza e di debolezza che si ottiene attraverso l'attività di reciproca e preliminare rivelazione di prove e di altre fonti di informazioni.

È dunque il processo *adversary*, con le sue dinamiche di scambio, a facilitare la negoziazione tra le parti e a promuovere la chiusura anticipata della lite.

Il fenomeno della conciliazione giudiziale assume un ruolo centrale all'interno del processo americano, anche grazie all'avvento di una nuova figura di giudice⁵⁰ più preparato, rispetto al passato, a gestire un contenzioso in continua trasformazione: le cause diventano sempre più complesse e i poteri attribuiti al giudice in fase di conciliazione, diventano il modo privilegiato per gestire in modo rapido e definitivo un numero sempre più complesso ed elevato di controversie.

⁵⁰ Vedi in tal senso CUOMO ULLOA, cit., p. 57.

Fu tuttavia solo nel 1983, all'interno di una riforma delle *Federal Rules*, che si giunge ad un riconoscimento anche formale della funzione conciliativa del giudice: attraverso la revisione della *rule 16*, questa funzione viene istituzionalizzata e regolata e rientra tra i poteri che il giudice deve esercitare nel corso delle *pretrial conferences*.

Dopo quest'intervento se ne sono susseguiti altri che hanno chiarito alcuni aspetti problematici emersi nel corso della prassi applicativa e che hanno potenziato i poteri del giudice in questa fase, fino poi ad arrivare alla stesura definitiva della *rule 16*; questa norma prevede che egli, nel corso dell'udienza di *pre trial*, possa assumere le iniziative che ritiene più appropriate allo scopo di favorire la conciliazione, potendo anche imporre alle parti di comparire all'udienza. Si tratta dunque di un modello di conciliazione *endoprocessuale ed obbligatorio*⁵¹.

Non meno interessante risulta l'esperienza americana con riferimento alla conciliazione stragiudiziale, ossia la procedura conciliativa affidata a soggetti privi di funzioni giudicanti, molto diffusa nel sistema americano specie nella sua forma extraprocessuale.

⁵¹ Per altri interventi del giudice in ambito giudiziale sempre in funzione conciliativa vedi: CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 60-61-62.

A partire dalla metà degli anni '70 ma soprattutto nel corso degli anni '80, si è assistito negli Stati Uniti ad una proliferazione di iniziative conciliative molto diverse tra loro accomunate dalla matrice agiurisdizionale: numerosi centri privati offrivano e offrono servizi di risoluzione delle liti a costi concorrenziali.

Terreno fertile per la nascita e la proliferazione di iniziative spontanee o istituzionali di *mediation* stragiudiziale, ha rappresentato sia il settore delle relazioni sindacali, caratterizzato, da sempre, da un'elevata e persistente litigiosità, sia quello del contenzioso familiare, non solo per quanto riguarda le procedure di divorzio, ma anche per fornire alle coppie uno strumento preventivo e consensuale di gestione delle crisi familiari.

Un'altra forma di ADR è rappresentata dalla *Early Neutral Evaluation*, nella quale un "neutral" ascolta le ragioni delle parti, fornendo la propria valutazione riservata sulla loro fondatezza e sul prevedibile esito della causa, e può anche assistere le parti nei loro eventuali contatti a fini conciliativi. Si tratta di uno strumento utilizzato in caso di controversie che richiedono valutazioni tecniche, come ad esempio quella sull'ammontare di un danno alla persona.

Un altro passaggio importante si ha nel 1988, anno in cui il Congresso approvò una legge federale denominata *Judicial Improvements and Access Act* la quale autorizzava in via sperimentale, 20 corti distrettuali ad adottare programmi di *court annexed adr*; due anni dopo, nel 1990, venne approvato il *Civil Justice Reform Act*, un intervento di ampia portata riformatrice che, oltre ad estendere la sperimentazione a tutte le corti distrettuali, impose a 13 corti federali di adottare programmi di *adr*,

Nel 1998, venne approvato l'*Alternative Dispute Resolution Act (ADRA)*, una legge il cui obiettivo fu quello di istituzionalizzare in tutte le giurisdizioni federali queste forme di *court annexed procedures*, ciò attraverso l'estensione a tutte le corti, anche d'appello, di programmi di *alternative dispute resolution*, collocati all'interno di procedimenti giudiziari, ma affidati a soggetti esterni e specializzati nella gestione alternativa delle controversie.

Con l'approvazione dell'*ADRA*⁵², le procedure alternative sono entrate stabilmente all'interno delle corti federali, alle quali è stato

⁵² L'*ADRA* nel regolare le procedure *court annexed* non si limita a considerare la *mediation*: essa ha inteso istituzionalizzare anche altre procedure di ADR che negli anni precedenti erano state sperimentate presso le varie corti federali: tra queste vi è l'arbitrato, la *early neutral evaluation*, il

anche imposto di istituire un piano operativo per l'*adr* e di offrire alle parti che lo richiedessero almeno un'alternativa procedimentale rispetto al processo civile.

Nel 2003 viene emanata un'importante legge modello in materia di *mediation*, cioè l'*Uniform mediation Act*, approvata dalla *Uniform Commission Law* in collaborazione con la *Drafting Committee* dell'*American Bar Association*, allo scopo di predisporre una base normativa uniforme per la legislazione statale in materia di conciliazione.

L'obiettivo della legge è stato quello di favorire una regolamentazione il più possibile omogenea e condivisa, in essa non vi sono infatti norme di dettaglio, ma di principio o di garanzia; notevoli sono anche i punti di contatto con la Proposta di Direttiva europea del 2004 che verrà esaminata in seguito.

Ad esempio, l'*UMA*, che si riferisce a tutte le procedure di *mediation*, ne dà una definizione molto simile a quella adottata dalla Proposta di Direttiva: per *mediation* infatti si intende «qualunque processo nel quale un *mediator* facilita la comunicazione e la

summary jury trial, e il *mini trial*. Per un approfondimento sulla struttura e sul contenuto dell'*ADRA*, vedi: CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 82 ss.

negoziato tra le parti allo scopo di aiutarle a raggiungere un accordo volontario relativamente alla loro controversia⁵³; come la Proposta di Direttiva anche l'UMA si riferisce unicamente alle procedure stragiudiziali⁵⁴.

Emerge da questo quadro relativo alla conciliazione giudiziale americana la funzione promozionale o facilitativa del giudice di quest'ordinamento, impegnato attivamente nel favorire la soluzione consensuale della lite. In linea generale, il giudice non svolge invece alcuna attività rispetto agli accordi che le parti hanno raggiunto, nel corso dell'udienza o in un altro momento anteriore o successivo del processo o della fase preliminare: di regola egli infatti si limita a ricevere tali accordi, senza considerarne il contenuto che rientra nella piena autonomia e disponibilità delle parti.

In Inghilterra invece, la tecnica della *mediation*⁵⁵, si è sviluppata e diffusa nel corso degli anni '70, sia in sedi autonome dal processo

⁵³ Vedi UMA, section 2.

⁵⁴ Quelli elencati non sono gli unici punti di contatto tra i due testi, per ulteriori approfondimenti vedi: CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 69ss..

⁵⁵ Per un'attenta analisi del fenomeno conciliativo in Inghilterra vedi ampiamente: PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti*, cit., p. 254 ss., in generale la monografia è dedicata interamente al confronto fra modello conciliativo inglese e italiano; SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 111 ss.; ancora CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 99ss.; sempre PASSANANTE L., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2000, p. 1353.

che in connessione con esso. In questa sua seconda forma, la conciliazione è attualmente utilizzata nelle controversie commerciali, in quelle di famiglia e anche davanti alle corti civili ordinarie di primo e di secondo grado.

Essa ha le sue origini intorno ai primi anni '70 del XX secolo nelle corti inferiori, ove, nell'ambito della risoluzione dei conflitti familiari, specie in materia di divorzio, iniziò ad essere utilizzata in stretta connessione con il processo civile⁵⁶.

Per quanto attiene invece alla conciliazione *«stricto sensu»* giudiziale, i giudici si sono mossi con cautela maggiore. Vero è che nell'ordinamento inglese vige la regola generale per cui le parti sono gravate dall'onere di verificare, prima dell'instaurazione del giudizio, attraverso reciproche consultazioni, se vi siano spazi utili per il ricorso ai metodi alternativi; il giudice in tale circostanza non svolgerà preventivamente alcun ruolo: egli potrà tuttavia, considerando il processo come *«extrema ratio»*, ordinare alle parti di dimostrare di avere preso in considerazione il ricorso alle ADR e, ove ritenga che ciò non sia avvenuto o che il processo sia stato instaurato

⁵⁶ Per un approfondimento sul tema vedi: PASSANANTE L., *Modelli di tutela*, cit., p. 246 ss..

prematuramente mentre erano ancora in corso trattative, potrà penalizzare una parte o l'altra in sede di ripartizione delle spese processuali. Nessuna delle parti potrà però essere obbligata ad intraprendere un tentativo di conciliazione o un'altra ADR contro la propria volontà. Nonostante però, le *Civil Procedure Rules* conferiscano espressamente al giudice, nell'ambito dei suoi poteri di *case management*, il compito di aiutare le parti a raggiungere un accordo su tutta o parte della controversia, è di gran lunga prevalente la scelta di rimettere le parti ad un "conciliatore" esterno. Fa da controtendenza l'esperienza delle procedure dedicate agli *small claims* davanti alle *County Courts*, nelle quali, il giudice svolge un ruolo fortemente attivo, spingendosi talvolta ad agir come un conciliatore. Nel corso degli anni, si è sviluppata una copiosa giurisprudenza che, in ottemperanza ai poteri-doveri di *case management* attribuiti al giudice, tende ad incoraggiare in modo significativo le parti ad utilizzare un metodo ADR per la risoluzione della controversia. A questo proposito bisogna distinguere tra corti inferiori e corti superiori: nelle prime infatti, soprattutto a seguito di vari progetti sperimentali presso le *County Courts*, si sono registrate forti spinte nel senso di consentire al giudice di ordinare alle parti di sottoporre la

controversia a conciliazione stragiudiziale, nelle seconde invece la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento più prudente⁵⁷.

L'introduzione delle nuove regole processuali, unitamente alle recenti riforme intervenute nel sistema giuridico inglese⁵⁸, parrebbero avere determinato una diminuzione complessiva della litigiosità.

Sempre a seguito della riforma del 1999, vengono introdotti i *pre action protocols*: essi non hanno struttura conciliativa, in quanto prescindono dall'intervento conciliativo di un terzo e del giudice in particolare; di essi occorre tuttavia tenere conto almeno per due ragioni: in primo luogo, perché hanno un'efficacia deflattiva promuovendo lo scambio anticipato di informazioni tra le parti, contribuendo così, in maniera sensibile, a "marginalizzare" il processo e quindi anche la funzione conciliativa del giudice, favorendo la soluzione transattiva della lite, prima ed indipendentemente dal suo intervento; in secondo luogo, questi procedimenti risultano inescindibilmente legati con il processo e con il giudice che decide la controversia: infatti il meccanismo informativo/transattivo realizzato

⁵⁷ Per una critica all'interventismo del giudice negli *small claims*, in qualità di conciliatore, vedi: PASSANANTE L., *Modelli di tutela*, cit., p. 252 ss..

⁵⁸ Il riferimento è alle riforme approvate nel 1998 ed entrate in vigore il 1 aprile 1999 volute da LORD WOOLF.

ex ante attraverso questi schemi di condotta, si regge, in ultima analisi, sul meccanismo sanzionatorio ex post previsto dalle nuove regole in materia di spese ed in particolare sulla previsione della possibile condanna al pagamento delle spese e interessi in danno della parte che non si sia attenuta alle regole di condotta prescritte dal protocollo applicabile alla controversia: il giudice dunque, inizialmente estraneo al meccanismo transattivo del protocollo pre-contrattuale, svolge in realtà, anche in questo caso, una funzione *lato sensu* conciliativa, o conciliativa ex post, essendo la minaccia del suo intervento punitivo un elemento essenziale ai fini del buon funzionamento del protocollo. Quindi in questo caso il giudice è chiamato indirettamente a svolgere una funzione conciliativa se non altro nel senso che egli svolge un controllo attivo e permanente sul comportamento tenuto dalle parti nelle molteplici occasioni di conciliazione/transazione loro riservate prima e nel corso del processo.

La riforma del 1999 si esprime in senso favorevole per la conciliazione endoprocessuale: le nuove norme conferiscono al giudice un potere di indirizzo verso forme stragiudiziali di conciliazione, potendo egli utilizzare il suo potere manageriale, allo

scopo di convincere le parti dell'utilità di una conciliazione stragiudiziale.

È dall'anno 2000, che anche in Inghilterra si assiste ad una mobilitazione culturale, prima ancora che legislativa⁵⁹, in favore della conciliazione, alla quale partecipano forze diverse e interessi anche eterogenei; si pensi ad esempio all'iniziativa assunta da Lord Chancellor Irvine, il quale ha formalmente impegnato il governo inglese e le agenzie amministrative a promuovere forme alternative di risoluzione.

Anche la classe forense, pure in quest'ordinamento, inizialmente scettica nei confronti di questo strumento, oggi sembra avere mutato atteggiamento. E la giurisprudenza, come già detto prima, sembra manifestare una crescente disponibilità rispetto alle procedure di conciliazione stragiudiziale, come dimostrato da una recente sentenza⁶⁰, in cui un giudice inglese ha per la prima volta riconosciuto efficacia vincolante ad una clausola di conciliazione, confermando la decisione di sospensione di un procedimento iniziato in violazione

⁵⁹ Nel 2003 è stato costituito il *Civil mediation council*, una organizzazione *no profit* la cui missione è appunto quella di promuovere la conciliazione come forma privilegiata di risoluzione dei conflitti.

⁶⁰ Vedi: IBM UK (2002) 2 All Er (Comm) 1041, Colman J.

della stessa. Le nuove *rules* inglesi non si limitano ad incoraggiare la soluzione conciliativa delle controversie, ma introducono un nuovo tipo di conciliazione al contempo stragiudiziale ed endoprocessuale. Si assiste ad un ridimensionamento del giudizio quale luogo e modo privilegiato di risoluzione dei conflitti. Le nuove norme del processo civile dispongono che il giudice, oltre a promuovere la conciliazione giudiziale, possa e debba incoraggiare le parti ad utilizzare procedure alternative di natura stragiudiziale, disponendo altresì che, al fine di consentire lo svolgimento della procedura così individuata, il giudice possa disporre la sospensione del procedimento giudiziale in corso.

Il procedimento in esame viene denominato *court referred mediation* e, a differenza di quanto avviene nel procedimento americano di *court annexed mediation*, dove le procedure in questione si sviluppano prevalentemente all'interno delle corti e sotto la loro supervisione, nell'esperienza inglese, accanto ad alcuni programmi di mediazioni coordinate dagli uffici giudiziari, è prevalente il ricorso a procedure gestite in autonomia e privatamente dagli *adr providers*,

scelti dalle parti e da queste retribuiti sulla base di un autonomo rapporto contrattuale⁶¹.

Il potere di *referral*, cioè quello di indirizzare attivamente all'adozione delle procedure alternative, viene esercitato da parte dei giudici, in maniera collaborativa e persuasiva, piuttosto che impositiva: ciò in coerenza con lo spirito che permea l'intero sistema processuale post-riforma; i giudici cioè preferiscono esercitare il loro potere di persuasione piuttosto che ricorrere alla coercizione, essendo consapevoli del fatto che la procedura conciliativa ha più probabilità di riscuotere successo quando le parti decidono di utilizzarla spontaneamente.

Spesso i giudici però, sempre al fine di incentivare l'adozione degli strumenti conciliativi, utilizzano anche meccanismi di tipo sanzionatorio per punire la parte irragionevolmente non collaborativa⁶².

In ogni caso, nel sistema inglese, il potere conciliativo riconosciuto alle corti ed il potere di controllo e sanzionatorio

⁶¹ Vedi: Rule 1.4

⁶² Per una critica a tale metodo e un'analisi sulle conseguenze negative al quale può condurre vedi: CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 114.

spettante ai giudici si esercita solo ad un livello estrinseco: il giudice inglese può suggerire alle parti di prendere in considerazione una procedura di mediazione, può sanzionare la parte che senza una precisa ragione rifiuta di seguire l'invito, ma non può, anche sulla base della più recente giurisprudenza, controllare il comportamento delle parti, né imporre loro di partecipare attivamente ad un procedimento conciliativo.

1.6 La conciliazione nell'ordinamento francese.

Nell'area di Civil Law, un'esperienza importante nel campo della risoluzione alternativa delle controversie è sicuramente quella della Francia⁶³.

In Francia, non solo esiste una denominazione originale per il fenomeno delle alternative, le quali, infatti, sono in quest'ordinamento richiamate sotto l'acronimo di MARC e non sotto quello anglosassone

⁶³ Per un approfondimento sul sistema conciliativo in Francia vedi: CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 124 ss.; CADIET L., *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in *L'altra giustizia*, Varano V., (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007, p. 69 ss.; SANTAGADA F., cit., p. 114.

ADR; ma nell'ambito del MARC, esiste una distinzione formale tra conciliazione (*conciliation*) e mediazione (*mediation*) alla quale corrispondono due istituti distinti, anche se entrambi alternativi al processo civile tradizionale ed entrambi finalizzati ad una soluzione consensuale della lite.

La *conciliation* in particolare, è lo strumento di composizione amichevole delle liti più radicato nell'ordinamento francese che già si trovava disciplinata nella legislazione di fine settecento.

Nella Francia dei giorni nostri, essa può svolgersi sia in sede giudiziale che in sede stragiudiziale.

Nel *NCPC* il tentativo di conciliazione rientra così tra i compiti istituzionali del giudice francese il quale ha, in virtù di quanto stabilito dall'art. 21, la funzione di promuovere la conciliazione delle parti.

Oltre questa norma, negli art. da 127 a 131, si specifica che la conciliazione giudiziale può essere raggiunta, anche su iniziativa delle parti o del giudice in qualunque momento del processo; nel caso in cui le parti raggiungano un accordo di esso si redige processo verbale che, una volta sottoscritto, costituirà titolo esecutivo ai fini dell'esecuzione forzata.

È negli anni '80 che viene istituita la figura del *conciliateur de justice*, un organo monocratico non giudiziario e privo di poteri giurisdizionali, che riveste un ruolo conciliativo in sede non contenziosa; le controversie di cui si occupa attengono a diritti disponibili.

Con riferimento alla conciliazione giudiziale va detto che essa si svolge davanti ai *tribunal d'instance* e alla *jurisdiction de proximité*, giurisdizione di recente istituzione e con competenza limitata alle controversie di più modesto valore economico: in questi casi la funzione conciliativa assume una posizione dominante rispetto alle funzioni contenziose del giudice.

Vi è poi un procedimento conciliativo che si svolge davanti al *conseil de prud'hommes*: le disposizioni di legge, impongono un tentativo obbligatorio e preliminare di conciliazione dinanzi al *bureau de conciliation*, che è l'ufficio istituito all'interno del *conseil*, allo scopo di promuovere in via preventiva la conciliazione della controversia. In questo caso, l'istituzione incaricata di svolgere la conciliazione, è la stessa cui spetta la decisione; tuttavia, occorre sottolineare che, all'interno di questa istituzione, le funzioni di

conciliazione vengono svolte da un ufficio specificamente investito dell'attività di conciliazione il quale, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, cessa le sue funzioni, dovendo il procedimento proseguire davanti un diverso ufficio competente per la fase contenziosa: siamo dunque di fronte ad una scissione della funzione conciliativa, da quella giudicante, anche se tale scissione avviene all'interno del medesimo organismo.

Vi è quindi, in questo caso, un'obbligatorietà del tentativo che si configura come un onere di partecipazione: nessuna conseguenza è però prevista, dal punto di vista sanzionatorio, nei confronti di quel soggetto che presentandosi davanti all'ufficio competente, tenga un comportamento ingiustificatamente anticonciliativo; l'unico potere in capo all'ufficio conciliativo è quello di adottare provvedimenti decisori, ancorchè provvisori, nei confronti di quei soggetti che non partecipano al procedimento.

Accanto alla *conciliation* giudiziale, il sistema francese ha conosciuto un'altra forma di conciliation, cioè la c.d. *grand conciliation*, che all'atto della sua prima istituzione, che risale al 1790, si svolgeva davanti al giudice di pace.

Il procedimento in esame rimase in vigore fino alla metà del secolo scorso: infatti, prima con una legge del 9 febbraio 1949 venne abrogata l'obbligatorietà del tentativo, poi con una legge del 1958 vennero soppressi i giudici di pace.

L'esperienza di quest'istituto è stata in parte ripresa dall'attuale disciplina della conciliazione, attività attribuita dal decreto 20 marzo 1978 ai conciliatori di giustizia.

Come i giudici di pace anche questi ultimi sono laici, che però, a differenza dei predecessori, svolgono solo funzioni conciliative e non giurisdizionali.

La conciliazione moderna, rispetto a quella tradizionale, ha un ambito di applicazione generale, dal momento che le parti possono promuovere il tentativo dinanzi ai conciliatori per qualunque controversia civile, indipendentemente dalla materia e dal valore. Il procedimento conciliatorio non ha tuttavia carattere obbligatorio ma facoltativo, non sussistendo alcun onere di partecipazione, né attivazione.

Nella configurazione del 1978 tale procedimento aveva carattere esclusivamente extraprocessuale, potendo essere attivato prima ed

indipendentemente dal processo; nel caso in cui la controversia si fosse conclusa amichevolmente, l'atto di accordo era giuridicamente vincolante e destinato ad acquisire efficacia esecutiva. Dal 1995 è stata prevista anche la possibilità per il giudice di attivare la *conciliation* anche in sede endoprocessuale, ossia quando il processo è già pendente dinanzi a lui⁶⁴.

In particolare, nel sistema francese, il meccanismo si fonda su una delega delle funzioni conciliative dal giudice al conciliatore⁶⁵.

Tale potere di delega, però, non è vincolante per le parti, dal momento che il giudice che non intenda svolgere in prima persona il tentativo, può semplicemente invitarle a sottoporre la controversia al conciliatore di giustizia fissando a tale scopo un termine non inferiore a quindici giorni: se nel suddetto termine le parti accettano l'invito, il giudice potrà disporre la sospensione del procedimento allo scopo di consentire lo svolgimento del tentativo dinanzi al conciliatore di giustizia; qualora, invece, le parti rifiutino, l'obbligo di effettuare il

⁶⁴ La previsione è destinata a trovare applicazione per quelle cause che si svolgono davanti il *tribunal d'instance*. Questo vuol dire che con la riforma del 1995 almeno davanti ai tribunali inferiori la *conciliation* può assumere anche la forma del procedimento delegato.

⁶⁵ Ove il giudice intenda esercitare questo potere di delega, può farlo esclusivamente nei confronti dei conciliatori di giustizia operanti nel suo ufficio.

tentativo tornerà in capo al giudice e qualora le parti rifiutino, non ci sarà alcuna conseguenza a loro carico.

Nel 2003, è intervenuta un'ulteriore riforma che ha previsto la possibilità che il giudice, costringa le parti a partecipare ad almeno un incontro di conciliazione, nominando a tal fine un conciliateur.

Il tentativo di conciliazione, se accettato dalle parti, si svolge senza particolari formalità, con modalità analoghe a quelle della conciliazione extraprocessuale.

Ove il procedimento giunga a conclusione e le parti raggiungano un accordo, questo verrà sottoposto al giudice delegante per l'omologazione.

Sempre per quanto riguarda l'esperienza francese, altrettanto interessante risulta l'istituto della *mediation*. Il mediateur non è una figura istituzionale né una caratterizzazione professionale, infatti, allo stato attuale in Francia, non esiste una regola generale in materia di formazione e qualificazione dei mediatori.

Essa può essere tanto convenzionale ed extraprocessuale, quanto endoprocessuale. In particolare la mediazione convenzionale, può

funzionare sia come procedimento "ad hoc" qualora le parti si affidino, di comune accordo, ad un mediatore privato, sia come procedimento amministrato, qualora le parti si rivolgano ad un ente che amministra procedure di risoluzione dei conflitti, sulla base di regolamenti predefiniti e avvalendosi di mediatori da essa formati o comunque accreditati.

In entrambi i casi, ossia tanto nella forma ad hoc quanto in quella amministrata, la *mediation* stragiudiziale ha natura privata, è riservata e non presenta alcun collegamento col processo civile.

In caso di esito positivo, essa potrà sfociare in una transazione alla quale le parti, in virtù del nuovo art. 1441-4 c.c., potranno far attribuire efficacia esecutiva.

1.7 La mediazione nel sistema tedesco.

Particolarmente significativa, ai fini della nostra indagine, si rivela la comparazione tra la nuova disciplina italiana in materia di mediazione e quella tedesca, oggetto del progetto di riforma

predisposto dal Ministero di giustizia tedesco nel 2010; in entrambi i casi, infatti, la scelta dei legislatori nazionali è stata quella di procedere ad una riforma a tutto campo dell'istituto della mediazione, recependo i contenuti della direttiva anche per quanto riguarda la mediazione delle controversie domestiche.

Il diverso contesto istituzionale ed organizzativo di riferimento ha tuttavia determinato modalità di recepimento profondamente diverse: la nuova disciplina tedesca della mediazione appare, infatti, sostanzialmente svincolata da esigenze deflattive che appaiono invece preponderanti nell'esperienza nostrana.

L'efficienza complessiva del sistema giudiziario tedesco, d'altro canto, se da un lato spiega la minore intensità della spinta conferita dal legislatore tedesco alla mediazione stragiudiziale, dall'altro lato giustifica la scelta normativa di insistere sulla conciliazione giudiziale, forte di una tradizione consolidata e sedimentata di collaborazione attiva tra giudici e parti.

Appare interessante riportare l'esperienza della c.d. *gerichtsinterne Mediation* (alla lettera, la mediazione interna al

tribunale): un istituto giuridico tutto tedesco, che conosce una sua particolare evoluzione e storia⁶⁶.

La terminologia designa una forma particolare di mediazione: la particolarità sta nel suo procedimento, il quale viene condotto da un giudice, sempre diverso dal giudice competente a decidere della controversia, e ha luogo nelle aule del tribunale, quello stesso in cui è stato inizialmente instaurato il giudizio. È necessario, infatti, che vi sia fra le parti un processo già pendente dinnanzi al giudice competente, e che vi sia la disponibilità ed il consenso delle parti medesime a che la controversia venga affrontata con un diverso tipo di procedimento, la mediazione appunto⁶⁷.

In tali circostanze iniziali, le alternative sono tipicamente le seguenti: che sia il giudice competente, nel corso del giudizio pendente, ad avvalersi di tecniche conciliative per tentare di condurre le parti ad una soluzione amichevole del conflitto (si parla a proposito

⁶⁶ Vedi: PALIERO L.M., *La mediazione in Germania: recenti prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, fasc. 3, p. 879 ss. Sul tema vedi anche BAMBERG, *Verfassungsrechtliche und politische Aspekte der Richtermediation*, in AA.VV., *Handbuch Mediation*, a cura di Half e von Schlieffen, Munchen, 2009, p. 1035-1049.

⁶⁷ Sull'argomento vedi: BAMBERGER, *Verfassungsrechtliche und politische Aspekte der Richtermediation*, in AA.VV., *Handbuch Mediation*, a cura di Half e von Schlieffen, Munchen, 2009, p. 934-959.

di *integri erte Mediation*)⁶⁸; che sia il mediatore □ un terzo neutrale ma non giudice □ a condurre □ fuori dal contesto giurisdizionale tipico □ il tentativo di conciliazione, dopo ch il giudice investito della controversia si sia accorto della conciliabilità della lite ed abbia perciò suggerito la via della mediazione.

La terza alternativa possibile elaborata in Germania è infine che sia il tribunale medesimo ad offrire la mediazione alle parti di una controversia, allestendo al proprio interno un apposito ufficio, in cui operi un giudice totalmente privo di potere decisorio e totalmente avulso dal contenzioso in precedenza instaurato; un giudice mediatore appunto, il cui unico compito sia quello semplicemente di condurre le parti alla conciliazione della controversia, senza che □ né prima né dopo il procedimento stesso □ conosca il merito della controversia nel contesto giurisdizionale ed in veste di organo giudicante.

Si tratta in definitiva di una mediazione nella sua forma più pura quanto ai caratteri e alle modalità di messa in atto e che coerentemente

⁶⁸ In questo caso di c.d. □mediazione integrata□ nel processo non siamo in presenza della vera mediazione propriamente intesa, poiché vi è coincidenza di identità tra il terzo mediatore ed il giudice investito del potere di decidere sulla controversia. Quindi il giudizio viene condotto riservando un'attenzione particolare alla possibilità di raggiungere una soluzione conciliativa ed amichevole; il giudice è investito del doppio ruolo di giudice in primis e di mediatore se del caso: vedi TROSSEN, *Integrierte Mediation*, in AA.VV., *Handbuch*, cit., p. 987-1005.

non può avere alcuna influenza né confluenza nel giudizio ordinario e contenzioso; ma anomala per la peculiare qualifica che il mediatore assume e per la particolare circostanza di svolgersi entro le mura del tribunale.

Il giudice dunque, in tale specifico contesto di risoluzione amichevole delle controversie, accantona l'esercizio del più tipico dei suoi poteri-doveri istituzionali □ quello decisorio □ ed indossa esclusivamente la veste di mediatore incaricato di assistere le parti nel superamento della controversia, attraverso l'elaborazione di una soluzione transattiva ed appagante per entrambe.

Si apprezza ,dunque, nella particolare figura del giudice mediatore un raffinato intreccio tra pubblico e privato. Da un lato il terzo neutrale □ in quanto giudice □ ha la formazione tipica □ completa e di alto profilo □ del *Volljurist* (□il giurista a tutto tondo□), il che non può che ispirare nelle parti quella fiducia necessaria perché vi sia la determinazione di abbandonare un processo estremamente efficiente ed affidabile, quale quello tedesco, per preferire piuttosto il procedimento di mediazione, più rapido, economico, e □discreto□

Dall'altro lato però il terzo - in quanto mediatore - non può mai interferire con la libertà nelle scelte delle parti attraverso decisioni impositive - come invece farebbe ordinariamente un giudice - né può compromettere la libera circolazione delle informazioni, con la possibilità di trasmettere i dati acquisiti in occasione della mediazione poi fallita al giudice competente a conoscere della controversia, come se la mediazione si fosse svolta in un contesto pubblicistico. Se è vero infatti che il procedimento di mediazione ha materialmente luogo in una sede pubblica - il tribunale - ed è diretta da un organo istituzionale - il giudice - , per il resto preserva i suoi tratti ontologici più squisitamente privatistici - di volontarietà e di libertà - e mantiene la sua indipendenza dal processo, dal quale il giudice-mediatore è sempre totalmente escluso ed estraneo.

La direttiva n. 2008/52/Ce ha dato la spinta decisiva al legislatore tedesco, affinché dedicasse un'apposita disciplina ai metodi amichevoli di risoluzione delle controversie. Come gli altri paesi dell'Unione europea, così anche la Germania ha doverosamente dato il via ai lavori per l'elaborazione di una norma ad hoc sulla mediazione (*Entwurf eines Gesetzes zur Forderung der Mediation und anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, c.d.

Mediationsgesetz): prendendo le mosse dal *Referentenentwurf* del Ministero della giustizia, datato 5 agosto 2010, proseguendo poi con le proposte rimaneggiate e raffinate nel corso del 2011 dal governo e dal *Bundesrat*. Inizialmente viene avvertita come prioritaria l'esigenza di dare una definizione chiara ed una regolamentazione specifica a ciascuna forma di mediazione, sia quella extragiudiziale pura sia quella iniziata in pendenza di giudizio, forme di mediazione entrambe ammesse dalla direttiva comunitaria ai sensi dell'art. 3, lett. a); con riferimento poi alla mediazione interna al tribunale, emerge la necessità di far luce una volta per tutte sul suo fondamento normativo e sulla sussistenza o meno del potere del giudice-mediatore di attribuire direttamente alla conciliazione raggiunta forza esecutiva, senza dover necessariamente passare al tal fine attraverso l'instaurazione di un nuovo ed autonomo procedimento giudiziale di omologazione dinnanzi al competente giudice ordinario.

Date queste premesse, la disciplina contenuta nelle proposte di legge via via elaborate, composte e perfezionate tra l'agosto del 2010 e la primavera del 2011 si concentra sulla tutela del dovere di riservatezza che vincola il mediatore, sulla possibilità di attribuire forza esecutiva all'accordo di conciliazione, sulla fissazione di

obbligatori standard minimi qualitativi da rispettarsi nella formazione del mediatore ed infine sulla sostanziale equiparazione della mediazione interna al tribunale con quella originaria extragiudiziale, legittimandone così l'esistenza nell'ordinamento giuridico.

Nelle sue versioni iniziali, la disciplina della mediazione si apriva con un primo paragrafo, che — dopo avere definito la mediazione in termini generali, ma speculari alle indicazioni fornite dalla direttiva comunitaria — elencava i tre possibili modi per condurre il procedimento di mediazione: la mediazione extragiudiziale, la mediazione che si affianca al tribunale, e la mediazione interna al tribunale. Al fine di garantire poi solide basi normative alla *gerichtinterne Mediation* e superare una volta per tutte le difficoltà interpretative legate alle discussioni dottrinali e alle differenti scelte operate di *Land in Land*, l'art. 2 *MediationG* proseguiva disponendo la riforma del par.15 GVG, di modo che i governi regionali venissero autorizzati alla predisposizione, attraverso un apposito regolamento, della *gerichtinterne Mediation* nei tribunali regionali. Inoltre la legge intendeva definitivamente chiarire che la mediazione condotta dal giudice-mediatore non è semplice attività di gestione amministrativa della giustizia, ma è più specificamente competenza giurisdizionale,

da esercitarsi in un modo tutto suo particolare. Infine, per rendere la mediazione interna al tribunale davvero competitiva con quella extragiudiziale, essa non verrebbe sovraccaricata nei suoi costi ordinari dalle imposte normalmente gravanti sui procedimenti giudiziali veri e propri.

Facendo un bilancio conclusivo, emerge come la posizione del legislatore fosse in partenza di deciso favore all'inserimento e all'integrazione della *gerichtsinterne Mediation* nell'ordinamento giuridico tedesco, essendo considerata un procedimento veloce, effettivo, economicamente conveniente e di facile realizzazione.

1.8 Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nelle politiche dell'Unione Europea.

Ai fini della nostra riflessione, allo scopo di fornire un quadro il più possibile completo sul fenomeno degli strumenti alternativi al processo, sembra opportuno soffermare l'attenzione sull'atteggiamento dell'Unione Europea nei confronti di questo

fenomeno e alle politiche da essa adottate al fine di favorirne lo sviluppo all'interno degli Stati membri.

Gli organismi istituzionali dell'Unione hanno contribuito, attraverso le loro iniziative normative, alla diffusione di tali procedure, talvolta obbligando gli stessi Stati membri ad aprire nuovi spazi normativi riservati alla conciliazione.

E nel settore della tutela dei consumatori che, già a partire dagli anni '70 nascono le prime iniziative europee a favore della diffusione dello strumento conciliativo⁶⁹.

Fin dalla emanazione dei primi cataloghi dei diritti del consumatore⁷⁰, l'Unione si è proposta di individuare gli strumenti più

⁶⁹ A tal fine vedi: ALPA G., *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 403 ss.; ALPA G., DANОВI R. (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, AA.VV., Giuffrè, Milano, 2004, in cui vi è un interessante scritto di ALPA G., *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, p. 29 ss.; per una rassegna di atti dell'Unione e di iniziative normative in tal senso vedi: DANОВI R., *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur.it.*, 1997, IV, p.326 ss.; AMBROSI, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie : creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur.it.*, 2005, I, p.208 ss.; ancora DI ROCCO M., SANTI S., *La conciliazione*, cit., p. 335 ss.; MARICONDA C., *ADR tra mediazione e diritti*, cit., p. 58 e ss.: secondo l'Autrice l'attenzione dell'Unione si è dapprima incentrata sulla giustizia per i consumatori, ma appariva subito chiaro che si trattasse di un settore sperimentale. L'Unione ha preso in considerazione la Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (così come modificata dalla Convenzione del 9.10.1978) e la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 9.10.1980. Tutti i paesi che hanno aderito all'Unione Europea (anche successivamente), hanno firmato tale convenzione. Relativamente ad essa, sono state considerate sia la Risoluzione sull'assistenza in giudizio e sulla consulenza legale del 1978 e sia la Risoluzione sull'accesso all'autorità giudiziaria del 1981.

efficaci per la tutela di questi diritti, favorendo un livello di assistenza e di accesso alla giustizia tendenzialmente omogeneo nei singoli Stati europei e incentivando la diffusione di strumenti più rapidi ed efficaci di risoluzione delle controversie⁷¹.

Più precisamente, l'obiettivo perseguito è stato quello di facilitare la risoluzione delle controversie in materia di consumo, garantendo ai consumatori non solo l'accesso alla giustizia in senso stretto, ma altresì un effettivo esercizio dei propri diritti, ovviando ai problemi che derivano dalla sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo del suo regolamento giudiziale.

⁷⁰ Per tale elencazione vedi sempre DANOVI, cit., p. 326 e AMBROSI, cit., p. 208.; LAPENNA, *L'opera dell'Unione Europea. La politica dell'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Bernardini P. (a cura di), Isdaci, Egea, Milano, 2001, p.31 ss.; CUOMO ULLOA F., *La conciliazione*, cit., p. 39 ss.; BOVE M., SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Nuova giuridica, Matelica, 2009, p.98 ss.; interessante anche BESSO C., *L'attuazione della direttiva europea n.52 del 2008:uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 2012,fasc.3, p. 866 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, fasc.2, p. 357 ss.; ancora DELOGU L., *Nuovi interventi dell'Unione Europea su consumatori, risoluzione alternativa delle controversie e mediazione*, in *Giur. di merito*, 2012, fasc.7-8, p. 1625 ss.

⁷¹ Di ausilio in questo senso può essere il *Memorandum sul "nuovo impulso alla politica di protezione del consumatore"* trasmesso dalla Commissione al Consiglio il 4 gennaio 1985 nel quale vengono individuate quattro prospettive per potenziare la tutela del consumatore: la realizzazione di procedure giudiziarie semplificate, il riconoscimento della legittimazione ad agire di gruppi di interesse, i centri di consultazione e la diffusione di tecniche di conciliazione e arbitrato; in esso si muove dalla premessa che ai consumatori occorre garantire la tutela dei diritti fondamentali connessi col rapporto di consumo, tra i quali la tutela della salute e degli interessi economici, che si traducono nel diritto al risarcimento del danno; che il riconoscimento di tali diritti è pieno se non effettivo; che l'effettività si può raggiungere solo se si agevola l'accesso alla giustizia; sullo stesso punto vedi anche ALPA G., *Riti alternativi*, cit., p.410, e MARICONDA C., cit., p. 59 ss. e p. 81.

Nel 1993⁷² viene emanato il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia, nel quale l'Unione sembra portare avanti le idee e le politiche appena descritte e dove soprattutto la conciliazione assume uno spazio prioritario⁷³; all'interno di questo documento si sottolinea la necessità di prevedere forme alternative di tutela giurisdizionale⁷⁴.

Tre anni dopo, cioè, nel 1996, la Commissione ha ritenuto di dovere intervenire più concretamente sul tema delle controversie dei consumatori, sia coordinando le disposizioni comunitarie in tema di azioni inibitorie⁷⁵, sia rafforzando il dispositivo dei Piani d'Azione⁷⁶

⁷² Sempre nel 1993, oltre al libro Verde, la Commissione Europea sulla Politica dei Consumatori, con il secondo Piano Triennale di Azione (1993-1995), aveva evidenziato che *«Le transazioni in materia di consumo possono dare origine a controversie per le quali il ricorso alla giustizia sovente non è la soluzione migliore»* e che, *«l'inadeguatezza dei ricorsi giudiziari lascia il consumatore disarmato di fronte ai comportamenti che gli sono pregiudizievoli»*: così *Secondo Piano di Azione Triennale sulla politica dei Consumatori Com (93) 378 def.*, Bruxelles, 28 luglio 1993.

⁷³ A tal proposito vedi: Libro Verde 16 novembre 1993 □ COM (93) 576.; per un commento a tale documento comunitario, CAPPONI, *Il libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Doc. g.*, 1994, p. 361 ss.; ancora AVOLIO, *L'accesso alla giustizia: quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della Comunità europea*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1997, p. 743 ss.. A testimonianza dello spazio prioritario assunto dalla conciliazione nell'ambito della tutela dei consumatori vi sono i numerosi programmi di finanziamento stanziati dall'Unione a favore di progetti pilota volti a realizzare procedure conciliative e ad agevolare l'accesso alla tutela dei consumatori; di tali progetti si ha una sintesi oltre che nel citato Libro Verde, anche nello scritto di DANOVI, *Le ADR*, cit., p.331.

⁷⁴ Si rileva infatti che: *«Una procedura giudiziaria o amministrativa deve permettere di rendere giustizia al soggetto che abbia subito il pregiudizio e di ripristinare al tempo stesso l'equilibrio di interessi voluto dal legislatore. Ove tale procedura non esistesse o non fosse accessibile ai titolari dell'interesse protetto dall'ordinamento giuridico, si avrebbe ovviamente una sfasatura tra il contesto disegnato dal legislatore e la realtà vissuta dai cittadini»* Libro Verde 16 novembre 1993 □ COM (93) 576.

⁷⁵ A tal riguardo vedi Proposta Commissione COM (95) 0712-96/0025 (COD) (GU C107 del 13 aprile 1996).

tramite il sostegno di specifici progetti pilota e la stesura di raccomandazioni indirizzate agli organismi responsabili della risoluzione alternativa delle controversie, cui ha fatto seguito l'elaborazione di un formulario standard europeo per l'inoltro dei reclami dei consumatori alle aziende, appositamente volto a favorire lo scambio del consenso tra le parti in ordine all'attivazione di procedure extragiudiziali di composizione delle liti⁷⁷.

⁷⁶ Vedi *Primo Piano d'Azione triennale 1990-1992* DOC.COM. (90) 98 def., Bruxelles, 28 luglio 1993.

⁷⁷ Vedi *Raccomandazione della Commissione riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, 98/257/CE, 30 marzo 1998, SEC (1998) 576 def., in GUCE 30/06/98, e relativo *Formulario di reclamo del consumatore*, Allegato D: la raccomandazione riguarda le procedure che, a prescindere dalla loro denominazione, conducono ad una soluzione della controversia attraverso l'intervento attivo di un terzo che prende formalmente posizione su una soluzione. In essa si raccomanda che tutti gli organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno come competenza la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo rispettino i seguenti principi: principio di indipendenza, principio di trasparenza, principio del contraddittorio, principio di efficacia, principio di legalità, principio di libertà e di rappresentanza. Questi rappresenteranno i principi cardine di ogni successiva iniziativa inerente le procedure extragiudiziali a livello europeo, essendo destinati a uniformare anche l'azione legislativa degli Stati membri oltre che le attività dei singoli soggetti promotori e/o gestori di simili procedure.

La dimensione comunitaria del problema dell'accesso dei consumatori alla giustizia era stato segnalato anche nella risoluzione del parlamento dell'11 marzo 1992 (GU n.C 94 del 13 aprile 1992) nonché nella risoluzione del Consiglio del 13 luglio 1992 relativa alle priorità future per lo sviluppo della politica di tutela dei consumatori (GU n. C 186 del 23 luglio 1992). A portare la stessa data del 30 marzo 1998 è anche la *Comunicazione della Commissione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo* 30 marzo 1998 COM (1998) 198 def., la quale indica tre possibili strade per migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia: la semplificazione e il miglioramento di procedure giudiziarie, il miglioramento della comunicazione tra gli operatori economici professionali e i consumatori e le procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di consumo. Queste tre vie lungi dal costituire metodi alternativi, sono assolutamente complementari. Però mentre la prima si situa nel contesto tradizionale della risoluzione giudiziale delle controversie, le altre due fanno uscire, nella misura del possibile, le controversie dal contesto giudiziario - vedi GHIRGA M.F., cit., p. 482.

Con il terzo "Piano d'Azione" in materia di politica dei consumatori per il periodo 1999-2001⁷⁸ e con la successiva decisione del 25 gennaio 1999 n.283/99, la Commissione Europea ha poi indicato le priorità della politica in favore dei consumatori, stabilendo, tra l'altro, la necessità di potenziare la presenza e l'influenza dei consumatori nel Mercato Unico.

Dopo la raccomandazione del 1998 la Commissione⁷⁹ adotta nell'aprile del 2001 un'ulteriore raccomandazione specificamente indirizzata a definire i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, non coperti dal precedente documento del 1998⁸⁰; nella stessa data, viene emanata una comunicazione, in cui si prende atto dell'esistenza di numerose fattispecie di risoluzione alternativa delle controversie alle quali tutte vanno estesi i principi e le garanzie

⁷⁸ Vedi: DOC.COM (98) 696 def., Bruxelles, 2 dicembre 1998.

⁷⁹ Significativo al riguardo è il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, ove gli Stati membri sono stati invitati ad istituire procedure di soluzione alternativa delle liti.

⁸⁰ Vedi *Raccomandazione* 4 aprile 2001, n. 2001/310/CE GUCE L. n.109 il 19 aprile 2001. Essa raccomanda a tutti gli 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, che siano garantiti nella procedura i seguenti principi: imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità.

comuni che ne assicurano l'imparzialità, la trasparenza, l'efficacia e l'equità⁸¹.

Negli anni successivi l'attenzione dell'Unione per il fenomeno conciliativo cresce parallelamente all'espandersi dell'intervento regolativo dell'Europa: si amplia il catalogo dei diritti che l'Unione vuole siano riconosciuti ai cittadini e la conciliazione, che si inizia a guardare come metodo privilegiato di tutela, vede espandere il suo raggio d'azione, specie nella dimensione transfrontaliera.

La filosofia dell'Unione Europea, è prevalentemente positiva : la conciliazione non viene concepita come una risposta all'insoddisfazione dei cittadini europei verso il sistema giurisdizionale, ma come uno strumento di diversificazione e di completamento della tutela di quei cittadini, ai quali gli Stati devono comunque, assicurare il diritto ad un effettivo ricorso alla tutela giurisdizionale secondo quanto prevedono gli art.6 e 13 della CEDU⁸².

⁸¹ Vedi COM2001/161 def.

⁸² Di questa stessa opinione è BIVIATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv.trim.dir.proc.*,2005, p.785, 794; l'Autore sottolinea il rapporto di priorità che caratterizza il diritto al processo rispetto all'esigenza di promuovere forme alternative. Così pure TROCKER N., *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in VARANO V. (a cura di), *L'altra giustizia*, cit., p. 317 ss.

Nel 2002, viene pubblicato il Libro Verde del 19 aprile 2002⁸³ relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale che prosegue idealmente l'attività di indagine iniziata nel 1993. Questo documento, da un lato, estende la propria sfera di osservazione oltre i semplici rapporti di consumo, dall'altro, tratta esclusivamente delle procedure non giurisdizionali volte a favorire la risoluzione delle liti attraverso la negoziazione delle parti e l'intervento di un terzo neutrale⁸⁴.

Il testo si articola essenzialmente in tre capitoli e affronta dapprima un'analisi delle procedure ADR come strumenti di miglioramento dell'accesso alla giustizia internazionalmente riconosciuti, indi prosegue con l'illustrazione di quanto raccolto sui metodi ADR a livello nazionale e comunitario, finendo con l'elencare una serie compiuta di domande, le cui risposte dovranno fornire le indicazioni per orientare le future scelte ed iniziative comunitarie in materia. In esso si afferma pure che il rinnovato interesse all'interno dell'Unione Europea per i modi alternativi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale risponde a tre ordini di

⁸³ Vedi: DOC. COM. (2002) 196 def.

⁸⁴ Viene usato per la prima volta, rispetto agli altri documenti indicati, l'acronimo ADR, mentre non vengono utilizzate le espressioni mediazione e conciliazione.

ragioni: in primo luogo, si è acquisita sempre più contezza che i metodi di ADR facilitano l'accesso dei cittadini alla giustizia; in secondo luogo molti Stati membri, anche prima dell'adozione del Libro Verde del 2002, avevano già prestato particolare attenzione ai metodi alternativi, tanto che spesso tutto ciò si era tradotto in interventi legislativi; in ultimo, L'ADR rappresentava e rappresenta per l'Unione Europea una priorità politica, dovendosi quindi le istituzioni assumersi il compito di garantire il migliore contesto possibile per il loro sviluppo e per migliorarne sempre più la qualità⁸⁵.

Nell'implementare l'azione avviata, la stessa Commissione, a partire dall'anno 2000, ha promosso la costituzione di una rete di collegamento permanente tra tutti gli organi nazionali fornitori di servizi ADR per i consumatori, con l'intento di favorire, da un lato, lo sviluppo di una nozione comune di accesso alla giustizia da parte dei soggetti operanti nel Mercato Unico europeo, dall'altro, la concreta applicazione dei principi già espressi nelle Raccomandazioni in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Con il

Documento di lavoro della Commissione sulla creazione di una Rete

⁸⁵ La Commissione ha addirittura promosso una consultazione pubblica su questo Libro Verde, che aveva come obiettivo quello di raccogliere le osservazioni generali degli ambienti interessati, sempre su elementi determinanti del processo di ADR, come il problema dei termini di prescrizione, l'esigenza di riservatezza, la formazione dei terzi, il loro regime di responsabilità.

Europea Extra-Giudiziale □ *EEJ- Net*⁸⁶, sono stati indicati i caratteri fondamentali di questo progetto, che parte dall'individuazione di un unico *front office* deputato a trattare le controversie consumeristiche derivanti dal commercio transfrontaliero.

Il 18 settembre 2002 il Consiglio d'Europa emana una Raccomandazione⁸⁷ sulla mediazione civile e commerciale in cui si sottolinea che la mediazione, se da un lato può essere uno strumento utile per ridurre i conflitti fra i cittadini e il carico di lavoro dei giudici, non può comunque sostituire il sistema giudiziario che deve essere efficiente, equo e facilmente accessibile.

Sempre nella medesima direzione si colloca un'ulteriore importante intervento dell'Unione e cioè la *Proposta di direttiva in materia di mediazione civile e commerciale*⁸⁸.

⁸⁶ *Commission Working Document on the creation of a European Extra-Judicial Network*, in *Sec.* (2000) 405. A tal proposito vedi anche MARICONDA C., cit., p. 176.

⁸⁷ Raccomandazione 18 settembre 2002 n.10.

⁸⁸ Si tratta della Proposta di Direttiva in materia di mediazione civile e commerciale (22.10.2004 COM 2004718 def. SEC(2004)1314); essa riconosce il primato della tutela giurisdizionale e sottolinea come □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 CEDU□ Per un approfondimento sulla Proposta di Direttiva Europea vedi: MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr.impr.Eur.*, 2005, p. 427 ss.; VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. for.*, 2005, p.359 ss.; GIUDICE, *Dalla Commissione europea una scelta □flessibile□per il futuro della mediation*, in *Contr.*, 2005, p. 102 ss. ; GHIRGA M.F., *Conciliazione e mediazione*, cit., p. 491 ss.

Nella Relazione che accompagna la Proposta si legge che un migliore accesso alla giustizia ha sempre rappresentato uno degli obiettivi prioritari della politica UE e tra essi è inclusa *«la promozione dell'accesso ad adeguate procedure di risoluzione delle controversie per i privati e le imprese»*. Si sancisce quindi la necessità che il sistema giustizia di uno Stato membro preveda accanto al possibile ricorso all'autorità giudiziaria, forme alternative di tutela dei diritti⁸⁹.

La necessità di un quadro giuridico stabile sulla interazione tra mediazione e procedimenti civili, si afferma, *«potrebbe contribuire a porre la mediazione su un piede di parità con i procedimenti giudiziari quando i fattori connessi alla specifica controversia giocano il ruolo più significativo per le parti nella determinazione della scelta del mezzo di risoluzione della controversia»*.

Nella Proposta la Commissione afferma di credere nelle potenzialità della conciliazione quale strumento di risoluzione delle controversie e come accesso alla giustizia per privati ed imprese che

⁸⁹ La Relazione prosegue affermando che *«La direttiva oggetto della proposta contribuisce a questo obiettivo agevolando 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»*

presenta indubbi vantaggi: si tratterebbe infatti di *“un modo più veloce, più semplice ed economicamente più efficiente di risolvere le controversie, che consente di prendere in considerazione una gamma più ampia di interessi delle parti, con una maggiore possibilità di raggiungere un accordo che sarà rispettato su base volontaria e che preserva una relazione amichevole e sostenibile tra esse”*

Ancora nella Relazione che accompagna la Proposta di Direttiva vi è anche espressa quella consapevolezza, sul ruolo degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, che appunto più che *alternativi* ai procedimenti giudiziari ed indipendentemente dalla loro caratteristica di potere alleggerire la pressione sul sistema giudiziario, si presentano i più *adeguati*. Così la Commissione vede nella mediazione *“uno dei diversi mezzi di risoluzione delle controversie disponibile in una società moderna e che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie”*

Venendo al contenuto della Proposta sembra importante menzionare l'art.1 in cui si dispone che: *“L'obiettivo della presente direttiva è quello di facilitare l'accesso alla risoluzione delle*

controversie promuovendo il ricorso alla mediazione e garantendo un'efficace relazione tra mediazione e procedimenti giudiziari

Dunque, già la Proposta risultava particolarmente interessante oltre che per i suoi contenuti di garanzia, anche per il tentativo di uniformare al rialzo le discipline contenute nelle singole legislazioni nazionali.

Sempre nel 2004 viene emanato il codice di condotta dei mediatori. L'intervento minimale ha posto in luce profili salienti della figura anzitutto la competenza, l'indipendenza e l'imparzialità e poi gli obblighi di garantire la riservatezza e la correttezza del procedimento.

La Direttiva, approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il 29 marzo 2007⁹⁰ viene poi definitivamente adottata, dopo una lunga gestazione, il 21 maggio 2008, con il numero 2008/52/CE, relativa a determinati *aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*

Essa rappresenta senza dubbio un importante punto di riferimento nella prospettiva della uniformazione delle legislazioni

⁹⁰ Risoluzione (P6_TA (2007)0088).

nazionali, con riguardo ai principi da applicarsi nella gestione delle procedure consensuali⁹¹.

Merita una certa attenzione la Risoluzione del Parlamento europeo in data 25 ottobre 2011⁹² sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, ancorchè prive di efficacia vincolante.

Essa considera, tra l'altro, che una soluzione alternativa delle controversie, che consenta alle parti di evitare le tradizionali procedure arbitrali, può costituire un'alternativa rapida ed economica ai contenziosi; e, al paragrafo 10, afferma che «al fine di non pregiudicare l'accesso alla giustizia, si oppone a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello di UE, ma ritiene che si potrebbe valutare un meccanismo obbligatorio per la presentazione dei reclami delle parti al fine di esaminare le possibilità di ADR». Al paragrafo 31, sesto capoverso, aggiunge (tra l'altro) che

⁹¹ Altri provvedimenti normativi settoriali emanati dalle istituzioni europee contengono un riferimento alle procedure ADR: ad esempio, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa al commercio elettronico nel mercato interno; ancora la direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che all'art. 24 prescrive che gli Stati membri debbano provvedere perché siano predisposte procedure efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie relative a contratti di cui sia parte un consumatore; ancora la direttiva 2011/83/UE, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, che all'art. 6.1, lett. *t*), impegna l'operatore professionale che utilizzi contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, a informare il consumatore della possibilità di «servirsi di un meccanismo stragiudiziale di reclamo».

⁹² 2011/2117-INI.

l'ADR deve avere un carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio.

Va ricordata anche la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011⁹³, relativa all'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali. Tale risoluzione, nel passare in rassegna le modalità con cui alcuni degli Stati membri hanno attuato la direttiva citata, osserva nel paragrafo 10 che «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Riveste grande importanza anche la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in data 18 marzo 2010, Sezione quarta,

⁹³ 2011/2026-INI.

pronunciata nelle cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08.

Da ultimo⁹⁴ in data 29 novembre 2011, la Commissione ha presentato un pacchetto che si articola nella proposta di adottare due strumenti strettamente collegati: una direttiva ed un regolamento⁹⁵. Con la prima si vuole assicurare: a) che in tutti i paesi dell'Unione i consumatori abbiano la concreta possibilità di portare davanti ad un organismo di ADR qualunque controversia contrattuale li coinvolga e sia connessa alla vendita di beni e alla fornitura di servizi nel mercato unico; b) che gli operatori professionali siano tenuti a dare ai consumatori le necessarie informazioni sull'organismo competente a trattare le loro vertenze; c) che gli organismi ADR posseggano una serie di requisiti di qualità e la correttezza della loro attività sia garantita dalle autorità di controllo istituite in ognuno degli Stati membri. Il regolamento ha ad oggetto l'istituzione di una piattaforma

⁹⁴ Il 18 gennaio 2011 la Commissione europea ha pubblicato un *consultation paper* sull'uso degli strumenti di ADR in materia commerciale in Europa, vedi VIGORITI V., *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*, in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 2011, fasc.5, p. 61 ss.

⁹⁵ Si tratta della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori) [COM (2011) 793 def.], e della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori) [COM (2011) 794 def.]. Tale quadro si completa con l'adozione sempre da parte della Commissione dell'Agenda del consumatore europeo, adottata dalla Commissione il 22 maggio 2012. Relativamente a queste iniziative vedi anche PICCIANO, *Osservatorio Comunitario*, in *Contratti*, 2012, p. 178 ss.

web europea per la risoluzione delle controversie transfrontaliere legate alla vendita di beni e alla fornitura di servizi conclusi *online* tra un operatore professionale e un consumatore (ODR: *Online Dispute Resolution*)⁹⁶; la proposta ne determina i criteri di funzionamento, perché sia direttamente accessibile così ai consumatori come agli operatori e basi la sua attività sugli organismi ADR nazionali esistenti. L'intento perseguito è quello di infondere nei consumatori nuova fiducia nella possibilità di far valere i loro diritti⁹⁷ al fine di rilanciare il mercato unico che soffre ancor oggi di numerosi impedimenti e non riesce ad attrarre in misura soddisfacente la massa dei potenziali fruitori. La Commissione, infatti, stima che le vaste potenzialità offerte dal mercato unico non siano pienamente sfruttate dai cittadini e che tanto meno lo siano quelle messe a disposizione dal commercio elettronico.

Nel 2013, l'Unione Europea ha adottato due provvedimenti: il 21 maggio, cioè a cinque anni esatti di distanza dalla direttiva n. 52 del

⁹⁶ Sulla nascita del fenomeno delle ODR vedi: MARICONDA C., cit., p. 151 ss.

⁹⁷ Vedi: Comunicazione 13 aprile 2011 [SEC (2011) 467 def.] par.2.4. Vedi inoltre Risoluzione del Parlamento europeo 25 ottobre 2011 sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare [2011/2117], in cui lo stesso Parlamento si è espresso a favore di iniziative di promozione dei metodi alternativi di soluzione delle controversie; vedi anche il riferimento contenuto nel Progetto di parere della Commissione Giuridica del Parlamento Europeo, relazione della Commissione per il Mercato interno e la Protezione dei Consumatori, 18 aprile 2012 [2011/0373 (COD), PE487.749]-

2008, una nuova direttiva in materia di ADR riservata esclusivamente alle controversie con i consumatori, cioè la direttiva n. 11 del 2013 riservata esclusivamente alle controversie con i consumatori, ed il regolamento n. 524 del 2013 sull'ODR che disciplina le liti dei consumatori.

La nuova direttiva parla espressamente di *“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”*

Il Regolamento invece, disciplina l'operatività della piattaforma on line, già istituita dall'UE, e che riguarda la risoluzione giudiziale delle controversie riguardanti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita e di servizi on-line, tra un consumatore residente nell'Unione e un professionista stabilito nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR inserito in un elenco a norma dell'art. 20 par. 2, della direttiva 2013/11UE e che comporta necessariamente l'utilizzo della piattaforma ODR.

Il regolamento prevede che la legislazione dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente, autorizzi la risoluzione di tali controversie attraverso l'intervento di un organismo ADR. Come previsto dal Regolamento, l'ODR offre una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni on-line. Lo scopo del legislatore europeo è quello di garantire un elevato grado di protezione dei consumatori, grazie alla piattaforma ODR europea, che dovrà aiutare a trovare la risoluzione extragiudiziale, in modo rapido ed indipendente, delle controversie suddette.

1.9 L'evoluzione della conciliazione nell'ordinamento italiano.

In Italia, la riflessione sul tema della giustizia alternativa ha inizio intorno agli anni '80, ossia circa 20, 30 anni dopo l'avvio del dibattito americano e in leggero ritardo rispetto al parallelo dibattito europeo.

All'avvio di tale riflessione hanno certamente contribuito le idee provenienti dagli Stati Uniti, così come gli impulsi della Comunità Europea.

L'esigenza di approfondire l'analisi e l'utilizzo dello strumento conciliativo è derivato ,soprattutto, dalla «drammatica» situazione in cui versava la giustizia civile italiana. Il fenomeno conciliativo è stato, infatti, spesso letto e interpretato in una chiave meramente deflattiva, valutando gli interventi normativi in questa materia solo come risposta rispetto alle esigenze di decongestionamento degli uffici giudiziari.

La finalità deflattiva è, però, soltanto una delle chiavi di lettura del fenomeno: ad essa si affianca la capacità di promuovere l'accesso alla giustizia, ossia la possibilità che la conciliazione venga utilizzata

allo scopo di allargare gli spazi di tutela e facilitare l'accesso alla stessa, in particolare in favore di categorie di soggetti economicamente più deboli; altra chiave di lettura è la possibilità di diversificare le modalità di tutela e di composizione della lite, ossia che, attraverso la diffusione delle procedure di conciliazione, si creino strumenti diversi e più funzionali alla soluzione di determinate tipologie di controversie, che non trovano nei meccanismi del processo adeguata soluzione. Queste diverse funzioni per lo più concorrono tra loro, contribuendo a fare della conciliazione uno strumento polifunzionale.

L'esperienza interna, in ciò confermata da quella comparatistica, suggerisce che la conciliazione funziona e può essere utilizzata con successo soprattutto in un ordinamento dotato di sistemi giurisdizionali efficienti: così che il buon funzionamento dell'apparato giudiziario appare piuttosto un presupposto, che un effetto della diffusione dell'adr, in un circolo virtuoso in cui il buon andamento del processo favorisce ed è a sua volta favorito dal ricorso ad efficienti procedure alternative.

Quando, infatti, il sistema processuale è inefficiente, la conciliazione non solo vede ridotte le sue probabilità di successo, ma rischia di essere utilizzata per scopi abusivi: se la macchina giudiziaria è troppo lenta, infatti, la conciliazione può diventare lo strumento per «estorcere consensualmente» accordi alla parte che non vuole, o non può, aspettare i tempi della tutela giurisdizionale.

La diffusione del metodo conciliativo in Italia è, quindi, derivata dalla constatazione che il processo giurisdizionale, pur rappresentando il metodo istituzionale, non sia necessariamente il metodo migliore di risoluzione dei conflitti.

Si è cercato di differenziare le modalità di tutela, attraverso un percorso di diversificazione e specializzazione delle procedure. A tal proposito, è possibile distinguere una differenziazione interna al processo ed una differenziazione esterna. Nell'ambito della prima, si collocano quelle tendenze riformatrici tese a modulare il funzionamento del processo, adattando tempi e modalità procedurali alle caratteristiche proprie di determinate aree del contenzioso. Si tratta di un fenomeno che, nel sistema giurisdizionale italiano, si è manifestato principalmente attraverso l'introduzione di

procedure speciali, in relazione a speciali categorie di controversie: ne sono esempi il processo del lavoro, il rito agrario e locatizio, le procedure in materia di famiglia, nonché il fenomeno della cameralizzazione delle procedure; un altro esempio è quello rappresentato dalla riforma del rito societario, ormai abrogato e dalle sue diverse articolazioni procedurali.

Negli ultimi anni, è cresciuto il fenomeno della diversificazione interna, di pari con l'estensione dell'area della giuridicità: è cresciuta, cioè, la dimensione della legalità e della giurisdizione, ma è aumentato anche il grado di frammentazione e di complicazione del sistema.

Il cambiamento di rotta, ha comportato un ridimensionamento delle aspettative poste sulla giurisdizione e l'adozione di una diversa strategia di intervento legislativo. Si è fatta strada l'idea che fosse necessario, da un lato, rinunciare a perseguire la strada della diversificazione normativa attraverso la moltiplicazione delle procedure speciali ed occorresse piuttosto introdurre elementi di flessibilità nel processo, in modo da consentire al giudice di adattare, di volta in volta, le modalità processuali alle specifiche esigenze del contenzioso. Dall'altro lato si è auspicato e si auspica una contrazione

della giurisdizione ed in particolare del monopolio su questa esercitato dallo Stato, per fare spazio ad altre forme (alternative e private) di risoluzione delle controversie: si cerca, quindi, da tempo di promuovere una differenziazione esterna al processo per aumentare le opportunità di trovare, fuori dalla giurisdizione, la soluzione del conflitto.

1. 10 La disciplina della conciliazione giudiziale in Italia in sede non contenziosa.

La conciliazione in sede non contenziosa è un istituto già presente nella legislazione preunitaria, ed in particolare nella legislazione del Regno di Napoli che attribuiva al conciliatore, primo anello della catena giudiziaria, la funzione di amichevole compositore delle liti.

Questa è la disciplina che ispira il codice del 1865, all'interno del quale la conciliazione trovava una collocazione particolare. Ad essa, infatti, veniva dedicato il capo primo del titolo preliminare, intitolato

alla conciliazione giudiziaria preventiva, che collocava la disciplina dell'istituto fuori dalla disciplina del processo, collegandola ad essa in una relazione di anteriorità funzionale, quasi ad auspicare che il passaggio attraverso una fase di mediazione amichevole precedesse sempre (e ove possibile) il più drastico intervento da parte del giudice.

Il tentativo di conciliazione era affidato al conciliatore, al quale le parti potevano rivolgersi unilateralmente o concordemente. Lo svolgimento della conciliazione era comunque subordinato alla partecipazione di entrambe le parti all'udienza, al termine della quale ed in caso di esito positivo □ veniva redatto un verbale di conciliazione cui la legge attribuiva forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Questa disciplina venne sostanzialmente trasfusa nel codice del 1942, che ancora attribuiva la competenza conciliativa al giudice conciliatore. Fu tuttavia modificata la collocazione della normativa che, dal titolo preliminare, scivolò all'interno del libro II del codice di procedura e fu ridotta a due soli articoli (art. 321 e 322), i quali disciplinavano la competenza del conciliatore, le modalità di

presentazione dell'istanza ed il regime di efficacia del verbale di conciliazione.

È probabile che quella scelta sistematica riflettesse il mutato atteggiamento del legislatore nei confronti di questo istituto, una presa d'atto della scarsa rilevanza pratica dello strumento, poco utilizzato dalle parti e ancor meno valorizzato dal conciliatore: in effetti, già negli ultimi anni di vigenza del precedente codice e poi nel vigore del codice del 1942, la conciliazione non contenziosa subì una progressiva ed inarrestabile involuzione, fino a divenire, verso la fine degli anni 80, un istituto statisticamente irrilevante.

Con le riforme del 1990-91 lo spazio dedicato alla conciliazione è stato ulteriormente compresso; contestualmente alla soppressione del conciliatore e all'istituzione del giudice di pace, infatti, la disciplina della conciliazione è stata riunita in un unico articolo posto a chiusura del titolo dedicato al procedimento davanti al giudice di pace (art. 322 c.p.c.). Tale compressione ha tuttavia una valenza più simbolica che reale: nei contenuti, infatti, la disciplina della conciliazione in sede non contenziosa è rimasta invariata ed in larga

misura conforme a quella contenuta nel testo originario e, prima ancora, nel vecchio codice del 1865.

Conformi alla disciplina originaria sono in particolare le modalità di avvio del procedimento, ispirate al criterio di informalità; conforme è anche il regime della partecipazione delle parti, ispirato al criterio della volontarietà e della non coercibilità, dal momento che la parte nei cui confronti è stato avviato il procedimento, quanto quella che lo ha promosso non hanno alcun onore di comparire all'udienza e l'intervento del giudice di pace è in ogni caso subordinato alla volontà di partecipazione di entrambe, esclusa qualunque forma di coercizione o di sanzione nel successivo processo. In altre parole, sono rimasti immutati tutti i parametri procedurali di riferimento utili ai fini della nostra classificazione: essendo il procedimento attuale, così come quello previsto nel codice del 1865, un procedimento giudiziale, doppiamente facoltativo ed extra processuale, privo di qualunque collegamento con il processo civile contenzioso.

Apparentemente invariato è del resto anche il regime del verbale di conciliazione, al di là del parziale adeguamento dei valori economici.

Come nel passato, infatti, anche l'attuale disciplina prevede che il verbale di conciliazione conclusa dinanzi al giudice di pace costituisca titolo esecutivo, solo se la controversia rientra nei limiti di competenza di questo giudice, mentre negli altri casi esso abbia valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Al riguardo, ci si potrebbe chiedere se la giustificazione che allora aveva indotto il legislatore ad operare questa distinzione, mantenga la sua validità anche oggi o se la norma □ nel mutato contesto socio-economico □ sia divenuta fonte di una ingiustificata disparità di trattamento.

Tale conciliazione in sede non contenziosa non ha, tuttavia, riscosso notevole successo e le cause non vanno ricercate tanto nei dettagli normativi, quanto piuttosto nella configurazione complessiva del procedimento.

Mi pare, infatti, che la causa principale dell'insuccesso della conciliazione in sede non contenziosa si debba individuare nel tipo stesso di procedimento che essa realizza. La particolare combinazione di una procedura che è al contempo giudiziale ed extraprocessuale, infatti, pare particolarmente penalizzante per la sua diffusione. Da un

lato, infatti, la circostanza che il tentativo di conciliazione sia affidato ad un giudice dotato anche e soprattutto di funzioni giudicanti, concorre a giustificare la sottovalutazione dello strumento conciliativo, essendo prevalente la funzione giudicante di quest'organo, piuttosto che la sua funzione conciliativa. Il fatto poi che il giudice di pace sia un giudice laico e generalista, privo di specifiche competenze, può spiegare la scarsa fiducia nutrita nell'effettività del suo intervento e giustificare la diffidenza dei potenziali utenti nell'accedere a questo servizio.

La natura bilateralmente facoltativa del procedimento e l'assenza di incentivi e/o meccanismi di tipo coercitivo in grado di favorire la partecipazione rendono, d'altra parte, ancor meno efficace questo strumento, la cui attivazione risulta necessariamente subordinata alla duplice e improbabile condizione della volontà di entrambe le parti di tentare la conciliazione.

1.11 la disciplina della conciliazione giudiziale italiana in sede contenziosa. Evoluzione normativa.

A differenza della conciliazione in sede non contenziosa, la conciliazione che ha luogo nel processo, davanti al giudice ordinario, ha subito una serie di rilevanti modifiche che, anche di recente, ne hanno alterato la collocazione processuale.

Prima di procedere nell'analisi dell'attuale assetto normativo è dunque opportuno ripercorrere brevemente l'evoluzione del nostro istituto, accennando alle diverse configurazioni che esso ha assunto storicamente e cercando di individuare le ragioni della sua progressiva rinnovazione.

Nel codice del 1865, la conciliazione giudiziale era essenzialmente quella, preventiva, del conciliatore. In quel codice, però, erano anche previste procedure di conciliazione contenziosa, ma il tentativo di conciliazione in corso di giudizio era limitato ai soli procedimenti che si svolgevano davanti al conciliatore e al pretore. Una forma particolare di conciliazione era poi prevista per i procedimenti dinanzi ai Tribunali di commercio, stabilendosi che, in

ordine a particolari tipologie di controversie, si provvedesse alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti e conciliarle, se possibile.

Con il codice del 1942 si giunse ad un'autonoma regolamentazione della conciliazione contenziosa, quale doveroso adempimento del giudice nel corso del processo di cognizione ordinario. L'originario art. 185 c.p.c., in particolare, prevedeva che il giudice istruttore, nella prima udienza, dovesse cercare di conciliare le parti, disponendo all'occorrenza la loro comparizione personale: istituiva cioè un procedimento di conciliazione obbligatorio per il giudice, subordinando alla sua discrezionale valutazione l'insorgere di un obbligo ulteriore di comparizione personale delle parti. Facoltativa era poi la rinnovazione del tentativo di conciliazione, in qualunque momento dell'istruzione, ad opera dello stesso giudice istruttore.

Nel 1973, con la riforma del processo del lavoro, la conciliazione giudiziale ha ricevuto nuovo impulso: nel nuovo rito, l'obbligo di comparizione personale delle parti all'udienza, imposto dal riformato art. 420 allo scopo di consentire il tentativo di conciliazione e il libero interrogatorio, rivalutava, infatti, almeno indirettamente, la funzione

del nostro istituto, rivitalizzando al contempo il contatto tra tutti i protagonisti del processo.

Come noto, il procedimento di conciliazione introdotto dalla riforma del rito del lavoro è stato successivamente ripreso dalla riforma del 1990, che lo ha trasferito nel processo ordinario di cognizione: sopprimendo il primo comma dell'art. 185 c.p.c. e trasferendo la disciplina del tentativo giudiziale di conciliazione nell'art. 183 c.p.c., dedicato alla prima udienza di trattazione, il legislatore del 1990 ha infatti generalizzato l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero, rendendo parimenti obbligatoria, per le parti, la comparizione personale all'inizio della trattazione anche ai fini del tentativo di conciliazione. Rimaneva invece invariata la previsione, di cui all'art. 185 c.p.c., che consentiva al giudice di ripetere il tentativo di conciliazione nel corso del giudizio, disponendo all'occorrenza la comparizione delle parti.

A differenza di quanto avvenuto nel processo del lavoro, dove la conciliazione obbligatoria ha avuto una discreta importanza pratica, nel processo ordinario, il regime introdotto con la riforma del 1990 ha dato tuttavia risultati deludenti: il numero delle conciliazioni raggiunte

in sede di udienza ex art. 183 è rimasto, anche dopo le modifiche apportate nel 1990, piuttosto limitato, nonostante la più stretta correlazione individuata tra conciliazione e interrogatorio libero. La previsione della necessaria comparizione delle parti all'udienza, d'altro canto, non ha dato i frutti sperati, essendo assai diffuse prassi di sostanziale disapplicazione della norma, poco apprezzata dalle parti e non adeguatamente valorizzata dai giudici.

Proprio la scarsa utilità di questa fase processuale è presumibilmente all'origine delle più recenti modifiche al codice di procedura civile, animate, come suggerisce il decreto che ha dato avvio a queste riforme, dal desiderio di rendere più competitivo il processo civile, eliminando inutili frazionamenti dell'iter processuale.

Con la riforma del 2005-2006 scompare, infatti, l'udienza di prima comparizione e le attività in essa previste vengono poste all'inizio dell'udienza di trattazione, dalla quale vengono espunte le attività in precedenza connesse con la comparizione personale delle parti: tra le quali, ovviamente, anche il tentativo di conciliazione.

Invero, nella prima formulazione della riforma (quella contenuta nella legge di conversione del decreto sulla competitività) il tentativo

di conciliazione risultava addirittura cancellato: il riformato art. 183, infatti, non menzionava più l'istituto, al quale non si faceva più cenno nemmeno nella parte della norma che, innovando rispetto al passato, contemplava la possibilità di una comparizione personale delle parti □ su richiesta di queste o su iniziativa del giudice- al solo fine però dell'interrogatorio libero.

Questa lacuna è stata prontamente corretta con gli ultimi interventi di riforma. Nella legge correttiva 263/05, infatti, il tentativo di conciliazione è ricomparso, grazie ad una revisione dell'art. 183 e alla riformulazione del primo comma dell'art. 185 che è ora destinato a regolare ex novo e autonomamente l'udienza di comparizione delle parti, nel corso della quale potranno svolgersi tanto l'interrogatorio libero, quanto il tentativo di conciliazione: entrambi però come eventi facoltativi ed eventuali, al pari dell'udienza di comparizione destinata al loro espletamento.

Alla luce della nuova e corretta disciplina, più in particolare, spetta alle parti chiedere congiuntamente al giudice di fissare un'apposita udienza ai sensi dell'art. 185, alla quale le parti dovranno personalmente intervenire per sottoporsi all'interrogatorio libero e

perché il giudice possa «provocarne la conciliazione» Esaurite queste attività, qualora non sia stata raggiunta la conciliazione, il processo potrà regolarmente proseguire, potendo in particolare il giudice esercitare i poteri di chiarificazione di cui al comma 4 dell'art. 183 c.p.c., e le parti provvedere alle variazioni, alle modifiche e alle correzioni delle domande e delle eccezioni ancora consentite dal comma 5. Nel caso di esito positivo, invece, dovrà essere redatto processo verbale, secondo quanto previsto dall'art. 185 comma 2.

Ferma la facoltà delle parti di richiedere la fissazione dell'udienza di comparizione personale, il nuovo comma 3 dell'art. 183 prevede, poi, la possibilità che tale udienza possa essere fissata anche d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 117, essendo certamente lecito interpretare il richiamo a questa norma come comprensivo del potere di effettuare, in quell'udienza, oltre all'interrogatorio, anche il tentativo di conciliazione. L'esercizio di tale potere e la conseguente fissazione dell'udienza di comparizione dovrebbe avvenire, come nel caso di richiesta congiunta delle parti, all'udienza di cui all'art. 183, una volta completate le verifiche preliminari ora contemplate dal nuovo primo comma di tale norma; ovviamente, però, qualora a seguito di tali verifiche si imponga uno slittamento della prima

udienza, l'udienza di comparizione – sia essa disposta d'ufficio dal giudice o su richiesta congiunta delle parti – dovrà essere fissata nel corso dell'udienza così rinviata; potendosi peraltro condividere l'opinione di chi ammette la comparizione personale delle parti direttamente all'udienza rinviata.

Ai sensi del nuovo comma 8, inoltre, è anche possibile che il giudice ordini la comparizione delle parti ai fini dell'interrogatorio libero con l'ordinanza che ammette le prove: ossia l'ordinanza che, ai sensi del nuovo comma 6, può essere pronunciata anche fuori udienza, dopo l'esaurimento della fase di trattazione, con contestuale fissazione dell'udienza per l'assunzione delle prove ai sensi dell'art. 184 c.p.c.

In verità, l'interpretazione di tale ultima disposizione non appare del tutto lineare: il comma 8 dell'art. 183, infatti, dopo avere previsto la possibilità di disporre l'interrogatorio con l'ordinanza istruttoria, prevede che allo stesso si applichino le disposizioni di cui al terzo comma; il terzo comma, tuttavia, non contiene più disposizioni sullo svolgimento dell'interrogatorio, ma prevede solo il potere di fissazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 185.

A completamento dell'analisi della nuova disciplina, l'invariato art. 117 consente ancora al giudice di ordinare la comparizione delle parti per interrogarle liberamente in qualunque altro stato e grado del giudizio e quindi anche dopo il completamento della fase di trattazione, potendo in quell'occasione il giudice provvedere a rinnovare il tentativo di conciliazione. In assenza di una disposizione espressa in tal senso, sembra che anche le parti che non abbiano formulato la loro istanza ai sensi dell'art. 183, possano farlo congiuntamente nel corso dello svolgimento della causa e fino al momento della precisazione delle conclusioni, qualora, solo successivamente, sia emersa l'intenzione o la volontà di tentare la conciliazione.

Premesso, quindi, che la conciliazione oggi prevista dall'art. 185 costituisce a tutti gli effetti il prototipo della conciliazione giudiziale, occorre, ai fini della nostra indagine, capire quale sia il ruolo riservato al giudice nell'applicazione delle norme ed in che modo egli possa, attraverso gli strumenti processuali da queste configurati, favorire la conciliazione delle parti in lite.

Rileggendo l'art. 185, nella prospettiva del giudice, invero, possiamo in primo luogo sottolineare il fatto che al giudice spetta un ruolo di iniziativa rispetto alla conciliazione: benché, infatti, le norme conferiscano, in prima battuta, alle parti la scelta in ordine alla fissazione dell'udienza, esse creano anche lo spazio per una iniziativa supplementare ed officiosa che il giudice potrà esercitare ove ritenga che, anche in mancanza della richiesta congiunta, vi siano spazi per una conciliazione.

Si tratta di una possibilità importante, la cui utilità potrebbe manifestarsi in particolare qualora solo una parte abbia manifestato la propria disponibilità e il proprio interesse alla conciliazione, potendo l'iniziativa del giudice supplire alla mancanza di adesione della controparte.

La seconda considerazione riguarda invece la nuova formulazione dell'art.185 laddove, nel descrivere l'intervento conciliativo del giudice, prevede che il giudice possa provocare la conciliazione delle parti. Rispetto al giudice che ai sensi del precedente art. 183 aveva il dovere di tentare la conciliazione, cioè, il giudice attuale, ha oggi il potere di provocare tale risultato: essendo

mutata non solo la natura dell'intervento del giudice, ma anche il suo scopo finale.

Questa variazione testuale potrebbe avere un significato innovativo e produrre conseguenze applicative pregnanti. Volendo dare un significato alle espressioni normative utilizzate dal legislatore del 2005, in particolare, il fatto che il giudice possa oggi "provocare" la conciliazione, anziché semplicemente tentarla, potrebbe essere interpretato come un rafforzamento dei poteri conciliativi e come indice di una maggiore propensione verso la definizione alternativa del giudizio.

Invero una lettura ancora più innovativa e interessante, che ci viene evidentemente suggerita dalle esperienze straniere analizzate, potrebbe attribuire all'espressione in esame un significato ancora diverso: si potrebbe cioè sostenere che, con questa espressione, il legislatore abbia voluto introdurre la possibilità di scindere la funzione conciliativa dalla funzione giudiziale, consentendo al giudice di provocare la conciliazione, senza tentarla direttamente. Nel nuovo contesto normativo, in altre parole, si aprirebbe la possibilità per il giudice di provocare la conciliazione attraverso un percorso diverso

rispetto al tradizionale tentativo, e così in particolare attraverso quelle forme di conciliazione endoprocessuale o delegata che □ ferma l'iniziativa del giudice □ consentono però di affidare a terzi, specificamente qualificati, il compito di tentare in concreto la conciliazione.

Tale nuova disciplina solleva, a mio avviso, questioni meritevoli di attenzione, relativamente al rapporto tra conciliazione e processo. Il profilo più significativo , che emergeva in maniera sfumata dal testo risultante dalla legge di conversione n.80, ma che appare più nitidamente nel testo definitivo introdotto con le norme correttive di cui alla legge 263/05, attiene al tema della conciliabilità.

Nel nuovo testo dell'art. 185 che □ come si è detto □ contiene oggi l'integrale disciplina dell'udienza di comparizione per l'interrogatorio e la conciliazione non compare più il riferimento alla natura della causa, presente invece nella precedente formulazione dell'art. 183 e, prima ancora nel testo dell'art. 185. Il mancato richiamo alla □natura della causa□ potrebbe leggersi come semplice conseguenza del mutato regime di facoltatività del tentativo, all'interno del quale la valutazione sulla natura della controversia

viene riassorbita e sostanzialmente coincide con la valutazione delle parti e, in alternativa, del giudice circa l'opportunità e la fruttuosità del tentativo.

Secondo autorevole dottrina, il riferimento alla natura della controversia contenuto nel precedente regime, aveva un significato meno generico, valendo ad individuare un vero e proprio limite alla conciliazione, la quale non avrebbe potuto e dovuto trovare spazio nel processo qualora i diritti controversi, in considerazione della loro natura, fossero sottratti alla disponibilità delle parti. Se questo era il significato dell'inciso, la sua eliminazione potrebbe prestarsi ad una lettura diversa: si potrebbe cioè sostenere che, nel nuovo regime processuale, sia stato creato uno spazio (ancorchè eventuale e facoltativo) per promuovere la conciliazione, anche quando la controversia abbia ad oggetto diritti per loro natura indisponibili.

Per quanto riguarda la posizione delle parti del processo nel corso del tentativo di conciliazione giudiziale, va detto che dipende da esse e dalle loro valutazioni processuali la realizzazione stessa del tentativo di conciliazione, essendo la fissazione dell'udienza di comparizione subordinata, ad una loro espressa e concorde richiesta.

Ciò che più rileva, tuttavia, ai fini della nostra indagine sul rapporto tra svolgimento della conciliazione e del processo, è la peculiarità della posizione che le parti assumono nel corso del tentativo di conciliazione, dovendo queste prendere parte all'udienza personalmente e non — come di regola avviene per le altre attività processuali — per mezzo dei loro difensori.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 185 c.p.c., non prevedeva una correlazione necessaria tra conciliazione e partecipazione personale, conferendo al giudice, comunque tenuto ad effettuare il tentativo, il potere di richiedere la comparizione personale delle parti. In controluce, anzi, l'art. 185 c.p.c. pareva rilevare una sorta di preferenza per la partecipazione ulteriormente confermata da quanto previsto nell'art. 88 delle disposizioni di attuazione. Tale ultima disposizione, che consente ancor oggi al giudice di fissare una nuova udienza per ratificare, alla presenza delle parti, la conciliazione raggiunta tra i procuratori non autorizzati a conciliare, mentre certamente nega ai difensori sforniti di procura la facoltà di concludere efficacemente la conciliazione raggiunta tra i procuratori non autorizzati a conciliare, mentre certamente nega ai difensori sforniti di procura la facoltà di concludere efficacemente la

conciliazione raggiunta tra i procuratori non autorizzati a conciliare, mentre certamente nega ai difensori sforniti di procura la facoltà di concludere efficacemente la conciliazione, sancisce però il loro pieno diritto a partecipare al tentativo e a discutere con il giudice i contenuti di un possibile accordo, salva ovviamente la necessità di successiva ratifica della conciliazione così raggiunta, ad opera delle parti.

Nel codice del 1942, in sostanza, la previsione della partecipazione personale delle parti □ configurata in termini solo eventuali □ non pareva funzionale ad un più fruttuoso esperimento del tentativo di conciliazione, ma sembrava piuttosto un corollario del principio contenuto nell'art. 84 del c.p.c., in relazione ad un atto □ la conciliazione □ che non incide soltanto sul processo, ma anche sul rapporto sostanziale sottostante.

La disciplina è mutata con la riforma del processo del lavoro che ha previsto la necessaria partecipazione delle parti all'udienza di discussione regolata dall'art. 420 c.p.c. Nel nuovo processo del lavoro è stata infranta la barriera del silenzio tra giudice e parti e queste ultime sono state ammesse (o meglio obbligate) ad interloquire direttamente con il giudice, oltre che ad assistere a tutte quelle attività

processuali che dovrebbero avere luogo nella prima e tendenzialmente unica udienza del processo del lavoro.

La valenza innovativa della norma contenuta nell'art. 420 andava dunque ben al di là della mera individuazione di una tecnica per favorire la conciliazione: si trattava, infatti, di superare la logica del dialogo esclusivo tra giudice ed avvocati e di attribuire al primo un controllo più immediato sulla controversia, anche in considerazione dei più ampi poteri istruttori e direttivi esercitabili ex art. 421 c.p.c. L'aspirazione ad un processo orale e concentrato dava del resto ragione della scelta di pretendere la partecipazione personale delle parti, la cui presenza doveva consentire al giudice di impostare la causa nel modo più efficiente, sia sotto il profilo della trattazione, sia sotto il profilo istruttorio.

Con la riforma del 1990, la previsione della necessaria partecipazione personale delle parti è stata estesa anche al rito ordinario. L'impatto risultava tuttavia ridimensionato, se è vero che l'udienza di trattazione non ha mai avuto la vocazione esaustiva dell'udienza di discussione del lavoro, così che la partecipazione personale è fin da subito apparsa funzionale al solo interrogatorio

libero e alla conciliazione: per il resto, la collaborazione □ in vista della corretta individuazione del thema decidendum e del thema probandum □ avrebbe dovuto realizzarsi tra il giudice e gli avvocati delle parti.

La partecipazione personale delle parti, oltre che facoltativa, è anche eventuale.

La disciplina della conciliazione giudiziale, infatti, contemplava e contempla tuttora la possibilità che le parti, nel caso in cui sia stata fissata l'udienza per la loro comparizione, non vi partecipino personalmente, ma si facciano rappresentare da un procuratore sia ai fini dell'interrogatorio, sia ai fini del tentativo di conciliazione. Anche rispetto a questa eventualità, la prospettiva della risoluzione dei conflitti imporrebbe di analizzare in primo luogo i riflessi sulle dinamiche conciliative che la partecipazione non del titolare del rapporto, ma del suo rappresentante può provocare sull'andamento della conciliazione, verificando altresì gli eventuali adeguamenti che questa presenza potrebbe richiedere nella gestione del tentativo. Con la riforma del processo del lavoro e la prevista obbligatorietà della partecipazione personale delle parti, l'art. 420 del codice di procedura

civile aveva, infatti, introdotto anche la possibilità che le parti stesse si facessero rappresentare da procuratori muniti di procura speciale. Nelle intenzioni del legislatore del '73 questa possibilità doveva essere funzionale al migliore svolgimento della conciliazione e dell'interrogatorio libero, in particolare quando una delle parti fosse una persona giuridica: può accadere, infatti, che il legale rappresentante della società non sia il soggetto più indicato per partecipare al tentativo di conciliazione o che egli non sia la persona che meglio conosce i fatti di causa ai fini dell'interrogatorio libero. Di qui la scelta di consentire il conferimento della procura anche ad un soggetto privo di poteri di rappresentanza sostanziale e, soprattutto, ai soli fini del tentativo di conciliazione e dell'interrogatorio libero e non per tutta la durata della causa.

1.12 La conciliazione nel rito del lavoro.

Il processo di revisione iniziato nel 1993 che ha interessato il rapporto di lavoro pubblico e privato ed il conseguente passaggio nel 1998 delle controversie del pubblico impiego dal giudice

amministrativo a quello ordinario, ha reso necessaria l'introduzione di forme stragiudiziali di soluzione delle controversie fra datore e prestatore di lavoro, allo scopo di limitare il ricorso all'autorità giudiziaria.

Il legislatore aveva quindi previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione sia per le controversie di lavoro pubblico, sia per quelle di lavoro privato da espletarsi prima della proposizione della domanda giudiziale.

L'aspetto di specialità, rispetto al modello della conciliazione disciplinata all'art. 185 c.p.c. e prevista per il processo ordinario, atteneva essenzialmente al carattere obbligatorio del tentativo: esso si caratterizzava per la sua generalizzata doverosità, dovendo il giudice effettuare l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione nei confronti delle parti, chiamate a partecipare obbligatoriamente e personalmente all'udienza.

Tale regime dell'obbligatorietà risultava assai poco stringente: le stesse norme che imponevano il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero, infatti, omettevano di stabilire le conseguenze della loro violazione.

Con la legge n. 183 del 2010, indicata come Collegato lavoro, il legislatore, probabilmente facendo tesoro della pessima riuscita che fino a quel momento avevano avuto i tentativi obbligatori nella materia lavoristica, ed in contro-tendenza e nell'ambito della stessa materia e della scelta compiuta dal legislatore del 2010 in materia di mediazione, abbandona il principio dell'obbligatorietà del tentativo.

Recita adesso l'art. 420 1° comma dell'art. 420 c.p.c., come modificato dall'art. 31 4° comma della legge 183/2010 che:
«Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva. La mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio»

Le parole «e tenta la conciliazione della lite» e inoltre, «senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione» sono state introdotte dalla legge 183/2010.

Il Collegato lavoro sulla scia del favor conciliationis ha, quindi, modificato l'art. 420 per rendere più concreto il tentativo di

conciliazione ed anche per avvertire le parti che un loro rifiuto ingiustificato potrebbe essere valutato dal giudice come comportamento non collaborativo ai fini del bonario componimento della controversia.

1.13 la conciliazione nel processo societario.

Il rito societario disciplinato dalla decreto n. 5 del 2003, è stato abrogato dalla legge n. 69/2009 la quale ha lasciato in vita solo le disposizioni concernenti gli istituti dell'arbitrato e della conciliazione extragiudiziale. Il legislatore societario del 2003 aveva previsto come facoltativo il tentativo di conciliazione, anticipando così la riforma del rito ordinario prevista dal legislatore del 2005; egli inoltre aveva affidato la valutazione circa l'eventuale svolgimento della conciliazione principalmente al giudice, al quale spettava, in sede di redazione del decreto di fissazione dell'udienza, disporre, ove lo ritenesse opportuno, la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero.

Alle parti veniva dato, invece, un potere di sollecitazione che, operava in modo diverso rispetto al potere di sollecitazione loro riservato all'art. 183 c.p.c.: mentre, infatti, nel rito ordinario, l'iniziativa delle parti deve assumere le forme di una richiesta congiunta, nel rito societario l'iniziativa poteva anche essere disgiunta, ma doveva assumere la forma di una proposta conciliativa, che la parte poteva formulare nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni.

Il giudice non era vincolato dalla proposta ad opera della parte; egli, infatti, nel decreto di fissazione dell'udienza, poteva anche non disporre la comparizione personale: egli poteva, in ogni caso, invitare le parti a prendere esplicita posizione su quella proposta, formulando l'invito stesso nel decreto. Il giudice relatore, quindi, a fronte della proposta della parte, avrebbe potuto decidere di disporre la comparizione personale per promuovere, anche sulla base di quella proposta, il tentativo di conciliazione; ma avrebbe anche potuto, in alternativa, optare per una conciliazione/negoziazione tra i soli difensori, ai quali le parti avrebbero dovuto affidare il compito di esprimere, all'udienza, le loro posizioni conciliative ed eventualmente negoziarle a fini transattivi. Le differenze più significative tra la

disciplina societaria e quella ordinaria riguardano il ruolo svolto dal giudice nel tentativo di conciliazione: infatti secondo l'art. 16 del decreto n.5 del 2003, il giudice relatore, quando veniva esperito il tentativo di conciliazione, poteva, eventualmente proporre «soluzioni di equa composizione della controversia»

Nel rito societario, inoltre, il fallimento del tentativo provocava ripercussioni a carico delle parti: si prevedeva, infatti, che qualora la conciliazione non fosse stata possibile per mancata comparizione della parte o comunque gli sforzi conciliativi fossero falliti e le proposte di soluzione rifiutate, il giudice avrebbe dovuto dare atto nel processo verbale delle posizioni assunte dalle parti, potendo poi il collegio tenerne conto delle risultanze di quel verbale, ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole a carico della parte vittoriosa. Lo scopo di questa previsione era quello di scoraggiare comportamenti eccessivamente litigiosi, facendo ricadere sulla parte le conseguenze (economiche) del suo atteggiamento anticonciliativo.

Tale principio è stato ripreso anche dal decreto legislativo n. 28 del 2010 all'art. 13, relativo al regime delle spese, sia nella sua

versione originaria che nella sua formulazione attuale ad opera della legge 9 agosto 2013 n.98.

Dunque, nonostante la disciplina del rito societario non avesse dato eccellenti risultati (essendo statisticamente irrilevanti i procedimenti avviati sulla base dell'art. 38, d.lgs. 5/2003), il legislatore delegante ha, infatti, voluto che la nuova disciplina si sviluppasse nel segno della continuità con quel modello procedimentale, riproponendo in particolare il modello organizzativo adottato nel 2003, con la creazione del registro degli organismi di conciliazione societaria.

Al modello societario si rifanno poi anche le norme, contenute nella delega, relative alla previsione di incentivi fiscali, così come quelle che prospettano l'introduzione di regole in materia di spese in danno delle parti irragionevolmente litigiose o ancora quelle che riguardano l'esecutorietà del verbale di conciliazione. Tutte indicazioni, queste, che sono state fedelmente recepite nella disciplina attuativa, le cui norme in larga parte riproducono, adattandole al nuovo contesto normativo, soluzioni regolamentari già previste dagli artt. 38, 39 e 40, d.lgs. 5/2003, e dai relativi decreti attuativi.

Si comprende pertanto e si giustifica, anche perché coerente con il richiamato obiettivo di semplificazione e armonizzazione, la soluzione infine adottata dal Governo il quale, generalizzata in larga misura la disciplina della conciliazione societaria, ha poi optato, nel d.lgs.28/2010, per la sua abrogazione. Diversamente da quanto accaduto per il processo societario, dunque, la disciplina della conciliazione societaria ha, almeno in parte, soddisfatto l'aspirazione a fungere da modello per una riforma generale del sistema, all'interno della quale però è stata poi coerentemente riassorbita.

Per quanto riguarda la differenza tra le due discipline, va segnalata l'introduzione ad opera del decreto n. 28 del 2010, del nuovo regime dell'obbligatorietà, ora ripristinato dalla legge di conversione 9 agosto 2013 dopo la declaratoria di incostituzionalità ad opera della Consulta con la sentenza 272 del 2012 e che rappresenta, senza dubbio, la differenza più significativa tra le due discipline; novità altrettanto significative, tuttavia, riguardano anche la disciplina del procedimento, reso per molti versi più rigoroso, e le regole di accesso alle funzioni di mediatore, attraverso la definizione di un nuovo e più articolato percorso di formazione e di accreditamento: pur nella continuità, dunque, le differenze sono molteplici, potendosi

auspicare che, almeno in parte, le nuove scelte consentano di raggiungere risultati migliori di quelli raggiunti per il tramite della disciplina societaria.

CAPITOLO SECONDO.

La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 e relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale, la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, e il regolamento UE n.524 del 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori.

Introduzione.

Ai fini dell'analisi dell'istituto della mediazione civile e commerciale disciplinata dal decreto legislativo n.28/2010 sia nella versione iniziale di attuazione della legge delega n.69 del 2009, sia nella versione definitiva introdotta dalla legge n.98 del 2013, sembra più che opportuno condurre un esame analitico della direttiva n.52 del 2008 adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio in data 21 maggio 2008.

Nel secondo comma dell'art. 60 della legge delega n.69 del 2009, vi è infatti un esplicito riferimento a questo provvedimento legislativo comunitario: il legislatore italiano, infatti, afferma che, □□ La riforma

prevista ai sensi del comma 1, deve essere adottata in coerenza e nel rispetto della normativa comunitaria□

L'atto normativo comunitario, infatti, disciplina espressamente l'utilizzo della mediazione nelle controversie civili e commerciali di portata transfrontaliera, non escludendo la possibilità che esso possa essere applicato anche ai procedimenti interni dei singoli Stati membri.

Il legislatore interno si è, quindi, ispirato a questo documento normativo comunitario nella disciplina della riforma della mediazione civile e commerciale introdotta per la prima volta in Italia nel 2010.

La direttiva europea promuove, infatti, la mediazione civile e commerciale come metodo facile ed efficace di risoluzione delle controversie civili e commerciali. Si legge al considerando 5 che la politica dell'Unione europea ha come obiettivo proprio quello di garantire un migliore accesso alla giustizia, istituendo uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali delle controversie. E che per consentire un corretto funzionamento del c.d. mercato interno è necessario □facilitare□ la disponibilità dei servizi di mediazione. Al

considerando 6 si legge che la mediazione è uno strumento che consente una soluzione rapida ed efficace delle controversie in materia civile e commerciale.

L'analisi, della direttiva n.52, consentirà di capire, anche nel prosieguo della trattazione in cui si parlerà più specificamente del decreto n.28 del 2010, se il legislatore italiano nel disciplinare l'istituto italiano della mediazione, ha rispettato o meno, per come sostenuto da buona parte della dottrina, i parametri e le finalità previste dalla direttiva europea.

Più rispondente alle finalità enunciate dalla direttiva del 2008 appare, infatti, l'ultima versione del decreto n.28 per come riformulato dalla legge n.98 del 2013 di conversione del c.d. decreto di fare n. 69 del 2013.

Ad avere influenzato il legislatore italiano nella scrittura dell'ultima versione del decreto n.28, è stato per l'ennesima volta il legislatore comunitario con la direttiva n. 11 del 2013, adottata da Parlamento Europeo e Consiglio il 21 maggio 2013, ed il regolamento n.524 del 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei

consumatori. Anche questi provvedimenti verranno analizzati nel corso di questo capitolo.

2.1 Considerazioni generali sulla direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008.

L'attenzione dell'Unione Europea verso le metodologie alternative di risoluzione delle controversie ha inizio con il Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999.

Nel maggio dell'anno successivo il Consiglio dell'Unione, adotta una serie di conclusioni conformi; infatti secondo il punto di vista di quest'organo, era necessario che l'Unione si attivasse per favorire l'individuazione di principi fondamentali in detta materia, al fine di favorire un appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in campo civile e commerciale.

Già da tempo, la Commissione si era attivata in tal senso, promuovendo il ricorso alle metodologie ADR per dirimere le

controversie in materia di consumo, facendo forza sull'argomento che
□ sul piano economico □ ciò poteva forse rappresentare l'unico modo
per dirimere simili liti, dove il costo del contenzioso giudiziario è di
solito maggiore o comunque non proporzionato rispetto al valore della
controversia stessa, quando quest'ultima vede contrapposto un
professionista o un'impresa ad un singolo consumatore.

Quest'azione della Commissione sfocia nella raccomandazione del 30
marzo 1998, sui principi applicabili agli organismi extragiudiziali che
partecipano alla risoluzione delle controversie in materia di consumo,
in cui viene proposta oppure imposta una soluzione alle parti.

Questo percorso avviato dalla Commissione, aprì la strada alle altre
istituzioni comunitarie, che abbandonarono l'approccio settoriale⁹⁸ per
affrontare il tema con una visione globale, concependo le metodologie
ADR anche quale strumento per semplificare e migliorare l'accesso
alla giustizia.

Tale concezione ha rappresentato un forte elemento di impulso alla
loro divulgazione ed introduzione nell'Europa continentale, anche se

⁹⁸ La direttiva 98/10/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 1998 prevedeva infatti all'art.26 l'istituzione di procedure di conciliazione e di soluzione delle controversie nazionali insorte in materia di telecomunicazioni.

questi idea di intendere i meccanismi ADR quale mezzo di "accesso alla giustizia" contribuì ad avvalorare l'errata idea che essi rappresentassero una forma di "giustizia alternativa" e, dunque, fossero un qualcosa di succedaneo a quanto amministrato dall'autorità giudiziaria, cui è istituzionalmente demandato il compito di rendere giustizia. Per contro, questo non è l'obiettivo delle metodologie ADR, volte a portare "senza cagionare pregiudizio al diritto alla tutela giurisdizionale le parti a comporre autonomamente la loro controversia tramite un accordo contrattuale. Il fatto di concepire tali strumenti come mezzo di accesso alla giustizia condusse ad un secondo equivoco, coltivato soprattutto a livello di legislazioni nazionali: pensando di utilizzare tali metodologie principalmente in funzione deflattiva del carico giudiziario, spesso si ritenne opportuno costringere i privati a farvi ricorso, sanzionandone l'omissione talora con la previsione di apposite penalizzazioni concernenti la ripartizione della spesa di causa. In altri termini, i meccanismi ADR venivano snaturati, trasformandoli nella chiave per accedere senza penalizzazioni alla tutela giurisdizionale e dimenticando che la loro funzione è quella di rispondere essenzialmente alle specifiche necessità delle parti in conflitto e, dunque, soddisfare esigenze di

natura privata. Ovviamente è innegabile che un ricorso generalizzato a tali strumenti conduce ad una diminuzione del contenzioso, esplicando così effetti di deflazione processuale.

Sempre con l'intento di agevolare il ricorso ai sistemi ADR come mezzo di composizione delle liti transnazionali in cui sono coinvolti i consumatori, la Commissione promosse la creazione di due reti extra-giudiziali europee (EEJ-Net e FIN-Net) nonché una nuova raccomandazione⁹⁹, emessa nel 2001, avente per oggetto le procedure extra-giudiziarie ove un terzo neutrale presta il proprio servizio per fare incontrare le parti e convincerle a trovare una soluzione alla lite basata sul consenso.

Le raccomandazioni del 1998 e del 2001 sono importanti non solo perché dimostrano l'acquisizione da parte del legislatore comunitario di una piena consapevolezza della variabilità dei modelli conciliativi, ma anche perché lasciano intendere che stanno maturando le condizioni per fare uscire i metodi di *alternative dispute resolution* dagli angusti confini della materia consumeristica.

Il colpo d'ala si ha con il Libro Verde della Commissione del 2002.

⁹⁹ Raccomandazione 2001/310/CE della Commissione Europea del 4 aprile 2001

In materia di commercio elettronico, invece, il Parlamento e Consiglio emanarono una direttiva con cui impegnavano gli Stati a non ostacolare in tale ambito l'uso — anche per via elettronica — degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie¹⁰⁰. Il favor verso i meccanismi ADR si manifestò anche nella direttiva che istituiva un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica nonché nel sostenere il progetto ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution*), pensato per fornire un servizio gratuito per la risoluzione on-line dei conflitti tra imprese e consumatori. Si giunge così nel 2004 alla proposta di direttiva europea sulla «*mediazione*» in materia civile e commerciale. L'iter legislativo, caratterizzato dall'introduzione di emendamenti volti a limitarne l'ambito di applicazione alle sole controversie aventi carattere transnazionale, sfocia dopo quattro anni nell'adozione della direttiva vera e propria¹⁰¹.

¹⁰⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000.

¹⁰¹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, *relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* (G.U.C.E., L 136, 24 maggio 2008, p.3).

2.2 Ambito di applicazione e scopo della direttiva.

La Direttiva n. 52 è stata adottata dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 21 maggio 2008, ed è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, avvenuta il 24 maggio¹⁰². Essa consta di trenta considerando e di quattordici articoli.

Il provvedimento, introdotto dai "considerando" che ne illustrano il fondamento e lo scopo, rappresenta l'ultima tappa di un percorso finalizzato ad incoraggiare l'accesso alle metodologie di risoluzione

¹⁰² Per un approfondimento sulla Direttiva vedi: APPIANO E. M., *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2009, p. 59 ss., fasc. 1; CANNALIRE, *Giunge al traguardo la direttiva europea sulla mediazione*, in *Contratti*, 2008, p. 853 ss.; VACCA C., *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *I Contratti*, 2008, fasc. 8-9, p. 857 ss.; VIGORITI V., *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, p. 1, fasc. 1; ID., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in www.judicium.it; 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 *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 367 ss.; IMPAGNIATIELLO G. P., *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc.1, p. 217 ss.; BESSO C., *L'attuazione della direttiva europea n.52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trimestrale dir. proc. civ.*, fasc. 3, p. 863 ss.; MINERVINI E., *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impres./Europa*, 2009, fasc. 1, p. 41 ss.; ZUCCONI E., GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 2010, p. 654 ss.; GIOVANNUCCI, ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale comunitario e nazionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, fasc.6, p. 743 ss.; VOLPINO D., *La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in Varano V., Taruffo M., (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, p. 383 ss; TROCKER N., *La direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, N. Trocker, De Luca A., (a cura di), p. 159 ss., 2011, Firenze University Press.; PERA A., RICCIO G.M., *La direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in Riccio G.M., Pera A. (a cura di) *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2011, p. 71 ss..

alternativa delle controversie nel quadro di un più generale disegno politico di miglioramento dell'accesso alla giustizia europea.

In questa direzione si erano già posti tutti i provvedimenti esaminati nel paragrafo precedente. Sulla base dell'idea che «l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie» l'art. 1, comma 1, della Direttiva pone infatti subito in chiaro che essa si prefigge «l'obiettivo di 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».

Ci si chiede se l'ambito di disciplina della direttiva concerna tutti i sistemi ADR ovvero solo alcuni di essi, ovvero unicamente la *mediation*. L'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie, infatti, non è stato perseguito dal legislatore europeo attraverso una indiscriminata promozione di tutti i procedimenti o meccanismi di ADR, bensì essenzialmente mediante

L'incentivazione di quel particolare metodo di composizione delle liti denominato mediazione, che nei suoi tratti di fondo consiste in un'attività di negoziazione del contenuto della controversia a cui le parti procedono tramite l'assistenza di un terzo neutrale, il quale favorendo l'efficacia della discussione sul merito della lite ed indirizzando i contendenti verso un'effettiva e completa messa a fuoco dei loro reali interessi, agevola il raggiungimento di un accordo il cui contenuto non solo pone fine al conflitto, ma è proprio perché deriva dal volontario e reciproco consenso delle parti e dovrebbe al contempo offrire ragionevoli garanzie di essere rispettato più di quanto potrebbe esserlo la decisione emanata da un giudice o da un arbitro.

Peraltro, questo *favor* nei confronti della mediazione trova una conferma soltanto parziale nelle norme dedicate a definire «in positivo» che cosa il legislatore europeo effettivamente intenda con tale termine, norme dal cui esame si potrebbe anzi ricavare l'impressione che la direttiva non si occupi soltanto della mediazione in senso proprio. In questa luce, si può notare che, con il termine mediazione, l'articolo 3, comma 1, lett.a), nonché il considerando n.10, si riferisce ad «un procedimento strutturato, indipendentemente

dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore, e cioè un terzo neutrale, cui è richiesto di agire in modo efficace, imparziale e competente¹⁰³.

Nulla viene detto per descrivere come sia strutturato il "procedimento" in questione e quale sia, nello specifico, la struttura che permetterebbe di collocarlo nell'alveo della vera e propria mediazione: ciò potrebbe rappresentare un probabile primo indizio nel senso che la direttiva ingloba al suo interno, oltre la mediazione, anche altri meccanismi ADR ad essa più o meno somiglianti.

A complicare ancora di più il quadro e a rafforzare tale idea, concorrerebbero altri due elementi, tratti da due "considerando" anteposti alla parte propriamente precettiva del provvedimento, i quali sembrano rafforzare l'idea che il legislatore europeo, a dispetto delle enunciazioni, in realtà abbia predisposto un modello di disciplina valevole di essere recepito ed applicato in relazione a più metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

¹⁰³ Così l'art. 3, comma 1, lett.b) della Direttiva.

Il legislatore al considerando 6 dichiara, infatti, che *«la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale»* attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti; la natura di tali procedure viene ricondotta all'essere strumenti esclusivamente pensati per rispondere alla specifica necessità dei litiganti, i quali, conoscendo i propri peculiari bisogni, devono dunque avere la facoltà di strutturarli nel modo per loro più congeniale.

Al considerando n.13, il legislatore, evidenzia che la *«mediazione»* dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione, nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano.

Le espressioni utilizzate potrebbero apparire indicative della volontà di concedere alle parti una sostanziale libertà di manovra nella consensuale determinazione della struttura e, soprattutto, degli obiettivi del procedimento di *«mediazione»*, permettendo loro, per questa via, di articolarlo anche secondo l'intelaiatura tipica di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie che con la mediazione hanno poco o nulla a che vedere.

A dissolvere simili dubbi ed a chiarirci che nel suo ambito di applicazione non ricadono indiscriminatamente tutti i meccanismi di ADR, soccorre fortunatamente il considerando n.11, che elenca i meccanismi ADR che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva e le situazioni in cui essa entra in gioco.

Esula, infatti, dall'ambito di applicazione della direttiva, in primo luogo, la negoziazione assistita svolta in sede di trattative precontrattuali, secondo quanto stabilito dal considerando 11, 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, esulano, i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Così sempre il considerando n.11 della Direttiva. Per cercare di capire cosa la Direttiva intenda per *procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa vincolante o meno, per la risoluzione delle controversie* sembra utile richiamare la raccomandazione 98/257/CE, in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, ove al considerando 9 individua il proprio ambito di applicazione, riferendosi alle *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* ed escludendo quelle che *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*.

Questo porta già ad escludere i sistemi di *Dispute Board*¹⁰⁵. Lo stesso vale per i meccanismi di composizione delle liti affidati ad un *ombudsman*¹⁰⁶, 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 forza della sua appartenenza, l'*ombudsman* può richiedere informazioni sul caso agli uffici coinvolti della sua organizzazione, se non addirittura accedere direttamente ai relativi fascicoli, in modo da valutare le ragioni del conflitto nonché come esso è stato in precedenza gestito.

Se ravvisa un fondamento nelle doglianze di chi ha invocato il suo

¹⁰⁵ Esso rientra tra quei meccanismi pensati per risolvere i conflitti che insorgono durante la fase esecutiva dei contratti di lunga durata, come quelli di appalto aventi per oggetto la realizzazione di grandi opere. In tali circostanze, infatti, l'esigenza primaria è disporre di uno strumento duttile e veloce con cui affrontare il contenzioso, cercando di evitare che lo scoppio di una lite in sede giudiziaria o arbitrale blocchi o ritardi l'esecuzione dei lavori, sì da scongiurare gli ingenti conseguenti danni, spesso non recuperabili.

Di questo strumento esistono tre differenti varianti: la prima è il *Dispute Review Board*, in cui un collegio formato da soggetti neutrali emette una propria raccomandazione in merito alla materia oggetto del contendere. Se nessuna delle parti la contesta entro un lasso di tempo prestabilito, il contenuto della raccomandazione diviene vincolante per le parti. Invece, se una di esse esprime per tempo il proprio dissenso, la raccomandazione non acquista alcun valore vincolante e la materia del contendere va sottoposta all'autorità giudiziaria competente ovvero ad arbitrato.

La seconda è il *Dispute Adjudication Board*, ove il collegio neutrale pronuncia una decisione. Le parti sono immediatamente tenute a rispettarla, non appena ne ricevono comunicazione. Tuttavia se una di esse dissente, è tenuta a sottoporre la controversia all'autorità giudiziaria ovvero a dare avvio all'arbitrato, quest'ultimo se previsto da apposita clausola compromissoria. I magistrati o gli arbitri così aditi avranno anche il potere di decidere se sospendere l'efficacia della decisione emessa dal collegio. Per contro, se nessuna delle parti la contesta nel termine stabilito, la decisione diviene definitiva. La terza variante, detta *Combined Dispute Board*, costituisce un assemblaggio delle due precedenti. Infatti, il collegio tende ad emettere una raccomandazione ma, se le parti concordano, pronuncia una decisione. Qualora invece queste ultime siano di pare discordante su che cosa debba pronunciare il collegio, quest'ultimo è dotato di una certa discrezionalità nello scegliere come pronunciarsi. Qualora venga emessa una raccomandazione, per quanto concerne la sua efficacia ed il relativo comportamento cui sono tenute le parti, vale poi il meccanismo descritto per il *Dispute Review Board*, mentre se si tratta di una decisione si applica quello per il *Dispute Adjudication Board*.

¹⁰⁶ Vedi considerando n.7 alla raccomandazione 98/257/CE, cit..

intervento, l'*ombudsman* può giungere a pronunciare una raccomandazione formale su come risolvere il contenzioso.

Nel considerando n.11 della direttiva, si parla in terzo luogo, sempre riguardo quei procedimenti che esulano dal campo di applicazione della direttiva, della valutazione dei periti, definita *décisions d'expert* nella versione francese ed *expert determination* in quella inglese, 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. Per la nostra Cassazione, si ha quest'ultima quando le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la sola formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva¹⁰⁷. 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.: oltre a giudicare il caso sul piano tecnico, qualora le parti non si conciliano sulla base delle valutazioni da lui

¹⁰⁷ Vedi Cass. 10 maggio 2007, n.10705.

fornite, il tecnico deve trasfondere queste ultime in una relazione acquisibile nel successivo giudizio dinanzi la magistratura, cosa però letale per la riservatezza della procedura.

Date le ultime due categorie di esclusione citate, è dubbia la sorte riservata al *mini-trial* ed alla *neutral evaluation*. In effetti, tali metodologie ADR 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 *evacuative mediation*.

In quarto luogo, sono esclusi i *reclami dei consumatori*. Onde esulano in primo luogo quelli rivolti ad uno *ombudsman*, che seguono tale sorte anche per altra ragione, poiché si concludono mediante l'adozione di una raccomandazione formale. Pure escluse sono le procedure conciliative, esistenti in Europa, in qualche modo analoghe a quelle americane. 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 (piuttosto che un terzo neutrale), ove siedono rappresentanti dei consumatori e delle imprese interessate, il cui lavoro parimenti termina con la formalizzazione di una soluzione.

È ragionevole pensare che il legislatore comunitario non abbia inteso sottrarre completamente i consumatori alla disciplina della Direttiva.

In effetti l'espressione "reclami" pare piuttosto riconducibile a quei sistemi che, per tentare di dare soddisfazione alle doglianze di detti soggetti, prevedono il ricorso a meccanismi o metodologie diverse da quelle pacificamente rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva, quali la *mediation*, la *neutral evaluation* ovvero il *mini-trial*.

In tale prospettiva, allora, vanno valutate le procedure di conciliazione previste in Italia per le *class action*, per le quali sono state individuate due ipotesi alternative¹⁰⁸. La particolarità è che entrambe scattano solo una volta accertata in giudizio la responsabilità dell'impresa convenuta, avendo siffatte procedure quale unica finalità il

¹⁰⁸ Legge 24 dicembre 2007, n.244, art.2, commi 445 ss., che hanno aggiunto l'art.140 *bis* al *Codice del consumo*, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n.206.

determinare la somma da corrispondere o restituire ai consumatori vittoriosi¹⁰⁹.

La prima è rappresentata da una camera di conciliazione, composta da tre avvocati secondo un meccanismo tipico per la formazione dei collegi arbitrali: uno indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva, un altro designato dall'impresa convenuta ed un terzo, con funzioni di presidente, nominato da quello del tribunale competente a conoscere la lite. Al termine dei propri lavori, detta camera quantifica i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Ciò viene incorporato nel verbale sottoscritto dal presidente della camera stessa, che ha valore di titolo esecutivo. Siffatta camera svolge una vera e propria funzione decisoria, onde tale procedura esula dalla Direttiva.

La seconda ipotesi è che, su concorde istanza delle parti, detto compito venga delegato dal presidente del tribunale ad uno degli organismi di conciliazione competenti per le liti in materia societaria, che dovrebbe curare la *composizione non contenziosa* del dissidio in merito alla quantificazione della somma da corrispondere ai

¹⁰⁹ Art. 140 *bis*, comma 6, c. cons.

consumatori. Ciò sembrerebbe escludere che l'organismo designato abbia potere decisorio. L'applicabilità della Direttiva dipende allora dalla circostanza se al termine della procedura venga o meno suggerita una soluzione transattiva.

Analoghe considerazioni valgono per il tentativo facoltativo di conciliazione inerente alle azioni inibitorie promesse dalle associazioni dei consumatori, che, a differenza di quanto avviene per le *class action*, può configurarsi in un momento antecedente all'instaurazione del contenzioso in sede giudiziaria.

In quinto luogo, l'arbitrato, che a rigore nemmeno rientra tra i meccanismi ADR¹¹⁰. Esula dunque l'ibrido meccanismo di *Med-Arb*¹¹¹, in entrambe le sue varianti, siccome esse comunque contemplano una fase arbitrale.

¹¹⁰ Sempre considerando 11 alla Direttiva.

¹¹¹ Tale meccanismo (*Mediation-Arbitration*), a cavallo cioè tra i sistemi veri e propri di ADR (dove il terzo in definitiva non impone mai una decisione che non sia voluta dalle parti) e l'arbitrato (dove la lite è risolta mediante un lodo vincolante per i litiganti, che si sono limitati ad accettare la competenza giurisdizionale del soggetto cui è demandata la decisione, da assumere nel contesto di un procedimento — solitamente costoso — ove sia adeguatamente garantito il diritto alla difesa). Dall'illustrazione di tale procedura, numerose sono le analogie che si colgono con il tentativo di conciliazione svolto dal magistrato in udienza. Nel *Med-Arb*, infatti, il terzo neutrale inizia una *mediation* e, qualora le parti non si accordino, egli stesso — cambiato immediatamente ruolo — decide infine la lite mediante un lodo arbitrale. La disaffezione verso questo meccanismo discende dalla circostanza che le parti non si trovano infatti in condizione di parlare liberamente dinanzi al terzo che momentaneamente agisce solo quale mediatore poiché, in caso di insuccesso di questa prima fase della procedura, quest'ultimo passerà a giudicarle, previa la formale istruzione del caso. Sebbene non vengano verbalizzate, è impensabile pensare che le dichiarazioni rese

In sesto luogo, i «*procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale*»¹¹². Tuttavia, anche qui la versione italiana della Direttiva sembra decisamente infelice, essendo stato reso con il termine «*arbitrale*» ciò che nella versione inglese è detto «*processes of an adjudicatory nature*», in quella francese «*processus quasi judiciaires*» ed in quella spagnola «*procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional*».

La Direttiva contempla invece nel suo campo di applicazione anche i procedimenti, finalizzati a far addivenire le parti ad una soluzione transattiva della lite, condotti dall'«*autorità giudiziaria*», a condizione però che il magistrato incaricato ad effettuarli sia diverso da quello cui è affidata la decisione della controversia¹¹³, in caso di fallimento del

durante la fase conciliativa non lascino alcun «*segno*» quanto meno a livello psicologico, nel terzo neutrale. Temendo allora che esse concorrano in qualche modo a formare il convincimento del terzo, una volta che egli abbia assunto il ruolo di arbitro, i litiganti sono spinti a non comunicare liberamente, ma a condurre una sorte di sottile «*recita*» mostrare sì una disponibilità «*tutta formale*» ad addivenire ad un accordo, senza però mai ammettere nulla a proprio discapito e concentrando ogni sforzo nello sterile esercizio di evidenziare le responsabilità della controparte, in modo da imputarle anche il fallimento delle trattative. Condotta che è l'«*esatta antitesi*» di quella necessaria durante una vera *mediation*, ove tutto si basa invece sull'«*aperta comunicazione*». Per ovviare a tali inconvenienti, è stata allora elaborata una variante, detta «*Arb-Med*»: esso inizia innanzitutto come arbitrato, con la fase istruttoria, al cui termine si innesta, secondo due diverse varianti, quella di *mediation*, sempre condotta dal medesimo soggetto. O il terzo sospende semplicemente il procedimento arbitrale ed opera subito come mediatore: egli procederà a redigere e depositare il lodo, solo se le parti non si accordano amichevolmente. Oppure il terzo stende subito il lodo, ma lo mantiene momentaneamente segreto e procede quindi a mediare la lite: se fallirà quest'«*ultima attività*», avverrà allora il deposito del lodo.

¹¹² Considerando n.11 della Direttiva.

¹¹³ Vedi art. 3, comma 1, punto a),

tentativo per comporla amichevolmente. Si fuoriesce invece se tali due soggetti si identificano.

Qualora esistenti, saranno le regole processuali nazionali a stabilire come deve comportarsi il magistrato, che conduce il tentativo di conciliazione senza avere competenza a decidere il merito della vertenza. Tuttavia, affinché tale procedimento ricada realmente nella sfera di applicazione della Direttiva, è forse lecito dubitare che esso possa condursi con modalità molto differenti rispetto a quelle rientranti nella nozione di "mediazione". Diversamente, infatti, sarebbe difficile capire non solo la diversità di trattamento che sarebbe generalmente riservato alle procedure condotte da soggetti privati, ma soprattutto si ricadrebbe verosimilmente nella causa di esclusione individuata in modo un po' sfuggente dal legislatore nei "*processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation*"¹¹⁴, quale nell'ordinamento italiano il tentativo di conciliazione in sede non contenziosa svolto dal Giudice di Pace¹¹⁵, che non avviene certo con le modalità volute dalla Direttiva.

¹¹⁴ Considerando n. 11 alla Direttiva, versione francese.

¹¹⁵ Art. 322 c.p.c.

In ogni caso la norma riflette l'esigenza di evitare che il giudice investito della lite mantenga contemporaneamente anche il controllo sul procedimento di mediazione, e dunque possa orientare il contenuto della sua decisione in funzione dei dati e delle conoscenze apprese in quella sede.

Ciò spiega anche perché essa non si applichi nemmeno qualora, per esperire il tentativo di conciliazione, il magistrato competente per il merito si avvalga dell'assistenza ovvero della consulenza di una persona competente¹¹⁶. Ciò perché anche in tali circostanze il magistrato in questione mantiene il controllo o comunque la conoscenza su quanto avviene durante il procedimento, cosa che rischia di riflettersi sul giudizio di merito.

Al contrario, rientra nella sfera della Direttiva il caso in cui il magistrato competente per il merito suggerisce ovvero ordina □ a seconda di come dispone il proprio diritto processuale □ alle parti di dare corso ad un procedimento finalizzato a promuovere la risoluzione amichevole della vertenza, a condizione che sia un terzo neutrale a

¹¹⁶ Considerando n.12 della Direttiva.

condurlo¹¹⁷. Alla luce di quanto in precedenza esposto, quest'ultimo potrà operare solo mediante metodologie rientranti nella nozione di *mediation* onde rimanere nel campo di applicazione della Direttiva¹¹⁸.

In definitiva, con la Direttiva il legislatore ha inteso promuovere la risoluzione alternativa delle controversie non mediante un *favor* generalizzato verso tutti i meccanismi ADR, bensì prevalentemente con la promozione di quella particolare metodologia definita *mediation*, applicata da soggetti privati ovvero appartenenti all'autorità giudiziaria, purchè in quest'ultimo caso non si tratti del magistrato competente a decidere la lite¹¹⁹.

¹¹⁷ Art. 3, comma 1, lett. a), seconda frase, nonché art.5 della Direttiva.

¹¹⁸ Così già in Italia in virtù dell'art. 155 sexies c.c. introdotto dalla legge 8 febbraio 2006 n.54, concernente i provvedimenti giudiziali riguardo ai figli necessari in casi di separazione coniugale. Di recente, infatti, il nostro legislatore ha consentito che il giudice competente, qualora ne ravvisi l'opportunità e dopo aver sentito le parti ed averne ottenuto il consenso, ha facoltà di rinviare il momento dell'adozione di tali provvedimenti, onde permettere che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

¹¹⁹ Il Parlamento europeo ha adottato il 13 settembre del 2011 una risoluzione sull'incidenza della mediazione tra gli Stati membri e la sua adozione nei tribunali interni (Doc. P7_TA-Prv (2011) 0449, 2011/2026). In fase di attuazione della direttiva sono emersi non pochi problemi: dalle questioni organizzative come l'accreditamento dei mediatori al ruolo degli avvocati passando per l'aspetto legato all'obbligatorietà o meno della mediazione. L'articolo 5 della direttiva, parte, infatti, dalla regola generale che è quella della volontarietà nell'utilizzo della mediazione, prevedendo che il giudice nazionale investito di una causa, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, può invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia o anche a partecipare a una sessione informativa sul ricorso alla mediazione.

Tuttavia la stessa norma concede agli Stati un ampio margine di discrezionalità. Infatti, il paragrafo 2 dell'art. 5 consente alle autorità nazionali di rendere obbligatoria la mediazione o di sottoporla a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l'inizio della procedura giudiziaria A

Pure il mini-trial e la neutral evaluation sembrerebbero beneficiare della Direttiva, a condizione però che si concludano con la formulazione di valutazioni non vincolanti ed espresse in modo assolutamente informale, al pari di quanto avviene nell'ambito dell'*evaluative mediation*. In via almeno teorica, non è comunque precluso che vengano ideati altri meccanismi ADR in grado di soddisfare i requisiti fissati dalla Direttiva, ferma sul piano pratico la necessità di verificarne la reale efficacia, invece già collaudata con buon successo per la *mediation* e le altre citate metodologie.

patto, però, che sia garantito alle parti il pieno diritto di accesso al sistema giudiziario nazionale, in linea, d'altra parte, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo che riconoscono come diritto fondamentale dell'uomo quello di accesso alla giustizia. In un altro studio adottato nel 2011 (documento PE 453.169), sulla posizione dei giudici nell'attuazione della direttiva sulla mediazione, lo stesso Parlamento europeo, ha evidenziato le conseguenze negative della scelta dell'unione europea di non adottare una disciplina di armonizzazione in materia di mediazione e ciò a discapito della diffusione dello stesso istituto della mediazione nei vari Stati membri.

La posizione del Parlamento non è però del tutto chiara. Proprio con riguardo alla situazione dell'Italia, gli eurodeputati hanno precisato che «la mediazione obbligatoria, applicabile ad alcuni settori e in modo graduale, sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali» salvo poi precisare che «la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

2.3 Le controversie rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva.

L'art.1, comma 2, della Direttiva specifica che essa non si applica a qualsiasi genere di controversia avente per oggetto diritti soggettivi, ma solo alle controversie in materia civile e commerciale, con esclusione di quelle in materia fiscale, doganale ed amministrativa, nonché quelle concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

Un'ulteriore limitazione deriva dalle caratteristiche della specifica situazione sostanziale in contesa. La norma stabilisce infatti che una controversia, pur rientrante nella sfera civile o commerciale, non ricade nell'ambito di applicazione della direttiva ogni qual volta essa riguardi diritti o obblighi «non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile». Tale alquanto oscura disposizione deve essere letta alla luce del considerando n.8, nel quale si afferma che la direttiva non dovrebbe applicarsi ai diritti ed agli obblighi, particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro, «su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge

applicabile. Se ne deduce che il senso dell'art.1, comma 2, è semplicemente quello di espungere dall'ambito di applicazione della Direttiva le controversie in materia civile e commerciale che vertono su diritti indisponibili, così come si era già espresso al riguardo il Libro Verde del 2002 sui modi alternativi di risoluzione delle controversie¹²⁰.

Accanto alle limitazioni appena descritte, fondate essenzialmente su alcune specifiche caratteristiche della situazione giuridica sostanziale che ha generato la controversia, il comma 2 dell'art.1 subordina l'applicabilità della direttiva ad un'altra condizione, stavolta attinente alla controversia in quanto tale, e consistente nel fatto che essa presenti elementi di transfrontalierità. Per il vero, l'idea di correlare l'applicabilità della direttiva al carattere transfrontaliero della lite era stata apertamente avversata dalla Commissione nel contesto della proposta del 2004, ove veniva sottolineato che "[] Nella valutazione dell'adeguatezza della mediazione come metodo di risoluzione delle controversie per una determinata vertenza, gli elementi transfrontalieri costituiscono solo una delle diverse circostanze da tenere in considerazione. Altre circostanze comprendono la natura della

¹²⁰ Vedi Libro Verde 2002 par. 1.1.

controversia e il merito della causa, così come fattori relativi ai costi, ai tempi e alle prospettive di successo. 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. [10] 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. Alternativamente, una simile restrizione del campo di applicazione potrebbe devolvere l'applicabilità della direttiva alla volontà delle parti, che potrebbero introdurre elementi transfrontalieri attraverso la scelta di un mediatore o di un tribunale per la controversia al fine di beneficiare delle norme previste dalla direttiva. [11]. Una limitazione del campo di applicazione condurrebbe alla creazione di due sistemi giuridici paralleli, e forse anche alla predisposizione di standard differenti per quanto riguarda la fornitura e la fruizione dei servizi di mediazione, col rischio di effetti discriminatori per gli utenti e per i fornitori di tali servizi. [12]. Pertanto, l'introduzione dello specifico requisito delle

implicazioni transfrontaliere invaliderebbe gli obiettivi della direttiva proposta e sarebbe contro produttivo per il corretto funzionamento del mercato interno. La direttiva deve pertanto applicarsi a tutte le situazioni indipendentemente dalla presenza di elementi transfrontalieri al momento della mediazione o al momento del procedimento giudiziario¹²¹.

Malgrado la ragionevolezza di questi rilievi, nel testo definitivo del provvedimento il legislatore europeo ha preferito optare per una soluzione diversa ed in un certo modo compromissoria, finendo in ultima analisi con l'addossare sugli Stati membri l'onere di definire la reale estensione degli effetti giuridici della direttiva. Benchè, infatti, l'art. 1 circoscriva il campo di applicazione del provvedimento alle sole controversie civili e commerciali di natura transfrontaliera, il considerando n.8 fa salva la facoltà degli Stati membri di applicarne il contenuto anche ai procedimenti di mediazione riguardanti la controversie sorte entro i confini nazionali.

In ogni caso, la definizione di controversia transfrontaliera rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva è fornita dall'art.2, comma 1, a

¹²¹ Vedi la Proposta di direttiva par.1.2.

norma del quale tale presupposto può considerarsi realizzato al congiunto ricorrere di due ordini di condizioni. In primo luogo, è necessario che almeno una delle parti abbia il proprio domicilio (da individuarsi □ secondo quanto stabilito dal comma 3 della norma □ sulla base degli artt. 59 e 60 del regolamento n.44/2001) o risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte. In secondo luogo, occorre che questo primo ordine di condizioni (tra loro alternative) sussista in alcuni specifici momenti della controversia, e precisamente quando *a*) le parti concordano di avvalersi del procedimento di mediazione dopo che la controversia è sorta¹²²; *b*) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale o *c*) è imposto dalla legge nazionale e, infine *d*) il giudice investito della decisione della causa invita le parti a tentare di comporla attraverso la mediazione. Si può notare come questo secondo ordine di condizioni (almeno una delle quali, come si è detto, deve ricorrere congiuntamente ad una di quelle precedentemente menzionate) provochi, nello stesso tempo, un ampliamento ed una riduzione dell'ambito di applicazione della direttiva. Mentre, infatti, le

¹²² Il che, salvo diverso accordo scritto, dovrebbe ritenersi avvenga nel momento in cui esse congiuntamente intraprendono un'azione specifica per avviare il procedimento di mediazione: vedi considerando n.15 della direttiva.

previsioni contenute alle lett. *b), c), d)*, consentono esplicitamente che il procedimento di mediazione possa avere luogo indipendentemente dal fatto che ciò corrisponda alla effettiva volontà delle parti, al contrario la previsione contenuta nella lett. *a)* impedisce l'applicazione della direttiva nell'ipotesi in cui una parte proponga di avvalersi della mediazione, ma il suo avversario rifiuti di parteciparvi, così tra l'altro evitando che il ricorso alla mediazione possa essere utilizzato per finalità meramente strategiche (ad es., per avvantaggiarsi degli effetti prodotti sui termini di prescrizione e decadenza).

Infine, l'art. 2, comma 2, estende la nozione di lite transfrontaliera stabilendo che, ai fini degli art. 7 e 8 della direttiva, tale debba considerarsi anche la controversia che, a seguito dell'esito infruttuoso della mediazione, sfoci nell'instaurazione di un procedimento giudiziario o di arbitrato sul territorio di uno Stato membro diverso da quelli in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente al momento della mediazione. A differenza delle ipotesi fin qui prese in considerazione, tutte accomunate dal fatto che gli Stati membri interessati dal conflitto transfrontaliero sono solo quelli in cui le parti sono domiciliate o risiedono abitualmente -, la norma costruisce una nuova fattispecie, caratterizzata dal fatto che la transfrontalierità della

lite coinvolge uno Stato membro diverso, si da garantire che anche presso quest'ultimo ricevano applicazione le regole dettate a tutela della riservatezza e quelle riguardanti gli effetti prodotti dalla mediazione sui termini di prescrizione e decadenza.

2.4 Il luogo della mediazione.

Il carattere transfrontaliero della controversia pone il problema di capire dove possa o debba svolgersi il procedimento di mediazione. In proposito, è ragionevole pensare che, in linea generale, ciò avvenga all'interno del territorio di uno degli Stati membri nei quali le parti della controversia hanno il loro domicilio o risiedono abitualmente, e ciò sicuramente nel caso in cui il ricorso sulla mediazione derivi da un obbligo posto dalla legge nazionale di uno di tali Stati, o da un ordine emanato dall'organo giurisdizionale investito della decisione della causa. Non sembra peraltro potersi escludere che al ricorrere dell'ipotesi indicata alla lett. a) dell'art. 2, comma 1 le parti possano concordemente decidere di instaurare il procedimento di mediazione sul territorio di uno Stato membro diverso da quelli in cui esse sono domiciliate o residenti.

Un'altra questione è poi quella relativa alla sottoponibilità al procedimento di mediazione delle controversie che vedono coinvolte, accanto ad una o più parti domiciliate o residenti in altrettanti Stati membri, una o più altre parti appartenenti a Paesi terzi (come da

considerare anche la Danimarca, in virtù della clausola di esclusione contenuta nel considerando n.30). Taluni sembrano inclini a fornire al problema una risposta positiva (ammettendo pertanto che la mediazione possa comunque avere luogo), pur nella consapevolezza che, presso lo Stato terzo, non vi sarebbe modo di applicare le regole contenute nella direttiva ed, in particolare, la disciplina da essa stabilita in ordine all'efficacità degli accordi derivanti dalla mediazione. Tuttavia, questa soluzione non appare pienamente convincente, posto che l'art.2, comma 1, si riferisce esclusivamente agli Stati membri dell'Unione, e dunque esclude con chiarezza che la direttiva possa essere applicata in relazione a controversie nelle quali una o più delle parti appartengono a Stati terzi.

2.5 Il ricorso alla mediazione.

A prima vista, il legislatore europeo parrebbe aver preso le mosse dall'idea, del tutto condivisibile, secondo la quale il successo pratico della mediazione presuppone che essa sia liberamente accettata dalle parti in lite, le quali devono pertanto convenire sul fatto di avvalersene

e di conformarsi al contenuto del futuro, eventuale, accordo: tant'è che la direttiva non contiene alcuna norma che impone agli Stati membri di introdurre nei loro ordinamenti un obbligo per le parti di sottoporre al procedimento di mediazione la controversia che le coinvolge. L'assenza di imposizioni di questo genere non significa però necessariamente che, agli occhi dei *conditores* europei, l'unica via percorribile per facilitare l'accesso alla mediazione, consista nel rimetterne l'utilizzazione alla libera scelta delle parti, anche se compiuta su invito o suggerimento dell'Autorità giudiziaria. L'art. 5, comma 2, lascia infatti impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Le possibili modalità di ricorso alla mediazione contemplate dalla direttiva si collocano dunque su una ideale linea di sviluppo che si articola a seconda del grado con cui ciascuna di esse incide sulla libertà delle parti di optare per tale metodo di composizione della controversia.

In questo quadro, la prima ipotesi che viene in rilievo è naturalmente data dall'eventualità che le parti, ancor prima del sorgere di una controversia, mediante la stipulazione di un'apposita clausola¹²³ si accordino volontariamente nel senso di ricorrere alla mediazione nel tentativo di dirimere un'ipotetica futura lite. Non è invece richiesto il rispetto di alcun vincolo di forma per il caso in cui le parti si accordino sul fatto di ricorrere alla mediazione a seguito della effettiva nascita di una controversia¹²⁴: accordo che può essere raggiunto sia prima che la controversia venga sottoposta alla cognizione dell'Autorità giudiziaria, sia durante lo svolgimento del relativo processo.

Può però anche darsi che, fino all'inizio del processo, per varie ragioni (inasprimento delle rispettive posizioni, diffidenza verso le metodologie di ADR, ecc.) le parti non abbiano mai preso seriamente in considerazione l'idea di avvalersi della mediazione. In queste ipotesi, l'art. 5, comma 1, prevede che il giudice possa stimolare il ricorso alla mediazione suggerendo alle parti di partecipare ad una sessione informativa sull'argomento □ a condizione che tali sessioni siano previste dalla legislazione nazionale e risultino facilmente

¹²³ Rispetto a tale clausola il secondo periodo del considerando n.15 parrebbe esigere la forma scritta *ad probationem*.

¹²⁴ Art. 2, comma 1, lett. a).

accessibili - , ovvero, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, possa direttamente invitarle a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia, eventualmente fissando un termine entro il quale il relativo procedimento debba concludersi¹²⁵, in modo da non ledere il loro diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. Va peraltro da sé che, in entrambe queste ipotesi, l'invito rivolto dal giudice può essere disatteso da una o addirittura da tutte le parti, donde il processo proseguirà regolarmente.

Come detto, peraltro, accanto alle ipotesi appena menzionate, nelle quali un peso decisivo è rivestito dall'effettiva volontà delle parti di ricercare una composizione amichevole e consensuale della controversia, la direttiva consente comunque agli Stati membri di rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio, o attraverso l'introduzione nell'ordinamento nazionale di una previsione normativa in tal senso, oppure attribuendo al giudice della causa il potere di ordinare alle parti, indipendentemente dalla loro volontà, di sottoporre la controversia ad un tentativo di mediazione¹²⁶.

¹²⁵ Vedi considerando n.13 della Direttiva.

¹²⁶ Secondo l'art.3, comma 1, lett.a) della Direttiva, tale tentativo dovrà essere condotto da un magistrato diverso da quello a cui è affidata la cognizione della causa, oppure da un altro soggetto terzo ed imparziale.

Si tratta di una scelta di indirizzo che lascia abbastanza perplessi, in quanto si pone in netta antitesi rispetto all'idea secondo la quale la mediazione può dare buona prova di sé nella misura in cui il suo impiego si fonda sull'accettazione delle parti coinvolte nel conflitto. Infatti, occorre sottolineare che qualunque procedimento finalizzato a promuovere la composizione delle controversie attraverso la stipulazione di accordi conciliativi, se vuole essere efficace, deve poter contare su un minimo di accettazione delle parti coinvolte nel conflitto.

2.6 La qualità della "mediazione" e la figura del mediatore.

Qualsiasi discorso sul tema non può che avviarsi dal capire chi può tenere una "mediazione" nonché quali requisiti egli deve possedere.

Per la Direttiva, è "mediatore" qualunque soggetto "realmente terzo rispetto alle parti in lite" cui è chiesto di condurre una "mediazione" in modo efficace, imparziale e competente, siccome

solo il rispetto di dette modalità costituisce garanzia di qualità del servizio reso. Ciò fermo, giacchè basilare, per la Direttiva è poi indifferente sia la denominazione ovvero la professione svolta da tale soggetto nello Stato membro ove opera, sia le modalità con cui egli è stato nominato ovvero invitato a condurre la *“mediazione”*¹²⁷.

Onde perseguire detto obiettivo qualitativo¹²⁸, la Direttiva segue due strade: la prima è la formazione dei mediatori, che deve essere non solo iniziale, ma anche continuativa¹²⁹; la seconda è stabilire criteri atti a consentire un controllo sulla qualità del servizio prestato dai mediatori.

Viene, in primo luogo, richiesto agli Stati membri di incoraggiare, nel modo da loro ritenuto più opportuno, l'elaborazione di codici di condotta da parte dei mediatori e delle loro organizzazioni nonché l'ottemperanza ai medesimi¹³⁰.

¹²⁷ Art. 3, comma 1, lett. b), nonché considerando n.17 alla Direttiva.

¹²⁸ A tal proposito vedi le osservazioni svolte sul tema dal Comitato Economico e sociale Europeo, punto 4.3, secondo il quale, la qualità della mediazione è ricollegabile all'autorevolezza di chi la conduce, funzione dei seguenti elementi: titoli adeguati per i mediatori e loro formazione nelle materie oggetto della mediazione; indipendenza e imparzialità delle parti; trasparenza e responsabilità degli interventi attuati.

¹²⁹ Così dispone l'art. 4, comma 2, nonché considerando n.16 alla Direttiva.

¹³⁰ Così art. 4, comma 1, e considerando 17 alla Direttiva.

Sfumatamente, perché non menzionato nel testo normativo della Direttiva, viene loro rivolto l'invito ad aderire spontaneamente al codice europeo di condotta per i mediatori¹³¹, costituente un documento formalmente non vincolante, elaborato dalla Commissione dopo una consultazione pubblica. Con specifico riferimento invece alle liti in cui sono coinvolti i consumatori, il legislatore ricorda la citata raccomandazione della Commissione pubblicata nel 2001¹³², cui dovrebbero essere incoraggiati a conformarsi tutti i mediatori che operano in detto settore¹³³.

Inoltre, agli Stati membri viene altresì richiesto di promuovere qualsiasi altro meccanismo utile ad assicurare il controllo qualitativo, chiarendo che ciò potrebbe anche avvenire ricorrendo a soluzioni basate sul mercato e non necessariamente finanziate mediante l'esborso di fondi pubblici¹³⁴.

Come si è detto, l'imparzialità del mediatore costituisce uno dei menzionati fondamentali requisiti, individuati dalla Direttiva, per la presenza di un idoneo livello qualitativo nel servizio di *mediazione*.

¹³¹ Così il considerando n.17 alla Direttiva, nel finale.

¹³² Vedi Raccomandazione 2001/310/CE della Commissione Europea del 4 aprile 2001, cit.

¹³³ Vedi considerando n. 18 alla Direttiva.

¹³⁴ Vedi art. 4, comma 1 della Direttiva e considerando n.17.

A ben vedere, più che un semplice requisito qualitativo, l'imparzialità è il presupposto essenziale della *mediazione*

2.7 La riservatezza.

Già nel Libro Verde del 2002¹³⁵, la Commissione rimarcava l'importanza rivestita dall'elemento della riservatezza, affinché l'applicazione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie potesse condurre a buoni risultati; si affermava infatti che: «Nella maggioranza dei casi, le parti che ricorrono all'ADR attribuiscono grande importanza al fatto che le informazioni scambiate, oralmente o per iscritto, durante la procedura, rimangono riservati. La riservatezza sembra essere il perno del successo dell'ADR, in quanto contribuisce a garantire la franchezza delle parti e la sincerità delle comunicazioni nel corso della procedura»

Tuttavia, simili considerazioni, sembrano essere state accolte solo in parte dalla Direttiva, che « al di là di ribadire che la

¹³⁵ Vedi Libro Verde del 2002, par. 3.2.2.1, cit..

mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza □ fornisce a quest'ultima una tutela limitata e piuttosto debole.

La norma chiave in argomento è costituita dall'art. 7, il cui comma 1 enuncia la regola generale in virtù della quale agli Stati membri è fatto divieto di permettere che i mediatori ed ogni altro soggetto coinvolto nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare, nell'ambito di un procedimento giudiziario o di arbitrato, riguardo alle informazioni di cui essi sono venuti a conoscenza durante lo svolgimento della mediazione o che risultino connesse con la stessa.

Dall'esame di questo principio emerge in tutta la sua portata la debolezza della disciplina¹³⁶ posta dal legislatore europeo a protezione della riservatezza della mediazione. In primo luogo, infatti, la disposizione contempla soltanto la riservatezza dei mediatori e degli altri soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione, mentre non prevede alcun dovere di riservatezza in capo alle parti della controversia. Sotto questo profilo, rimane dunque completamente inascoltato il monito espresso nel Libro Verde, ove si

¹³⁶ Debolezza che era già emersa per la verità in sede di esame della Proposta di direttiva del 2004, come già visto in precedenza.

rimarcava che l'obbligo della riservatezza grava innanzitutto sulle parti, con la conseguenza che ordinariamente le informazioni scambiate dalle parti durante la procedura non dovrebbero essere ricevibili come mezzi di prova in occasione di un procedimento giudiziario o di arbitrato successivo¹³⁷. In secondo luogo, la norma, a differenza di quanto disponeva l'art.6 della proposta di direttiva, non stabilisce che il mediatore e gli altri soggetti coinvolti nel procedimento non possano testimoniare, ma si limita a vietare agli Stati membri di consentire che tali soggetti siano obbligati a farlo.

Last but not least, la norma risente di una eccessiva settorialità, perché si occupa soltanto di uno dei possibili modi attraverso cui tali fatti ed informazioni possono entrare nel processo (la deposizione del testimone), consentendo in questo modo a ciascuna delle parti, indipendentemente dal consenso delle altre, di utilizzare in causa qualsiasi altro mezzo di prova, e dunque, ad es., di produrre i documenti eventualmente rilasciati in copia dalla controparte nel corso della mediazione o comunque da quest'ultima sottoposti all'attenzione del mediatore, così come di richiedere l'emaneazione di un ordine di esibizione nei confronti dell'avversario.

¹³⁷ Vedi: Libro Verde del 2002, par. 3.2.2.1.

Va poi considerato che il divieto per gli Stati membri di introdurre norme che impongano la testimonianza del mediatore e dei soggetti che operano nel contesto del procedimento di mediazione non riveste un carattere assoluto.

Innanzitutto, esso riguarda solamente l'obbligo di testimoniare nei procedimenti giudiziari o arbitrali in materia civile e commerciale, ragion per cui il mediatore e quanti collaborano allo svolgimento della procedura ben potrebbero essere obbligati a rendere testimonianza nell'ambito di giudizi di natura diversa, quali ad esempio quelli penali. Inoltre, la norma ammette che tale divieto possa essere derogato per concorde volontà di tutte le parti della controversia, il congiunto consenso delle quali permette dunque che le informazioni emerse dinnanzi al mediatore possano essere conosciute dal giudice o dall'arbitro e possano riflettersi sul contenuto della loro decisione. Infine, il divieto non trova in ogni caso applicazione quando la testimonianza è necessaria [per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato] ed in particolare qualora essa miri ad [assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori] o a scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di

una persona¹³⁸, così come nel caso in cui «la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo»

A conti fatti, la normativa comunitaria dettata al fine di assicurare la riservatezza della mediazione appare dunque per molti versi frammentaria ed ineffettiva, il che induce ad auspicare che gli Stati membri interpretino la facoltà, loro concessa dall'art. 7, comma 2, di «adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione» come se di fatto tale norma sancisse un vero e proprio dovere di provvedere in tal senso, pena il rischio di lasciare fatalmente inattuati gli ambiziosi obiettivi enunciati dall'art. 1, comma 1, della direttiva.

¹³⁸ Vedi art. 7, comma 1, lett. a) della Direttiva.

2.8 Effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza.

Il considerando n. 24 precisa che l'armonizzazione delle normative degli Stati membri relative ai termini di prescrizione e decadenza non rientra tra gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, che infatti fa salve le disposizioni nazionali in materia, così come quelle contenute negli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte. Coerentemente, l'art.8 della direttiva si limita ad imporre agli Stati membri di provvedere affinché alle parti che optano per la mediazione non sia successivamente impedito di instaurare un procedimento giudiziario o arbitrale in conseguenza del fatto che, durante la mediazione (conclusasi con esito negativo), siano decorsi i termini di prescrizione o di decadenza.

Benchè orientata al soddisfacimento di una esigenza del tutto ragionevole, la norma in esame appare tuttavia lacunosa e vaga, non fornendo alcune indicazioni che, al contrario, sarebbero probabilmente state utili agli Stati membri chiamati a recepirne il contenuto. E' infatti chiaro che, dal punto di vista del legislatore nazionale, attuare l'art. 8

significa prevedere che, durante lo svolgimento della mediazione, non decorrono i termini di prescrizione e di decadenza stabiliti per l'esercizio dei diritti oggetto del contendere.

In questa prospettiva sarebbe stato innanzitutto opportuno fissare con precisione il momento a partire dal quale la mediazione dovrebbe incidere sul loro normale decorso. Dinanzi al silenzio tenuto a questo riguardo dall'art. 8, una possibile soluzione del problema potrebbe consistere nel fare riferimento ad un'altra norma della direttiva, e precisamente all'art. 2, comma 1, ove sono elencati i vari momenti della controversia in cui le parti devono risultare domiciliate o residenti in differenti Stati membri affinché la lite possa considerarsi transfrontaliera. Su questa base, si potrebbe allora affermare che i termini di prescrizione e decadenza cessino la loro normale decorrenza dalla data in cui le parti, a seguito del sorgere della controversia, concordano di ricorrere alla mediazione, oppure da quando esse concretamente instaurano il relativo procedimento a fronte dell'invito o dell'ordine loro rivolto dal giudice, o in adempimento di un obbligo posto dalla legislazione nazionale.

Nessuna indicazione, ancorchè di massima, emerge dalla direttiva neppure in relazione alla durata della mediazione, essendosi il legislatore europeo limitato a riconoscere all'organo giurisdizionale la possibilità di fissare un termine massimo decorso il quale il procedimento dovrebbe intendersi concluso¹³⁹.

Anche in questo caso, si tratta di una lacuna di non poco conto, tanto più grave in quanto i suoi effetti trascendono lo specifico piano dei termini di prescrizione e di decadenza: è infatti indubbio che, se lo svolgimento del procedimento di mediazione potesse teoricamente protrarsi *sine die*, oltrepassando i limiti della ragionevolezza, ciò potrebbe ripercuotersi — violando — sul diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, esplicitamente salvaguardato anche dalla direttiva.

Considerata nel suo complesso, la norma attribuisce dunque agli Stati membri una sorta di "delega in bianco", consentendo ad essi di regolamentare con la più ampia libertà le implicazioni prodotte dalla mediazione sulla disciplina dei termini di prescrizione e decadenza.

¹³⁹ Vedi il considerando n.13 della Direttiva.

2.9 L'efficacia esecutiva dell'accordo.

Se il rispetto dell'accordo fosse rimesso esclusivamente alla buona volontà delle parti che lo hanno raggiunto, il ricorso alla mediazione correrebbe il concreto rischio di risolversi in una alternativa peggiore rispetto al procedimento giudiziario. Nel tentativo di scongiurare questo pericolo, l'art. 6, comma 1, della 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 risultante da una mediazione sia reso esecutivo". Questa norma si pone in armonia con quanto stabilito dall'art. 81 del Trattato di Lisbona del 2009, secondo il quale, "L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali"⁴⁰, ma la sua formulazione risente di un evidente quanto grave limite, dato dal fatto che essa fa dipendere dal consenso di tutte le parti la possibilità, per una di esse, di richiedere che il

¹⁴⁰ Vedi art. 81 del TUE.

contenuto dell'accordo sia reso esecutivo. Ora, essendo pressoché impensabile che la parte che si è già resa inadempiente presti spontaneamente il suo consenso a che l'accordo sia munito di effetti esecutivi, è chiaro che, di fatto, il meccanismo previsto dall'art.6 può essere concretamente utilizzato in una sola ipotesi, ossia quando tutte le parti, nel formalizzare l'accordo risultante dalla mediazione, vi includano «ora per allora» una preventiva manifestazione di assenso in ordine al fatto che il relativo contenuto potrà essere dichiarato esecutivo a seguito dell'inadempimento di una di esse.

Indipendentemente dal fatto che tutte le parti vi consentano, l'art. 6, comma 1, stabilisce che l'accordo non può essere dichiarato esecutivo quando il suo contenuto è contrario al diritto dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta¹⁴¹, oppure tale diritto non prevede la possibilità di renderlo esecutivo. Ciò significa che l'autorità statale competente a dichiarare l'esecutività dell'accordo è tenuta a controllarne preliminarmente il contenuto, sia pure al limitato scopo di verificare che esso soddisfi queste due condizioni: alla luce del considerando 19, sembra infatti da escludere che l'autorità nazionale

¹⁴¹ Nonché al diritto internazionale privato: vedi il considerando n. 19.

possa negare l'esecutività dell'accordo sulla base di altre e diverse ragioni.

La direttiva si sofferma sugli atti e provvedimenti attraverso i quali l'accordo può essere munito di efficacia esecutiva, stabilendo □ al comma 2 dell'art. 6 □ che ciò può avvenire mediante una sentenza o comunque una decisione, oppure attraverso un atto autentico proveniente da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità alla normativa nazionale dello Stato membro in cui è presentata la richiesta. Relativamente a queste ultime ipotesi, il comma 3 richiede inoltre agli Stati membri di indicare alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste di esecutività, in modo da consentire la divulgazione al pubblico delle relative informazioni come prescritto dall'art. 10.

Nel silenzio della normativa sul punto, sembra sensato affermare che la richiesta di esecutività possa essere rivolta agli organi giurisdizionali o alle autorità competenti di ognuno degli Stati membri rispetto ai quali la controversia ha assunto rilevanza transfrontaliera (per tali intendendo gli Stati nei quali le parti avevano fissato il loro

domicilio o risiedevano abitualmente nel momento in cui ha preso avvio il procedimento di mediazione), e dunque non solo agli organi o alle autorità dello Stato membro all'interno del cui territorio tale procedimento si è effettivamente svolto. D'altronde, se così non fosse, non si comprenderebbe il significato della precisazione contenuta nel considerando n. 21, con il quale il legislatore europeo è giustamente preoccupato per l'eventuale diffusione di pratiche di *forum shopping* finalizzate a munire di effetti esecutivi gli accordi derivati dalla mediazione di controversie transfrontaliere in materia di famiglia aventi ad oggetto diritti disponibili -, muovendo dalla considerazione che il regolamento (CE) n.2201/2003 prevede specificamente che, per poter essere esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi tra le parti devono esserlo anche nello Stato membro in cui sono stati stipulati, ha specificato che «se il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione in materia di diritto di famiglia non è esecutivo nello Stato membro in cui () è stato concluso e in cui se ne chiede l'esecuzione, la presente direttiva non dovrebbe incoraggiare le parti ad aggirare la legge di tale Stato membro rendendo l'accordo in questione esecutivo in un altro Stato membro».

E' infatti chiaro che questa indicazione (nella quale alcuni hanno scorto l'affermazione di un principio di ordine pubblico comunitario) ha senso soltanto se si ammette che le parti possano rivolgere la richiesta di esecutività dell'accordo alle autorità competenti di uno Stato membro diverso da quello in cui si è svolta la mediazione che ha portato all'accordo stesso, posto che - diversamente ragionando - il problema di impedire eventuali fenomeni di *forum shopping* non si porrebbe neppure.

Su un piano più generale, resta comunque fermo che il contenuto dell'accordo, una volta dichiarato esecutivo in uno Stato membro, dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri conformemente alla normativa applicabile, sia essa di fonte comunitaria¹⁴², sia essa di fonte nazionale, qualora lo Stato membro in questione abbia già provveduto a recepire la direttiva.

¹⁴² Come ad esempio il regolamento CE n. 44/2001 e il regolamento CE n. 2201/2003.

2.10 Conclusioni sulla direttiva n. 52 del 2008.

Dopo aver illustrato il contenuto della direttiva, sembra opportuno fare delle brevi considerazioni.

Gli interpreti della stessa rimangono colpiti da una serie di lacune, così com'era già emerso a proposito della proposta di direttiva del 2004, rispetto a precedenti interventi comunitari in materia.

Così, la direttiva trascura il tema del rispetto del contraddittorio, ben noto al libro verde¹⁴³.

Del pari, la direttiva non considera il problema dei costi del procedimento di conciliazione, nonostante nel Libro Verde¹⁴⁴, si affermi che il costo delle procedure di ADR è un fattore essenziale da prendere in considerazione, e che le parti possono in taluni casi non essere tenute a sostenere i costi legati all'ADR. Infine, la direttiva non prende in considerazione il problema della clausola di conciliazione,

¹⁴³ Vedi par. 3.2.2. del Libro Verde del 19 aprile 2002: qualora il terzo intervenga formalmente nelle negoziazioni, la procedura dovrà fondarsi sul principio del dibattimento in contraddittorio; qualora il terzo abbia un ruolo di minor rilievo, l'esigenza del rispetto di tale principio è mitigata ed attenuata; questo sta a significare che il Libro Verde differenzia la conciliazione "valutativa" da quella "facilitativa".

¹⁴⁴ Vedi par. 1.2 del Libro Verde del 2002.

sulla quale si sofferma il libro verde¹⁴⁵, che distingue tra contratti tra imprese e contratti tra imprese e consumatori, allo scopo di verificare l'abusività della clausola stessa alla luce della direttiva 93/13/CEE.

Insomma la mediazione sembra solo un primo, ma certamente significativo passo, per raggiungere l'ambizioso obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie, promuovendo la composizione amichevole delle stesse, garantendo nello stesso tempo, un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

2.11 La direttiva 2013/11/UE.

La direttiva n. 11 del 2013 ed il regolamento n. 524 del 2013 vengono adottati dalle istituzioni europee al fine di incentivare ulteriormente il ricorso ai mezzi stragiudiziali di risoluzione delle controversie nei rapporti tra consumatori e professionisti. Ancora una volta l'Unione Europea interviene a tutela dei consumatori.

¹⁴⁵ Vedi par. 3.2.1.1. del Libro Verde del 2002.

Secondo un rapporto diffuso dalla Commissione europea nei primi mesi del 2013, numerosi sono stati i problemi incontrati da molti Paesi europei nel recepimento della direttiva comunitaria del 2008 sulla mediazione.

Un primo quadro sulla situazione dell'utilizzo della mediazione negli Stati membri aveva già provato a disegnarlo il Parlamento europeo con la risoluzione del 13 settembre 2011, sull'incidenza della mediazione tra gli Stati membri e la sua adozione nei tribunali interni.

Da tale analisi è emerso che non sono stati pochi i problemi in fase di attuazione: dalle questioni organizzative come l'accreditamento dei mediatori al ruolo degli avvocati passando per l'aspetto legato all'obbligatorietà o meno della mediazione.

La direttiva n.11 del 2013 e il regolamento n.524 vengono emanati anche allo scopo di fare fronte a tutti questi problemi emersi in sede di applicazione della mediazione nei vari paesi membri; nonostante entrambi questi documenti facciano riferimento alle sole controversie tra consumatori e professionisti, emerge chiaramente il favor nei confronti dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie.

La direttiva è composta da 62 considerando e 28 articoli.

Nel considerando n.4 il legislatore comunitario afferma che, al fine di rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno, è opportuno che essi possano trarre vantaggio dall'accesso a mezzi facili, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie; tale considerando va letto in combinato disposto con il successivo considerando 5 in cui espressamente si dice che: "La risoluzione alternativa delle controversie (ADR) offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti"

Tale concetto viene espresso a chiare lettere anche nell'art. 1 della direttiva, in cui si dice che, l'obiettivo di tale atto normativo è proprio quello di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno e di garantire che essi possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrano procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie.

All'interno del considerando, il legislatore europeo lamenta l'ancora insufficiente sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie all'interno dell'Unione europea, nonostante le numerose raccomandazioni da parte della Commissione al riguardo.

Al considerando numero 6 viene specificato che, la disparità negli Stati membri quanto a diffusione e modalità di funzionamento delle ADR, rappresenta un vero e proprio ostacolo allo sviluppo del mercato interno.

Al fine, quindi, di incentivare l'adozione di questi meccanismi alternativi e di conseguenza favorire lo sviluppo del mercato interno, è opportuno che gli Stati membri mettano a disposizione dei consumatori mezzi di risoluzione alternativi validi per ogni tipo di controversia, sia a livello nazionale che transfrontaliero, così come auspicato dal Parlamento europeo nella risoluzione del 25 ottobre 2011 e nella comunicazione del 13 aprile 2011¹⁴⁶.

Nel considerando n.13, si ribadisce il concetto secondo cui, lo sviluppo all'interno dell'Unione di mezzi efficienti di risoluzione delle

¹⁴⁶ Vedi considerando n.7 della direttiva n.11 del 2013.

controversie rafforza la fiducia dei consumatori nei confronti del mercato interno.

Tra i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie da incentivare, vengono in particolar modo menzionati quelli online, c.d. ODR, data la crescente importanza assunta nell'ultimo decennio dal commercio elettronico.

Quanto ai rapporti tra la direttiva del 2013 e altri atti giuridici dell'Unione in materia di mezzi alternativi di risoluzione viene specificato al considerando n.19 che, in caso di contrasto, prevale la direttiva del 2013, a meno che non sia previsto diversamente.

Per quanto riguarda, in particolare, i rapporti con la direttiva n.42 del 2008, viene specificato che la presente direttiva del 2013 non pregiudica l'atto normativo del 2008 che si occupa di alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale nelle controversie transfrontaliere; la presente direttiva si potrà applicare però anche ai sistemi di mediazione interna e orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese quelle contemplate dalla direttiva del 2008.

Tale concetto è ulteriormente specificato nell'art. 3 della direttiva, in cui viene ribadito che in caso di conflitto tra una qualsiasi

disposizione della presente direttiva e una disposizione di un altro atto giuridico dell'Unione, prevale la disposizione della direttiva del 2013.

Sia nei considerando che negli articoli del provvedimento normativo comunitario viene specificato, quali siano i requisiti necessari affinché gli organismi ADR presenti negli Stati membri e le persone fisiche in essi operanti, in particolare i mediatori, possano raggiungere gli obiettivi posti dalla direttiva.

Nel considerando 36 si ritiene essenziale che le persone fisiche incaricate dell'ADR abbiano le competenze richieste dalla loro funzione, inclusa una comprensione generale del diritto; sembra opportuno che queste persone possiedano conoscenze giuridiche generali sufficienti per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia. Viene infatti specificato al successivo considerando, che l'applicazione di tale principio qualitativo alle procedure alternative rafforza la fiducia dei consumatori e dei professionisti in tali procedure.

Al considerando n.38 si ritiene necessario che tali requisiti di qualità siano presenti anche negli organismi ADR.

Tale concetto viene ulteriormente ribadito e specificato dall'art. 6 della direttiva.

Altri considerando molto importanti, sono sicuramente il 39 in cui si fa menzione del principio di trasparenza, poi ripreso dall'art. 7 della direttiva: secondo tale punto, infatti, è necessario che le parti di una controversia ricevano, da parte degli organismi ADR, le informazioni chiare e accessibili che consentano loro di decidere con cognizione di causa prima di avviare una procedura ADR.

Ancora al considerando n. 41 si parla di gratuità della controversia per il consumatore e di costi meramente simbolici.

Al considerando n. 42 si parla di equità della procedura: essa si traduce nell'esigenza che le parti della controversia siano informate in modo esauriente dei loro diritti e delle conseguenze delle loro scelte nel contesto della procedura ADR.

L'articolo 9 della direttiva specifica ulteriormente il principio di equità all'interno della procedura ADR: le parti devono avere la possibilità di ottenere dall'organismo le prove, le argomentazioni, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte; inoltre esse non sono obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale, ma possono

chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura.

2.12 Il regolamento (UE) n.524/2013.

Il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione Europea, il 21 maggio 2013, sulla base della proposta della Commissione Europea, del parere del Comitato economico e sociale del 21 giugno 2012 e della risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2013, la quale ha spianato la strada ad un rafforzamento degli strumenti dell'Ue in materia di ADR, hanno adottato contemporaneamente alla direttiva n.11 del 2013, un regolamento relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori di modifica al regolamento (CE) n.2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE.

Esso è composto da 36 considerando e da 22 articoli.

L'atto legislativo comunitario, di portata generale e obbligatorio in tutti i suoi elementi, nel primo considerando, richiama l'art. 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il quale, ai paragrafi

1 e 2, stabilisce che l'Unione deve contribuire ad assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori attraverso le misure adottate a norma dell'art. 114 del TFUE.

Nel considerando viene richiamato anche l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale ribadisce che nelle politiche dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione dei consumatori.

Nel secondo considerando, così come nel considerando n. 2 della direttiva n.11 del 2013, il mercato interno viene definito come uno spazio senza frontiere interno nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone e dei servizi.

Sempre nel secondo considerando del regolamento viene specificato che, affinché i consumatori possano avere fiducia nella dimensione digitale del mercato interno e trarne vantaggio, è necessario che abbiano accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie derivanti dalla vendita di beni o alla fornitura di servizi online.

Al quarto considerando si lamenta lo stato attuale di frammentazione del mercato interno, la quale ostacola la competitività e la crescita.

Viene evidenziata, inoltre, la situazione di squilibrio tra i vari Stati Membri dell'Unione in termini di disponibilità, qualità e conoscenza di mezzi facili, efficaci rapidi e a basso costo per risolvere le controversie derivanti dalla vendita di beni o dalla fornitura di servizi in tutta l'Unione la quale rappresenta un ostacolo nel mercato interno che mina la fiducia dei consumatori e dei professionisti negli acquisti e nelle vendite a livello transfrontaliero.

Tale squilibrio fra gli Stati membri nella copertura, qualità e conoscenza dell'ADR, viene evidenziato anche nel considerando n. 6 della direttiva n.11 del 2013, nel quale, appunto, si afferma che tale disparità, rappresenta una vera e propria barriera al mercato interno.

Il mercato interno viene descritto come una realtà di vita quotidiana nel quale i consumatori viaggiano, fanno acquisti ed effettuano pagamenti e dove loro sono i principali protagonisti.

Spesso tali acquisti tra consumatori e professionisti avvengono mediante procedure online, ed è quindi indispensabile in primo luogo

che i consumatori si sentano sicuri quando effettuano operazioni online, in secondo luogo che sia disponibile un sistema di risoluzione delle controversie online (ODR) affidabile ed efficiente.

Ciò che il legislatore comunitario sottolinea sempre al considerando n.6 è che, all'interno dell'Unione Europea, i consumatori e i professionisti continuano tuttavia a incontrare difficoltà nel trovare soluzioni extragiudiziali alle controversie derivanti da operazioni transfrontaliere effettuate online.

Mancano, secondo quanto specificato al considerando n.8, meccanismi che consentano ai consumatori e ai professionisti di risolvere tali controversie con mezzi elettronici e tale mancanza comporta svantaggi per i consumatori, ostacolando in particolar modo le operazioni transfrontaliere online, creando, quindi, una situazione di squilibrio per i professionisti e, di conseguenza, frenando lo sviluppo generale del commercio online.

Il fine del presente regolamento, da applicare in combinato disposto con la direttiva 2013/11/UE è, dunque, quello di istituire una piattaforma di ODR a livello dell'Unione, che serva da strumento per eliminare le barriere presenti nel mercato interno.

Tale piattaforma ODR dovrebbe essere un sito web interattivo che offra un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online.

Tramite tale piattaforma il presente regolamento, come viene esplicitato anche all'art. 1, si pone come obiettivo, quello di contribuire al raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al fine di un corretto funzionamento del mercato interno, agevolando la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, equa delle controversie online tra professionisti e consumatori.

CAPITOLO TERZO.

La dubbia compatibilità con la normativa europea della disciplina italiana sulla mediazione.

Le vicende di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

3.1 L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nell'originaria previsione dell'articolo 5 e correlati del decreto 28/2010: l'astratta compatibilità del regime con l'ordinamento dell'Unione. La sentenza Alassini della Corte di Giustizia 18 marzo 2010.

Al fine di promuovere la mediazione, il d.lgs. 28/2010 ne propone diversi modelli, in base sia alla natura dell'attività del mediatore, sia ai presupposti che consentono lo svolgimento del procedimento e di conseguenza conducono all'accordo: accanto alla mediazione facilitativa, in cui un terzo favorisce l'emersione degli interessi delle parti affinché raggiungano un accordo amichevole, trova spazio una mediazione c.d. valutativa in cui il mediatore propone egli stesso un accordo amichevole.

Novità del decreto 28/2010 è quella di avere introdotto una forma di mediazione obbligatoria per alcune materie espressamente elencate dal legislatore delegato e in cui questa ha assunto rispetto al processo il ruolo di condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Secondo l'art. 5, così come introdotto dal decreto 28/2010: *«Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia 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, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal*

*convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140 bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206, e successive modificazioni*¹⁴⁷.

La previsione nel decreto n. 28/2010 della mediazione obbligatoria non è una novità dell'ordinamento giuridico italiano. Numerosi sono i precedenti normativi al riguardo¹⁴⁸.

Un precedente importante è sicuramente rappresentato dal tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro che ha costituito, secondo quanto emerge dalla stessa Relazione

¹⁴⁷ Per un approfondimento sull'art. 5 del decreto 28/2010 vedi: BALENA G., *mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 333 ss.; MONTELEONE G., *La mediazione [forzata]* in www.judicium.it, 2010, p. 21 ss.; SANTANGELI F., *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it.

¹⁴⁸ Per un elenco dettagliato dei precedenti normativi vedi: MINELLI, *Commento all'art. 5*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, (a cura di) Bove M., cit., p. 137 ss.

illustrativa al decreto n.28, un importante esemplare da cui prendere spunto, nonostante non vada sottaciuto che lo stesso questo stesso esemplare sarebbe stato di lì a poco reso facoltativo.

Una costante e concorde giurisprudenza della Corte costituzionale, ha escluso che l'introduzione di una fase stragiudiziale (conciliativa) quale condizione per l'accesso alla giustizia violi il diritto di azione così come tutelato dall'articolo 24 della nostra Carta fondamentale: la previsione di condizionamenti all'esercizio dell'azione non contrasta con le garanzie costituzionali, né con i principi del giusto processo, a condizione che quel condizionamento tenda a "soddisfare l'interesse generale" e sia "obiettivamente limitato e non irragionevole".

I giudici della Consulta escludono che i tentativi obbligatori di conciliazione contrastino i principi costituzionali qualora essi non impediscano o rendano eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia. Il che accade quando la legge, a) impone il tentativo quale "condizione di procedibilità" b) assicura alla domanda di mediazione

i medesimi effetti (sostanziali e processuali) che produce sul diritto controverso la domanda di giustizia¹⁴⁹.

Quanto al primo profilo, stabilire un "condizione di procedibilità" significa introdurre nel processo un presupposto processuale sanabile con efficacia *ex tunc* (senza pregiudizi per il processo viziato, potendosi il vizio emendare con efficacia retroattiva, e la relativa domanda giudiziale produrre i suoi effetti sin dalla data di proposizione della prima domanda)¹⁵⁰.

Quanto al secondo profilo, il fatto che la domanda di mediazione debba poter assicurare i medesimi effetti della domanda giudiziale, impone regole equivalenti a quelle che operano per quest'ultima, sia quanto agli effetti su prescrizione e decadenza, sia quanto alla tutela cautelare, sia ancora quanto all'opponibilità della mediazione ai terzi.

¹⁴⁹ Vedi: Corte Costituzionale 18 febbraio 2009, n.51; Corte Costituzionale 26 ottobre 2007, n.335; Corte Costituzionale 30 novembre 2007 n.403; Corte Costituzionale 13 luglio 2000, n.276, in *Mass. Giur.lav.*, 2000, p. 1098; in *Giur.it.*, 2001, p. 1094, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2752. A sostegno della tesi della piena legittimità costituzionale del procedimento obbligatorio di mediazione vedi: ARMONE, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, p. 627-628.

¹⁵⁰ Sempre la Corte Costituzionale con riferimento alla distinzione tra condizioni di procedibilità e condizioni di proponibilità, afferma che le prime sono costituzionali e le secondo no, sostenendo che le disposizioni che prevedono forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo, sono incostituzionali ove comportino una compressione penetrante del diritto di azione, ostacolandone o rendendone difficoltoso l'esercizio, in particolare comminando la sanzione della decadenza. Vedi: Corte Costituzionale 26 luglio 1979 n.93, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2539; Corte Costituzionale 11 dicembre 1989, n. 530, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2950.

In contropartita rispetto ai possibili svantaggi, la fase stragiudiziale supera il vaglio di costituzionalità quando tra le sue finalità vi è, da un lato, alleggerire il carico di lavoro del giudice e dall'altro assicurare il raggiungimento del risultato conciliativo in tempi rapidi.

Dello stesso avviso è la Corte di Giustizia UE, secondo la quale l'accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale non limita le garanzie del diritto di azione e di difesa in giudizio, non dovendo però essere eccessivamente oneroso¹⁵¹.

Secondo la Corte, il diritto di accesso al giudice non è assoluto, ma può essere limitato, purchè le limitazioni da un lato rispondano ad effettivi obiettivi di interesse generale e dall'altro lato non siano sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti.

Ora, proprio l'introduzione di questa mediazione obbligatoria, ha sollevato fin dalla sua entrata in vigore numerosi problemi, rappresentando certamente il punto più controverso della nuova disciplina.

¹⁵¹ Vedi: Corte di Giustizia 18 marzo 2010, n. 318/08, *Risalba Alassini e altri*, in <http://curia.europa.eu>. Su tale sentenza si avrà modo di approfondire in seguito.

Da subito la dottrina si è mostrata perplessa nei confronti del nuovo istituto e, inoltre, dai giudici di merito sono state sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale.

Con riferimento alla formulazione dell'art. 5, si parla di "eccesso di delega" da parte del legislatore delegato: l'art.60 della legge 18 giugno 2009, n.69, infatti, nell'indicare i principi e i criteri direttivi ai quali il Governo doveva attenersi nell'esercizio della delega, genericamente disponeva, alla lettera a), che la nuova fase di mediazione non dovesse precludere l'accesso alla giustizia.

La legge delega non prevedeva ,cioè, che lo svolgimento di tale fase di mediazione dovesse costituire condizione per poter ottenere tutela giurisdizionale¹⁵².

Il legislatore delegato, invece, ha strutturato il procedimento di mediazione quale vera e propria condizione di procedibilità della domanda giudiziale, stabilendo che il mancato esperimento dello

¹⁵² Secondo la dottrina e alcune ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, a conferma di tale dato, ci sarebbe l'art. 60, comma 3, lettera n) della legge n.69/2009 il quale prevedeva il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione di informare il cliente, dunque, della mera possibilità, non già della *necessità*, di espletare una fase di mediazione. In questo senso vedi: ZINGALES I., *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 2.

stesso possa, non oltre la prima udienza, formare oggetto di eccezione da parte del convenuto e di rilievo d'ufficio da parte del giudice¹⁵³.

¹⁵³Di eccesso di delega parla SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, secondo l'autore infatti: «L'abitudine a porre in essere eccessi di delega è stata rispettata anche in questo caso. Infatti l'art. 60 della legge 69/2009 semplicemente disponeva di «prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione» fosse realizzata «senza precludere l'accesso alla giustizia». Il d.lgs. 28/2010, al contrario, ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda (art.5), cosa non prevista dalla legge delega, e forse anche in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l'accesso alla giustizia; l'Autore, paventa un eccesso di delega anche nella previsione di cui all'art. 8, 5° comma del decreto 28/2010 nella parte in cui dispone che «dalla mancata partecipazione senz giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, 2° comma c.p.c.» dato che «anche questo non era previsto dal legislatore delegante» il quale, peraltro, si era altresì limitato a prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, mentre il d.lgs. n. 28/2010, oltre ad imporre agli avvocati di informare l'assistito per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, ha altresì previsto che il mancato adempimento di questo incombente fa sì «che il contratto tra l'avvocato e l'iscritto è annullabile». Sempre SCARSELLI G., *Trilogia (in senso proprio, ovvero tre tragedie) sulla giustizia civile*, in www.judicium.it, p. 6-7 sostiene che «l'art.60 l.69/2009 disponeva di prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione» fosse realizzata «senza precludere l'accesso alla giustizia». L'art.5 del d.lgs. 28/2010, al contrario, ha reso in molti casi la mediazione una condizione di procedibilità della domanda, e dunque ha disciplinato il fenomeno oltre i limiti fissati dalla legge delega, ed anzi, e più precisamente, in contrasto con la stessa nella parte in cui, appunto, non voleva che la mediazione precludesse l'accesso alla giustizia. Né, in senso contrario, può argomentarsi che la mediazione di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010 non preclude l'accesso alla giustizia, poiché attivato il procedimento di mediazione e trascorsi i quattro mesi di cui all'art.6, l'accesso alla giustizia è possibile, e la condizione di procedibilità della domanda è assolta. Ed infatti, che dopo il procedimento di mediazione la parte possa adire il giudice è circostanza del tutto evidente, e certamente non v'era bisogno che la legge ricordasse una ovvietà del genere, poiché nel nostro sistema è impensabile che, dopo una condizione di procedibilità, non si possa procedere, ovvero non si dia alla parte il diritto della tutela giurisdizionale. Pertanto, se l'art.60 della legge 69/09 aveva stabilito che la mediazione doveva darsi «senza precludere l'accesso alla giustizia» essa evidentemente, non faceva riferimento alla possibilità della parte di adire il giudice dopo la mediazione, cosa scontata e ovvia, ma faceva riferimento alla necessità che la mediazione non condizionasse il diritto di azione, e quindi non fosse costruita come condizione di procedibilità». Sempre SCARSELLI G., *La nuova mediazione le cose che non vanno*, vi sarebbe una contrarietà della mediazione obbligatoria sia in relazione all'art. 24 Cost., sia in relazione all'art. 3 Cost. «perché questa pretesa lo Stato la fa gravare sempre e solo sull'attore e non sul convenuto, e sempre e solo sulla domanda principale e non su quella riconvenzionale, che infatti la legge non subordina mai alla previa mediazione». Vi è ancora un altro saggio in cui l'Autore parla di eccesso di delega e di incostituzionalità della mediazione per una serie di argomenti: infatti ne *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. leg. 28/2010*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2572: secondo un primo argomento la condizione di procedibilità precluderebbe l'accesso alla giustizia, mentre la delega ex art. 60 l.n. 69/2009 prevede che la mediazione non debba precludere tale accesso, quindi sarebbe violato l'art. 76 cost. per eccesso di delega. Il secondo argomento è, secondo l'Autore, che l'attore in mediazione non può evitare di aderire e di pagare le spese del procedimento, mentre il convenuto può evitare di aderire e di pagare le spese. Sarebbe quindi violato l'art. 3 per discriminazione tra le parti. Il terzo argomento è che l'organizzazione interna degli organismi di conciliazione, così come è

disciplinata dal d.m. n. 180/2010, urta contro il canone di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 cost.) Inoltre il dubbio di legittimità più grosso sarebbe il seguente: nella serie di controversie previste dall'art. 5, 1° comma d.lgs. n. 28/2010 il servizio di mediazione non solo è obbligatorio, ma anche oneroso, sebbene siano previsti: una riduzione delle indennità (art. 17, 4° comma, lett. d d.lgs. n. 28/2010; art. 16, 4° comma, lett. d, d.m. n. 180/2010), la già considerata gratuità del servizio per chi si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (art. 17, 5° comma d. lgs. n. 28/2010), nonché un limitato credito d'imposta a detrazione di quanto pagato all'organismo di mediazione per il servizio reso. Quindi dice l'autore «sembra che la mediazione possa essere obbligatoria, oppure onerosa, ma non le due cose insieme, poiché se la mediazione, come nel nostro caso, è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale» poiché l'art. 24 cost. esclude che l'accesso al giudice sia subordinato al pagamento di una somma di denaro diversa da un tributo giudiziario o da una cauzione. In effetti la parte che agisce in giudizio paga allo Stato il contributo unificato, ma ottiene in cambio un risultato: una pronuncia del giudice che, bene o male, gli dice chi ha ragione e chi ha torto. Nella mediazione obbligatoria il risultato si ottiene solo se si trova l'accordo.

Contro le tesi sostenute da Scarselli sull'incostituzionalità della mediazione vedi: CAPONI R., *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in www.judicium.it ; secondo l'autore, relativamente ad esempio al primo argomento portato da Scarselli a sostegno della incostituzionalità dell'istituto, la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5, non preclude l'accesso alla giustizia, perché dopo il tentativo di mediazione si può adire il giudice: ciò sulla base di quanto statuito dalla Consulta con sentenza 276/2000, in cui la corte ha più volte ribadito che la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali al suo esercizio, in vista della salvaguardia di interessi generali, come l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Inoltre, sempre secondo il punto di vista dell'autore, l'art. 60 cit. non si limita a ribadire ciò, ma intende «accesso alla giustizia» in un'accezione più ampia, europea secondo quanto stabilito nel TFUE ALL'ART. 81, par.2, lett. e).

Di eccesso di delega parla anche CANALE G., *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Rivista diritto processuale*, 2010, p. 624, secondo l'Autore infatti: «l'obbligatorietà del procedimento di mediazione e la sua qualificazione quale condizione di procedibilità si presta ad una possibile censura di costituzionalità. Se è vero che siffatti filtri sono stati ritenuti costituzionalmente legittimi dalla Consulta in varie occasioni, tuttavia mi pare prospettabile il vizio di eccesso di delega» □ A sostegno della tesi dell'eccesso di delega per violazione del principio contenuto nella lett.a) dell'art. 60, 3° comma, della l. n. 69/2009 è anche MONTELEONE G., *La mediazione forzata*, in www.judicium.it, p.3, secondo il quale «minacciare sanzioni e condanne alle spese alla parte vittoriosa, per il solo fatto che abbia rifiutato la proposta conciliativa poi recepita in sentenza, non ha altra funzione che ostacolarle l'accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta» Sempre secondo l'Autore oltre una contrarietà con l'art. 24 della Cost. vi sarebbe anche una contrarietà con l'art. 102 cost.

Contro la tesi dell'eccesso di delega e della dichiarazione di illegittimità costituzionale vedi: GASPERINI M.P., *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in www.judicium.it ; secondo l'Autrice infatti, la delega prevista dall'art. 60 lett. c), della legge 69/2009, poteva essere letta come delega attribuita al legislatore delegato di un'ampia discrezionalità in ordine alla determinazione delle caratteristiche e delle modalità di funzionamento della mediazione; il fatto che la Corte costituzionale abbia affermato spesso che il rispetto dei limiti della delega da parte del legislatore delegato va verificato «procedendo anzitutto all'interpretazione delle norme della legge di delegazione che determinano i principi ed i criteri direttivi, da ricostruire tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega».[Corte Cost. 13 luglio 2000 n. 276, quanto a pronunce conformi vedi: Corte Cost. 31 maggio 2000, n. 163; 27 aprile 2000, n. 126; 5 febbraio 1999, n. 15], fa percepire la previsione dell'obbligatorietà della mediazione non come estranea alle finalità della legge delega, che certamente persegue uno scopo deflattivo del contenzioso giudiziario, né tantomeno avulsa da un contesto normativo che, come esplicitato dallo stesso art. 60 della l. 69/2009, ricomprende anche la normativa comunitaria e, nello specifico, la direttiva n. 52/2008.

Secondo l'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia del giudice di Palermo del 2011, andrebbe esclusa l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto in relazione all'art. 76 Cost. e quindi per eccesso di delega, per il fatto che, la previsione relativa alla possibile introduzione della mediazione obbligatoria è contenuta nella legge delega nel punto in cui questa (art. 60, c.3) impone il "rispetto della normativa comunitaria" inoltre il quattordicesimo considerando della direttiva 21 maggio 2008, n. 52 , e gli art. 3, lett. a) e 5, comma 2, della stessa non impongono l'obbligatorietà della mediazione, ma ne prevedono la facoltativa istituzione ed è di questa facoltà che si è avvalso il legislatore, "in coerenza con la normativa comunitaria" così come prescriveva la legge delega.

Non vi è un silenzio del legislatore delegante in tema di obbligatorietà della mediazione. In sede di legge delega si è previsto che il decreto legislativo venisse emanato coerentemente con la normativa comunitaria, che consente, a certe condizioni, l'istituzione della mediazione obbligatoria.

E il fatto che la direttiva "lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio" (art.5,

comma 2) non deve intendersi come mera tolleranza solo verso discipline già contemplanti la mediazione obbligatoria senza autorizzare futuri innesti di tale natura. E' la stessa definizione di mediazione prevista dalla direttiva che contempla che una delle possibili forme di mediazione sia quella "prescritta dal diritto di uno Stato membro"

Sempre secondo il Tribunale di Palermo, vi è anche un'altra ragione che porta ad escludere l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto.

Sulla base, infatti, di alcune pronunce della stessa Consulta¹⁵⁴, nella valutazione della conformità della norma delegata rispetto a quella delegante deve verificarsi, anche in caso di silenzio della delega su uno specifico tema, se le scelte del legislatore delegato si pongono o meno in contrasto con gli indirizzi generali dettati dal legislatore delegante.

Tale verifica va condotta tenendo conto sia della lettera che della ratio della legge delega, sia della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme, da parte del legislatore delegato, che

¹⁵⁴ Vedi: sentenza 293/2010, 230/2010, 98/2008, 54/2007, 280 del 2004, n. 199 del 2003.

siano un coerente sviluppo, al limite anche un completamento, dei principi fissati dal legislatore delegante.

È il generico paradigma dei «principi e criteri direttivi» di cui all'art. 76 Cost. che giustifica ed impone il ricorso a strumenti ermeneutici fortemente valutativi e, rende necessario fare svolgere un'attività di riempimento al legislatore delegato, che finisce con l'essere munito di una discrezionalità nell'emanazione di norme che «rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»¹⁵⁵.

Nell'ordinanza si sostiene che il legislatore delegante non si è specificamente pronunciato sulla mediazione obbligatoria: appare evidente, però, che l'art. 60 della legge n.69/2009 è ispirato, come in genere quasi tutte le norme processuali contenute nella legge 69/2009, anche al principio della riduzione dei tempi processuali e del contenzioso giudiziario.

È evidente, quindi, che in un sistema quale quello italiano, in cui la giustizia statale non riesce a fornire risposte in tempi ragionevoli, l'introduzione di una mediazione non obbligatoria avrebbe

¹⁵⁵ Così Corte Costituzionale sentenza n. 98 del 2008

comportato un irrilevante sfolgimento dei ruoli giudiziari ed un irrisoria diminuzione del numero complessivo delle liti da definire in sede contenziosa.

La mediazione obbligatoria sarebbe quindi perfettamente in linea con gli indirizzi generali della delega e con le finalità ad essa riconducibili.

3.2 L'incostituzionalità dell'originaria disciplina sull'obbligatorietà del tentativo di mediazione: la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n.272.

Con la sentenza 6 dicembre 2012 n.272, la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità che erano state sollevate da ben otto ordinanze di rimessione in merito agli artt. 5 e 16 del d.lgs. 4 marzo 2010 n.28, e 16 del D.M. 18 ottobre 2010 n.180, come modificato dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145, per contrasto con gli articoli 24 e 77 Cost.

Le doglianze erano principalmente relative al fatto che l'introduzione di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, rilevabile anche d'ufficio, non solo

non fosse in linea con le previsioni della legge delega, ma, enfatizzando «un procedimento para-volontario di componimento delle controversie», mirasse alla «de-istituzionalizzazione e de-tecnicizzazione della giustizia civile e commerciale», contemporaneamente, e in controtendenza, attribuendo all'atto che conclude la mediazione, sia pure previa omologa, l'efficacia di titolo esecutivo e di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, sulla falsariga delle statuizioni giurisdizionali.

A quelle doglianze se ne aggiungevano altre, relative al contrasto con gli art. 3, 24 e 111 Cost., per avere, il legislatore delegato, condizionato al pagamento di una somma di denaro l'accesso al giudice e creato disparità di trattamento tra meno abbienti e abbienti; per avere introdotto un termine di quattro mesi in contrasto con la ragionevole durata del processo; per avere realizzato «un meccanismo di determinante influenza di situazioni preliminari sulla tutela giudiziale dei diritti, posto che l'art. 5 ha configurato, nelle materie previste, l'attività degli organismi di conciliazione come imprescindibile e per ciò stesso idonea a conformare definitivamente i diritti soggettivi coinvolti», in difetto di un'adeguata definizione della figura del mediatore.

La Corte costituzionale ha ritenuto di esaminare con priorità, per ragioni di ordine logico, le questioni di legittimità sollevate, in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., nei confronti dell'art. 5, comma 1, del dlgs.28/2010, con particolare riguardo al carattere obbligatorio attribuito dalla norma al preliminare esperimento della procedura di mediazione, e ha concluso nel senso che né gli atti dell'Unione europea richiamati dalla legge delega, né la legge delega stessa, consentissero di ritenere incluso, tra i principi e i criteri direttivi contemplati all'art. 60 della L. 18 giugno 2009 n. 69, la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione.

Secondo la Consulta, nonostante il favor dimostrato verso l'istituto della mediazione, come strumento idoneo a fornire una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione non imponga e nemmeno consigli l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che quell'obbligatorietà eventualmente preveda.

Ciò, nonostante la Corte di giustizia, con la pronuncia del 18 marzo 2010 resa a proposito del tentativo obbligatorio di conciliazione

in materia di telecomunicazioni¹⁵⁶, avesse ritenuto che la previsione di un tentativo facoltativo di conciliazione, anziché uno obbligatorio, non potesse rappresentare uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti, trattandosi, ad avviso della Corte costituzionale, di un rilievo, quello del Giudice dell'Unione, che «non può costituire un precedente, sia perché si tratta di un obiter dictum» sia perché la sentenza in questione è intervenuta «su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione riguarda un numero rilevante di vertenze, che rende non compatibili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano».

La pronuncia in commento ha dunque condiviso l'impostazione dei giudici remittenti, concludendo nel senso dell'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, della opzione per un modello di mediazione di carattere obbligatorio.

¹⁵⁶ Corte di giustizia 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C 319/08 e C-320/08, Alassini, in *Foro it.*, 2010, IV, p. 361 ss.

La previsione della mediazione come condizione di procedibilità, inoltre, viene interpretata come una limitazione delle possibilità di accesso alla giustizia, in contrasto con l'art. 24, ed in contrasto con gli art. 76 e 77, in quanto attuata in eccesso rispetto ai contenuti della legge delega, dal momento che né nella normativa europea di riferimento, né nella legge n. 69 del 2009 sarebbero ravvisabili indicazioni in tal senso.

All'interno delle varie ordinanze di rimessione, si rivolgono numerose censure, non solo relativamente alla obbligatorietà della mediazione, ma anche con riferimento alla disciplina delle spese, inizialmente prevista dal decreto n.28 del 2010.

In relazione a questo punto in particolare viene in rilievo un duplice profilo: la asserita disparità di trattamento tra richiedente ed "invitato" alla procedura, dal momento che solo sul primo graverebbe l'onere di pagare le spese di avvio e l'indennità prevista nell'ipotesi che l'altro non si presenti, e l'onerosità della procedura che, svolgendosi ad un costo "non irrisorio" e peraltro con devoluzione dell'indennità ai privati e non all'amministrazione statale, potrebbe

tradursi in una restrizione dell'accesso alla giustizia basata sulla capacità economica degli istanti.

In sintesi, le questioni controverse possono riassumersi in tre profili: l'obbligatorietà della mediazione, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega che sotto quello del libero accesso alla giustizia; l'individuazione dei criteri di selezione dei soggetti deputati all'amministrazione della procedura di mediazione; la disciplina delle spese ed, in termini più generali dei costi della mediazione.

Con ampia motivazione la Consulta si sofferma sul primo dei tre profili e cioè quello vertente sull'obbligatorietà della procedura, giungendo, come già detto, a sancirne l'illegittimità costituzionale per vizio (formale) di eccesso di delega, per dichiarare, poi, assorbiti i restanti.

Essa riconosce priorità logica alla questione di costituzionalità dell'art. 5 comma 1, sollevata in relazione agli artt. 76 e 77, dal momento che «il carattere obbligatorio così attribuito a detta procedura è censurato, per eccesso o difetto di delega, da quasi tutte le ordinanze di rimessione».

Sul tema, l'iter argomentativo dei giudici della Corte prende le mosse dalla ratio della riforma attuata con la l.n. 69 del 2009 per inquadrare correttamente la delega ex art. 60 e, posto il costante (ed inevitabile) richiamo alla normativa europea di riferimento, analizza i principi di quest'ultima per valutarne la coerenza della normativa delegante e di quella delegata.

Secondo la Consulta, la delega ex art. 60¹⁵⁷, attua una riforma che rappresenta un'innovazione radicale nel più generale contesto di una normativa volta ad incrementare il grado di competitività del nostro sistema e va letto come indice della piena volontà del legislatore di incentivare il ricorso a sistemi che, attraverso l'individuazione di misure alternative di risoluzione delle controversie, risultino in grado di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali ed al contempo di offrire garanzie di tutela agli interessi dei singoli, in coerenza con le istanze ed i mutamenti maturati nel contesto europeo.

All'interno della sentenza viene menzionata la Direttiva n. 52 del 2008, la quale, seppur indirizzandosi principalmente alle controversie transfrontaliere, costituisce la fonte primaria di una normativa di

¹⁵⁷ L'art. 60 al comma II della legge 69/2009 utilizza l'espressione riforma.

settore per la diffusione e l'utilizzo della mediazione come strumento ADR negli Stati membri; si sottolinea come il testo della direttiva, in più punti riconosca e salvaguardi l'autonomia dei singoli ordinamenti nella scelta delle modalità di accesso allo strumento della mediazione e nella definizione dei rapporti con il processo civile, ponendo come principio ispiratore quello della libertà di accesso alla giustizia: l'incentivo per gli strumenti ADR non deve, in nessun caso, risultare preclusivo o limitativo, in modo irragionevole, del diritto di azione¹⁵⁸.

Dall'analisi di quanto affermato nella direttiva del 2008 e degli altri provvedimenti correlati¹⁵⁹ e alla luce della sentenza della Corte di

¹⁵⁸ Secondo ALBANESE, *Dalla giurisdizione alla conciliazione. Riflessioni sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 237 ss., il principio di centralità della giurisdizione non viene posto in discussione dalla presenza di strumenti alternativi di risoluzione quando essi non si pongono come sostitutivi o surrogatori dell'azione giudiziaria e non precludono, in ogni caso, il diritto di azione dei soggetti interessati; egli infatti evidenzia come la mediazione, oltre ad uno strumento di deflazione del contenzioso, rappresenti anche una via autonoma di accesso alla giustizia che oltre a rendere più efficiente e celere il processo nelle controversie non mediate, assolverebbe altresì ad uno specifico compito, garantendo alle parti che vi fanno ricorso l'attingimento di obiettivi che sarebbero invece preclusi al giudizio civile, improntato ad una adversal logic incompatibile con la ricerca comune di una soluzione della controversia che garantisca una effettiva conciliazione.

¹⁵⁹ E cioè la Risoluzione del Parlamento europeo 2011/2016 □ INI- datata 13.09.2011: tale risoluzione ha evidenziato i buoni risultati raggiunti dalla legislazione italiana, pur manifestando talune perplessità in ordine al carattere di obbligatorietà della procedura, come può leggersi al punto 10: *«nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante □ la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria»* Tale considerazione dovrebbe però leggersi in combinato disposto con le precedenti osservazioni contenute ai punti 4 e 5 e precisamente: *«alcuni Stati membri hanno scelto di andare oltre i requisiti fondamentali della direttiva in due ambiti: gli incentivi finanziari per la partecipazione alla mediazione e i requisiti vincolanti alla mediazione; □ tali iniziative nazionali contribuiscono a una composizione delle controversie più efficace e riducono il carico di lavoro dei tribunali»* ed ancora *«□ l'articolo 5, paragrafo 2, consente agli Stati membri di rendere obbligatori o il ricorso alla mediazione o di sottoporlo a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l'inizio della procedura giudiziaria, a*

giustizia UE emanata in data 18 marzo 2010, la Corte Costituzionale giunge a qualificare la disciplina dell'Unione come neutrale, che non si pone in contrasto con eventuali modalità di mediazione obbligatoria, ma al contempo non indica né suggerisce tali modalità, rimettendo agli Stati membri la scelta che, in ogni caso, non deve costituire una limitazione del diritto di accesso alla giustizia da parte dei singoli¹⁶⁰.

condizione che ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario □ Da una lettura sistematica del provvedimento l'osservazione del punto 10 dovrebbe interpretarsi come il resoconto dell'applicazione dei precedenti punti 4 e 5 nell'ordinamento italiano e non come una critica all'operato di quest'ultimo; quanto poi al secondo periodo, più che una censura alla scelta italiana, esso potrebbe interpretarsi come un portato del considerando G: *□ Il Parlamento europeo reputa importante esaminare le modalità di applicazione della legge da parte degli Stati membri per conoscere il parere di quanti praticano e utilizzano la mediazione e per individuare se e come potrebbe essere migliorata* □ Quanto agli altri provvedimenti menzionati dalla Corte Costituzionale ricordiamo la Risoluzione del Parlamento europeo 25 novembre 2011 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare la quale si inserisce nel generale progetto di diffusione degli strumenti ADR nel contesto europeo, promuovendo non soltanto l'attuazione di un sistema di norme comuni, ma altresì politiche di informazione ed educazione agli strumenti ADR per i cittadini ed i consumatori, al fine di rafforzare la fiducia ed incoraggiare al ricorso di tali modalità; in particolare, nel testo della Risoluzione viene preso in considerazione dai giudici della Consulta il punto n. 10 del c.d. *□ approccio orizzontale alle ADR* □ *□ al fine di non pregiudicare l'accesso alla giustizia, si oppone a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello di UE, ma ritiene che si potrebbe valutare un meccanismo obbligatorio per la presentazione dei reclami delle parti al fine di esaminare le possibilità di ADR* □ che dovrebbe, in ogni caso, leggersi in combinato con il successivo punto 12: *□ nessuna clausola ADR dovrebbe ostacolare l'accesso alla giustizia, in particolare per la parte più debole che, in talune circostanze, potrebbe anche essere una PMI, e ritiene che in tale misura le decisioni di ADR dovrebbero essere vincolanti, se così è stato espressamente convenuto da tutte le parti interessate* □ Nel testo della Risoluzione, peraltro, significativo, appare altresì il punto 24 della parte dedicata alle *□ ADR nei vari settori* □ che propone una gerarchia di modalità di soluzione delle controversie ponendo in ultimo grado il ricorso al contenzioso giudiziario.

¹⁶⁰ Par. 12.2 della sentenza della Corte Costituzionale n.272 del 2012: *□ Dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il favor dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida nelle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del*

L'analisi, condotta dal Giudice delle leggi, della normativa italiana ed in particolare dell'art. 60 l. n. 69/2009 fa emergere due indici che contrastano con il carattere dell'obbligatorietà del ricorso alla procedura: in primo luogo il richiamo alle disposizioni del d.lgs. 5 del 2003 in tema di conciliazione nelle controversie in materia di diritto societario, cioè ad una procedura assolutamente facoltativa, ed in secondo luogo il dovere, posto a carico dell'avvocato, di informazione del cliente sulla possibilità di avvalersi dell'istituto della mediazione; in entrambi i casi il riferimento a situazioni connotate dal carattere dell'eventualità, viene interpretato come un implicito indirizzo ad una procedura volontaria¹⁶¹.

Secondo l'opinione della Corte, nemmeno il confronto con la pregressa giurisprudenza costituzionale in materia di procedure obbligatorie di conciliazione, può servire a trarre elementi a favore

modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio

¹⁶¹ Bisogna però dire anche che questa lettura presta il fianco a delle critiche, dal momento che propone come assoluti i due elementi per i quali può prospettarsi una diversa interpretazione; in primo luogo infatti, l'art. 60 comma 2 lett. c prevede il ricorso «anche»agli strumenti previsti dal d.lgs. n.5 del 2003: la stessa formulazione testuale, dunque, non indica come unico il riferimento, ma lo pone come eventuale e cumulativo rispetto, evidentemente, ad altre modalità scelte dal legislatore; in secondo luogo, la lett. n), nel porre il dovere di informazione a carico dell'avvocato, indica una situazione generale, riferibile a tutte le mediazioni possibili (perché vertenti su diritti disponibili): nella successiva attuazione tale dovere viene poi articolato, nell'art. 4 del d.lgs. n. 28 del 2010, nelle due distinte informazioni relative alla possibilità di ricorrere alla mediazione e delle ipotesi nelle quali essa è condizione di procedibilità; per certi versi, data la portata generale dell'istituto, il dovere di informazione a carico dell'avvocato assume connotazione strumentale al corretto adempimento degli obblighi derivanti dall'instaurazione del rapporto con il cliente.

della scelta del legislatore delegato: viene richiamata la sentenza n. 276 del 2000 in tema di controversie in materia di lavoro e, sul punto, la Corte ribadisce la validità della scelta in ordine alla obbligatorietà della procedura in considerazione della circoscritta portata di quella riforma, ma individuando proprio nella diversa portata il tratto distintivo con la procedura di mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010; dice la Corte *« la fattispecie qui in esame è, invece, diversa: a parte la differenza di contesto, essa delinea un istituto di carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però (□) il carattere dell'obbligatorietà(□) non trova alcun ancoraggio nella legge delega »*¹⁶².

Invece proprio quella che è la caratteristica di questo nuovo istituto della mediazione, e cioè la possibilità di un generale ricorso all'istituto per la risoluzione delle controversie, ne determina l'originalità e indipendenza dalle diverse forme di conciliazione e procedure alternative già presenti nell'ordinamento, seppur in riferimento a singoli settori o gruppi di controversie; implicitamente, anzi, potrebbe dirsi che proprio tale presenza venga valutata dalla Corte come un indice di validità degli istituti in questione, e più in

¹⁶² Par. 13 sentenza n. 272 del 2012.

generale degli strumenti ADR, ma non dirimente per la questione di legittimità costituzionale in discussione proprio in ragione della diversa portata della fattispecie.

All'esito del percorso argomentativo seguito quindi dalla Consulta, essa dichiara la fondatezza della questione proposta con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 comma 1 per contrasto con gli artt. 76 e 77 e, in via consequenziale, dichiara la illegittimità delle altre norme del d.lgs. n. 28/2010 per le parti che richiamano o presuppongono l'obbligatorietà della mediazione, ridisegnando così alcuni profili della disciplina tra i quali, particolarmente, l'incidenza sul rapporto tra avvocato e cliente ed i rapporti tra procedura e processo.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, assorbe la diversa questione di contrasto con l'art. 24 in relazione al pregiudizio che potrebbe derivare, in termini di limitazioni del diritto di accesso alla giustizia, dall'affidamento della gestione delle procedure ad organismi privati che potrebbero risultare privi di requisiti di competenza e professionalità.

Tuttavia, la questione relativa alla qualificazione dei mediatori appare meritevole di alcune considerazioni, soprattutto nell'ottica di un recupero del valore della mediazione volontaria come strumento alternativo e di una politica di diffusione dell'istituto basata non più sulla cogenza della norma, ma sulla scelta autonoma dei soggetti interessati¹⁶³.

Del resto, la sentenza della Consulta, indirizzandosi sul profilo dell'eccesso di delega, non ha scalfito l'impianto dell'istituto come configurato dalla d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, lasciando impregiudicati alcuni nodi interpretativi emersi nelle ordinanze di rimessione, prime fra tutte quella relativa ai criteri di qualificazione e selezione degli organismi e dei mediatori.

In particolare, le critiche si erano appuntate, già all'indomani dell'emanazione del d.m. n. 180/2010, sulla indeterminatezza dei criteri di accreditamento degli organismi, incapaci di tradurre quei requisiti di efficacia, imparzialità e professionalità richiesti dall'art. 4 della direttiva 2008/52/CE, che devono informare la gestione della

¹⁶³ Secondo BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011, il profilo volontaristico della mediazione va valorizzato perché costituisce un passaggio fondamentale per ogni politica rivolta alla costruzione di una "cultura" della risoluzione negoziale dei conflitti.

procedura nei confronti delle parti e, quindi, la condotta e l'operato dei soggetti preposti a tale gestione.

La questione non è di poco conto, dal momento che, pur considerando le peculiarità e la caratura informale della procedura di mediazione, basata sul rapporto fiduciario con il mediatore e sulle capacità empatiche e comunicative dello stesso, proprio al fine di garantire la migliore assistenza possibile e l'erogazione di un servizio che risponda agli standard qualitativi ottimali, è necessario garantire la professionalità degli operatori del settore, attraverso l'individuazione di ben precisi criteri di accreditamento per l'esercizio delle attività ed il rispetto delle regole poste¹⁶⁴.

Altrettanto assorbita dalla declaratoria di illegittimità per eccesso di delega, sono risultate anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010 per contrasto agli artt. 3 e 24, relative alle violazioni del principio di uguaglianza sostanziale e di accesso alla giustizia per la disciplina dei costi e delle modalità di corresponsione delle indennità da parte dei soggetti che richiedono la mediazione, sollevate dal Giudice di pace di Catanzaro con le

¹⁶⁴ Così BUSACCA A., *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la "mediazione obbligatoria"*, in *I contratti*, 2013, fasc. 3, p. 231 ss.

ordinanze del 1 settembre 2011 e del 3 novembre 2011; in particolare nella prima di esse viene lamentata la violazione dell'art. 3 Cost. per la disparità degli obblighi gravanti sulle parti: difatti, mentre il soggetto proponente sarebbe in ogni caso gravato dall'obbligo di corrispondere le spese di avvio della procedura e le spese di mediazione, le altre parti, in caso di mancata adesione alla procedura, non sarebbero tenute ad alcun versamento; nella seconda, invece, il profilo di illegittimità è indicato nei confronti dell'art. 24 Cost., in relazione al costo "non meramente simbolico" della procedura che "in quanto subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro" sarebbe in contrasto con "quanto affermato dalla sentenza n.67 del 2 novembre 1960" secondo cui lo Stato non può pretendere somme di denaro per la funzione giurisdizionale civile, se non nel caso di tributi giudiziari o cauzioni ed ancora "prevedendo che l'esborso di denaro non è destinato allo Stato, ma ad un organismo anche di natura privata, contrasterebbe con il principio fissato nelle sentenze n.522 del 2002 e n.333 del 2001 della Corte Costituzionale, secondo cui l'esborso deve essere razionalmente collegato alla pretesa dedotta in

giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione□

Nel caso delle spese di mediazione non può certo ravvisarsi la natura di tributo giudiziario o cauzione, pur nella considerazione del collegamento funzionale con la risoluzione della controversia, ma piuttosto quella di controprestazione per l'erogazione di un servizio nell'ambito del contratto per l'amministrazione della procedura. L'obbligo al pagamento delle spese, dunque, si inserisce nell'ambito di un rapporto privato, quale appunto il contratto tra i soggetti che richiedono la procedura e l'organismo deputato allo svolgimento e determina, in capo a quest'ultimo, il sorgere di un diritto di credito al soddisfacimento del quale può essere sottoposto il rilascio del verbale.

Ancora, la previsione del carattere oneroso della mediazione e l'obbligo di corresponsione delle spese quali elementi condizionanti l'accesso alla giustizia in ragione della capacità economica delle parti, apparivano smentiti da due dati testuali: in primo luogo l'art. 17 comma 5 d.lgs. n. 28 del 2010, il quale prevedeva che la procedura si svolgesse senza alcun onere per i soggetti che hanno diritto al patrocinio a spese dello stato; in presenza di una semplice

dichiarazione attestante il possesso dei requisiti richiesti sia la parte istante che la parte invitata, avrebbero potuto partecipare alla procedura ed ottenere il rilascio del relativo verbale senza alcuna contribuzione.

Con tale disposizione appariva integrato appieno il carattere di alter natività della mediazione, realizzandosi altresì quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2002/8/CE, nel sollevare le parti che non possono sostenere il peso economico del processo da qualsiasi spesa anche per i procedimenti giurisdizionali, quando il ricorso sia imposto dalla legge o dal giudice. In secondo luogo da un'attenta analisi della normativa in tema di costi della procedura, emerge come essi siano chiaramente predeterminabili dalle parti e parametrati al valore della lite.

I costi, quindi, ad avviso della Corte, in primo luogo costituiscono un ostacolo all'accesso alla giustizia, specie per chi, pur senza essere abbiente, percepisca un reddito superiore a quello fissato per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato e, conseguentemente, non possa godere dell'esenzione (prevista dall'art.

17, comma 5, del d.lgs. n.28 del 2010) dal pagamento dell'indennità a favore dell'organismo di mediazione;

in secondo luogo sono assolutamente irragionevoli per le cause di minor valore economico, specie di competenza del giudice di pace, potendo facilmente accadere che i medesimi costi siano addirittura di ammontare superiore a quello della controversia nella quale deve essere esperito il procedimento di mediazione.

In terzo luogo, discriminano ingiustificatamente la posizione dell'attore, su cui grava l'onere sia di promuovere il procedimento di mediazione imposto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale sia, pertanto, inevitabilmente, di anticipare tali costi, rispetto a quella del convenuto, il quale, pur andando incontro al rischio delle conseguenze negative stabilite per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione, può omettere di affrontare i costi della mediazione.

Anche le altre questioni sollevate e riassunte nella motivazione della sentenza sono di rilievo, ma quella relativa ai costi del procedimento, gravanti sulle parti, e in particolare sull'attore, devono essere considerate con particolare attenzione, specie, perché sul tema

la Consulta aveva avuto già modo di esprimersi in maniera tanto netta, quanto chiara.

In particolare, con la risalente sentenza del 23 novembre 1960 n.67 (richiamata a più riprese dalle ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale), il giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 98 del Cpc (che prevedeva l'imposizione della cauzione a carico di chi non fosse ammesso al gratuito patrocinio, nell'ipotesi che vi fosse fondato timore che l'eventuale condanna nelle spese potesse restare ineseguita), aveva avuto modo di escludere che potessero legittimamente essere imposti dal legislatore ordinario degli oneri economici per l'accesso alla giustizia, specialmente se fondati prevalentemente sulle condizioni soggettive, personali o sociali, delle parti, in violazione del fondamentale principio dell'uguaglianza giuridica sancito dall'art. 3 della Costituzione.

La sentenza della Consulta, in materia di mediazione, non rappresenta un punto di arrivo, ma di partenza. Essa, infatti, con la sua pronuncia si limita a fare venire meno il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della

domanda, senza quindi toccare il merito della scelta dell'istituto e, quindi, senza sancirne la fine, avendo dichiarato l'illegittimità della mediazione obbligatoria solo per motivi formali, per carenza di delega.

La pronuncia è stata, quindi, un ulteriore motivo di riflessione per il legislatore, il quale ha riscritto molte delle norme sulla mediazione, tenendo conto anche delle motivazioni seguite dalla Consulta nella sentenza.

3.3 Le ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia UE.

Premessa.

Dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 28 del 2010, da parte di due giudici di merito, viene richiesto l'intervento della Corte di giustizia UE, in relazione alla compatibilità dell'istituto della mediazione italiana con il diritto comunitario, ed in particolare con la direttiva n. 52 del 2008.

Il primo a rimettere la questione ai Giudici di Lussemburgo è il Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, il 16 agosto 2011; a pochi mesi di distanza da questa prima ordinanza, il secondo giudice a disporre il rinvio, è il giudice di pace di Mercato San Severino, il 21 settembre 2011.

Nonostante il Tribunale di Bagheria, dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 2012, abbia revocato l'ordinanza di rinvio¹⁶⁵ per sopravvenuto difetto di rilevanza della questione, il documento mantiene, ai fini della nostra indagine, un notevole valore culturale e ha inoltre costituito un punto di riferimento importante nella redazione delle nuove norme sulla mediazione introdotte dal legislatore italiano nel decreto del fare.

Nello stesso anno, un altro giudice, in particolare il giudice di pace di Mercato San Severino, propone rinvio pregiudiziale¹⁶⁶ alla Corte di Lussemburgo, la quale il 27 giugno del 2013 dichiara che non vi è più luogo a rispondere alle questioni sollevate in via pregiudiziale dal giudice italiano, in conseguenza del fatto che, all'atto

¹⁶⁵ Il Tribunale di Bagheria ha revocato l'ordinanza di rinvio con provvedimento del 23 gennaio 2013, cui è conseguita la cancellazione della causa dal ruolo della Corte di giustizia per disposizione del presidente della terza sezione dell'8 febbraio 2012.

¹⁶⁶ Ordinanza 21 settembre 2011, causa C-492/11.

dell'emanazione della sentenza da parte della Corte di giustizia UE, la normativa nazionale italiana applicabile alla controversia principale non era più quella presa in considerazione nell'ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale, ciò in seguito alla sentenza della Corte costituzionale del 2012. Tuttavia, l'ordinanza presenta notevoli profili di interesse, che possono costituire un valido spunto di riflessione in relazione alla riforma sulla mediazione del 2013.

3.4 L'ordinanza del Tribunale di Bagheria.

Nell'ordinanza del Tribunale di Bagheria vengono in rilievo molti dei profili problematici: ad esempio la questione di legittimità costituzionale con riferimento a diversi articoli, la conformità della mediazione rispetto alle disposizioni della direttiva n. 52, il problema della competenza tecnica del mediatore, quello relativo alla competenza territoriale; ma soprattutto il giudice Ruvolo si sofferma sul problema dell'obbligatorietà del tentativo, e la configurazione della mediazione "aggiudicativa" come sviluppo normale del procedimento conciliativo, una volta fallita la modalità facilitativa

dello strumento, per come emergeva con tutta evidenza dalla prima formulazione del decreto 28 del 2010.

E tale ordinanza ha rappresentato una delle sedi più elevate in cui tale dibattito ha avuto luogo, tanto che, nonostante la revoca del rinvio, mantiene una certa «vitalità», non soltanto perché l'«obbligatorietà del tentativo di mediazione è stata reintrodotta dal decreto c.d. «del fare» ma soprattutto perché, il giudice di Bagheria, consapevole del fatto che l'«Europa non è preconcettualmente contraria all'«obbligatorietà», aveva individuato proprio nell'«accettazione da parte del legislatore italiano della mediazione aggiudicativa uno dei punti critici della disciplina nazionale in rapporto a quella dell'«Unione Europea stabilita con la direttiva n. 52 del 2008.

Sembra, quindi, più che opportuno trattare separatamente ognuno di questi problemi sollevati dal suddetto Tribunale, dal momento che la riflessione condotta dal magistrato su ognuno di essi, rappresenta un punto di riferimento fondamentale per l'«interpretazione delle nuove norme in materia di mediazione introdotte dal decreto del «fare» convertito in legge n.98 del 2013.

In primo luogo egli ritiene che non sussista violazione dell'art. 76 della Costituzione da parte dell'art. 5 del d.lgs. 28 del 2010 per eccesso di delega, in quanto la previsione dell'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 imponendo al comma 3 il "rispetto della normativa comunitaria" consente in realtà l'introduzione della mediazione obbligatoria nel nostro ordinamento.

Infatti il quattordicesimo considerando della direttiva 21 maggio 2008 n. 52 e gli articoli 3,lett. A), e 5, comma 2, della stessa non impongono l'obbligatorietà della mediazione, ma ne prevedono la facoltativa istituzione, ed è di questa facoltà che si è avvalso il legislatore italiano, il quale nella legge delega specificava che uno dei criteri e principi direttivi per il Governo era proprio quello di "disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria"

Nel quattordicesimo considerando della direttiva n. 52 del 2008 si legge infatti che: "La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non

dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva.

All'art. 3 della direttiva n. 52 si legge ancora: « Il procedimento (di mediazione) può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro »; all'art. 5 sempre della direttiva si legge: « 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, purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario ».

Il giudice Michele Ruvolo, sottolinea inoltre che, il fatto che la direttiva « lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio » (art. 5, comma 2), non deve intendersi come mera tolleranza verso discipline già contemplanti la mediazione obbligatoria e nemmeno come mancata autorizzazione a discipline che prevedano per la prima volta l'«obbligatorietà in tale materia. Infatti, la definizione di mediazione offerta dalla direttiva

prevede, secondo il Tribunale di Palermo, che una delle forme attraverso cui si possa espletare questo procedimento sia proprio quella obbligatoria cioè «prescritta dal diritto di uno Stato membro»

Il giudice Ruvolo trova, inoltre, la mediazione obbligatoria in linea con gli indirizzi espressi nella legge delega e con le finalità ad essa riconducibili anche per altri motivi.

È vero sì che la legge delega n.69 del 2009 all'art. 60, pur avendo imposto la coerenza del decreto alla direttiva europea, non parla specificamente di mediazione obbligatoria; è anche vero, però, che l'art. 60, così come quasi tutte le norme della legge 69 del 2009, è ispirato al principio di riduzione dei tempi processuali e del contenzioso giudiziario. In particolar modo la mediazione obbligatoria viene introdotta dal legislatore italiano proprio al fine di deflazionare il carico di lavoro degli uffici giudiziari e diffondere, quindi, la cultura dei metodi alternativi al processo per risolvere le controversie tra privati.

Secondo il punto di vista del giudice di Palermo, solo l'obbligatorietà del tentativo di mediazione avrebbe finalmente consentito in Italia la diffusione della cultura della conciliazione,

vedendo quindi l'obbligatorietà perfettamente in linea, non soltanto con la direttiva comunitaria che, come già detto, la prevede come una delle possibili forme di mediazione, ma anche, per l'evidente favor conciliationis, con il principio espresso nella legge delega e cioè di riduzione dei tempi processuali e del contenzioso giudiziario.

Quindi le ordinanze di rimessione sollevate di fronte alla Corte Costituzionale per eccesso di delega dell'art. 5 del decreto 28/2010 per come formulato precedentemente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della Consulta, non appaiono in linea con il punto di vista espresso dall'ordinanza di Palermo in materia di obbligatorietà.

Sempre a sostegno della compatibilità della mediazione obbligatoria con i principi supremi dell'ordinamento italiano, è la risposta data dal giudice di Palermo ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle parti in causa con riferimento all'art. 24 della Costituzione.

Secondo il magistrato tale censura è infondata. La stessa Corte Costituzionale ha affermato in una recente pronuncia¹⁶⁷ che un sistema di giurisdizione condizionata è ammissibile quando l'eccezione al

¹⁶⁷ Vedi sentenza n.296/2008 della Corte Costituzionale.

principio dell'accesso alla giurisdizione si presenta come ragionevole ed in presenza di un interesse generale.

In altre sentenze la Consulta specifica, inoltre, che il legislatore può imporre condizioni all'esercizio del diritto di azione se queste, oltre a salvaguardare interessi generali, costituiscono, anche dal punto di vista temporale, una limitata remora all'esercizio del diritto stesso¹⁶⁸.

L'art. 24 della Costituzione consente che la tutela giurisdizionale si possa subordinare a talune condizioni, come nel caso della mediazione obbligatoria, purchè ciò non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto in sede giudiziale, così come specificato anche dalla direttiva comunitaria 52 del 2008 all'art. 5, la quale specifica che la legislazione nazionale può prevedere il ricorso alla mediazione come obbligatorio *«purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario»*.

E il decreto 28 del 2010 si è sempre posto come finalità, sia nella formulazione iniziale in attuazione della delega del 2009, sia in quella

¹⁶⁸ Vedi Corte Costituzionale n. 355/07; 436/06 e 276/00.

attualmente vigente del decreto n.69 del 2013, la salvaguardia dell'interesse generale alla deflazione del contenzioso e la tutela rapida delle controversie giuridiche soggettive. Il procedimento di mediazione nella versione iniziale dell'art. 6 del decreto 28 durava, infatti, quattro mesi, mentre nella versione attuale dura addirittura solo tre mesi: un tempo, quindi, molto ragionevole e tale da non pregiudicare l'accesso alla forma giurisdizionale di tutela.

Inoltre sia nella vecchia formulazione del decreto che nella nuova disciplina del 2013, il mancato esperimento del procedimento di mediazione prima del giudizio non comporta, poi, la sospensione del processo, ma solo un mero differimento della trattazione della causa. Viene infatti effettuato un mero rinvio. E' il giudice a fissare già l'udienza di prosecuzione del giudizio, evitando così i tempi lunghi collegati alla redazione e al deposito del ricorso in riassunzione, alla fissazione dell'udienza ed alla notificazione del provvedimento di fissazione di udienza. Infine, va ricordato che l'espletamento del procedimento di mediazione non è stato configurato come condizione di proponibilità della domanda, ma come mera condizione di procedibilità, integrabile, quindi, anche a giudizio in corso.

Ad avviso dell'«autorità giurisdizionale palermitana, sotto questo punto di vista, il procedimento previsto nell'«art. 28 del 2010 sembra, quindi, collocarsi nel pieno rispetto del principio del diritto di difesa per come disciplinato dall'«art. 24 della Costituzione.

Tuttavia, lo stesso giudice reputa, invece, il decreto n. 28 del 2010, per come formulato in attuazione della delega del 2009, lesivo del principio del diritto di cui all'«art. 24 della Costituzione, sotto altri profili e , in particolare, perché il sistema di mediazione obbligatoria originariamente previsto:

- a) non presentava sufficienti garanzie di competenza e professionalità per quanto concerne il mediatore;
- b) comportava oneri economici «non indifferenti» per il cittadino costretto a ricorrervi;
- c) non prevedeva criteri di competenza territoriale;
- d) prevedeva una forma di coercizione indiretta a conciliare circa la possibilità di formulazione della proposta «contro la volontà delle parti» e in punto spese del successivo, eventuale, processo di fronte al giudice.

Il giudice Ruvolo, quindi, riscontrando in ognuno di questi aspetti del procedimento un contrasto con i principi espressi nella direttiva comunitaria 52 del 2008, richiede un intervento della Corte di giustizia UE, al fine di potere ottenere una "lettura" delle disposizioni del decreto n. 28 conforme al dettato costituzionale e alla normativa europea. Ciò, al fine di potere escludere l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28 del 2010.

Ricordiamo, infatti, che al momento della proposizione del rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale non aveva ancora dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 del decreto n. 28 del 2010.

Quando, infatti, sia il giudice che la pubblica amministrazione devono applicare disposizioni nazionali sono tenuti ad applicarle, ove possibile, in conformità con il diritto comunitario, pure se questo non è direttamente efficace come nel caso dei regolamenti.

E tutto ciò al fine di conseguire il risultato perseguito dalla norma europea. In base al principio dell'interpretazione conforme, sancito dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, il giudice interno e l'organo amministrativo devono interpretare le disposizioni nazionali nel senso maggiormente vicino a quello del diritto euro

unitario primario o derivato, in modo che «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali vada prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità»¹⁶⁹.

Questo vuol dire anche che sul piano dell'interpretazione del diritto interno non si possono quindi adottare soluzioni che portino a risultati configgenti con quelli perseguiti dalla direttiva. Il principio che spesso si rinviene nelle pronunce della Corte di giustizia è in particolare quello per cui «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima».

Il fondamento di tale principio risiede nell'obbligo di leale cooperazione previsto dall'art. 10 del TUE e, quindi, il dovere per gli Stati di adottare tutte le misure, di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato o determinati dagli atti delle Istituzioni comunitarie e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere le realizzazioni degli

¹⁶⁹ Vedi: sent. Corte Cost. 8/6/1984 n.170.

scopi del Trattato — vale anche per i giudici nazionali, che devono dunque — adottare tutti i provvedimenti [] particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo¹⁷⁰.

La Corte di Giustizia nelle sue sentenze ha spesso ribadito, nel confermare il principio dell'interpretazione conforme, l'obbligo degli Stati membri e di tutti gli organi statali, compreso quello giudiziario, di conseguire il risultato contemplato da una direttiva.

Il giudice di Palermo, ritiene la mediazione obbligatoria, secondo il modello originariamente proposto dal legislatore delegato del 2010, non conforme al principio espresso dall'art. 24 della Costituzione, in relazione alla mancanza dei requisiti di competenza e professionalità in capo al mediatore.

Nella disciplina italiana le norme relative alla competenza del mediatore sono contenute nell'art. 3 del d.lgs. 28 del 2010 secondo l'originaria formulazione proposta dal legislatore delegato e mantenuta ferma anche dal legislatore del 2013. In esso si stabilisce che : [] il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'art. 9, nonché modalità di nomina del

¹⁷⁰ Vedi: Corte eur. Giust. 10/4/84 C-14/83, punto 26.

mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico

Secondo l'art. 4 del D.M. n. 180 del 2010, il responsabile del procedimento verifica la professionalità l'efficienza e i requisiti di qualificazione dei mediatori, i quali devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale. Ad opera del d.m. 6 luglio 2011 n. 145 viene operata una riforma all'art. 4 del d.m. n. 180 del 2010 e in particolare alla lettera b) dell'articolo, si richiede ai mediatori il possesso [] di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'art. 18, nonché la partecipazione da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti.

Nella normativa comunitaria i riferimenti alla competenza e professionalità del mediatore sono contenuti in numerosi documenti legislativi.

Nel considerando n. 16 della direttiva n. 52 del 2008 si legge che:

□ Al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all'effetto sui termini di decadenza e prescrizione nonché al riconoscimento e all'esecuzione degli accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengono appropriato, la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo di qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione □

al considerando n. 17 sempre della stessa direttiva si legge che □ Gli Stati membri dovrebbero definire tali meccanismi, che possono includere il ricorso a soluzioni basate sul mercato, e non dovrebbero essere tenuti a fornire alcun finanziamento al riguardo. I meccanismi dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente. I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe anche essere disponibile su Internet per il pubblico □

Ancora nel considerando n. 18 si dice che □ nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una

raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione

All'art. 3 sempre della direttiva si dice che: "per mediatore si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione"

Ancora all'art. 4 del testo normativo europeo leggiamo che "Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei

mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti.

Alla luce di tutte queste disposizioni previste dalla disciplina europea, conduce un'analisi delle norme italiane in tema di competenza del mediatore per come originariamente formulate dal legislatore delegato del 2010, rilevandone l'inidoneità a conseguire gli obiettivi posti dalla normativa europea ed auspicandone quindi una reinterpretazione in linea con gli orientamenti espressi in tal senso dalla direttiva europea, in modo da potere dare completa attuazione all'art. 24 della Carta costituzionale anche attraverso l'istituto alternativo della mediazione e, non solo attraverso il processo.

La normativa italiana, in relazione allo svolgimento della professione di mediatore, si riferisce esclusivamente alla necessità di una laurea triennale o di un'iscrizione ad un albo professionale e,

quanto alle modalità di nomina si afferma che è necessario espletarle in modo da garantire □□ l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico□

Il giudice Ruvolo, non ritiene tale normativa italiana perfettamente in linea con le esigenze espresse e gli obiettivi posti dalla normativa comunitaria con la direttiva del 2008.

La direttiva parla, infatti, di □efficienza□ e □competenza□ del mediatore e di un servizio che garantisca qualità. E ciò al fine, sia di realizzare un'effettiva tutela stragiudiziale delle situazioni giuridiche soggettive in misura non inferiore a quella che si potrebbe ottenere con il processo giurisdizionale, sia di deflazionare il contenzioso giudiziario, ottenendo un risultato utile ed accettabile nel maggior numero di casi possibile.

Dall'analisi condotta sulle norme della direttiva relative al mediatore emerge, quindi, quanto sia indispensabile garantire la sussistenza di requisiti di elevata competenza tecnica e formazione, cosa che , invece, la normativa italiana almeno per come formulata dal legislatore delegato del 2010, non sembrava affatto garantire, essendo

formulata in termini troppo generici e non facendo alcun riferimento a specifiche competenze tecniche.

Il giudice di Palermo, già nel 2011, in materia di competenza del mediatore, auspicava un'interpretazione sistematica del decreto 28 del 2010 alla luce delle norme contenute nella direttiva europea del 2008 riguardanti il mediatore.

Riteneva che fosse necessario, che il mediatore fosse dotato di competenze in campo giuridico e ciò per una serie di motivi: in primo luogo perché il mediatore potesse essere in grado di interloquire con gli avvocati delle parti; alcune volte nella conciliazione non basta solo avvicinare le posizioni e le pretese delle parti, ma bisogna anche eliminare qualche pretesa palesemente infondata che è di ostacolo al raggiungimento dell'accordo. «Il mediatore» dice Ruvolo, «deve sapere individuare le richieste che vanno tolte dal tavolo della mediazione e deve sapere distinguere queste ultime ben valutando le argomentazioni giuridiche addotte dagli avvocati delle parti. Una conoscenza giuridica è spesso essenziale, soprattutto in relazione a controversie relative a materie di natura tecnica (es. divisioni ereditarie), per potere comprendere a quale punto può collocarsi una

buona conciliazione, che sia "proponibile" agli avvocati e "digeribile" dalle parti.

In secondo luogo, riteneva che fosse necessaria una precisa competenza tecnica in campo giuridico perché il mediatore dovrebbe sapere interloquire bene con l'avvocato di una delle parti quando l'altra parte è priva di difensore e ha quindi bisogno, affinché si raggiunga una soluzione tendenzialmente equa, che un soggetto competente riesca a comprendere la bontà, l'equità e la convenienza, anche alla luce del quadro giuridico di riferimento della lite, della proposta della parte difesa da un legale o sappia trovare il giusto punto di intesa, tenuto conto delle questioni giuridiche sottese alla controversia. Solo un mediatore competente sotto un profilo tecnico-giuridico, ad avviso di Ruvolo, può risultare un vero organo di garanzia per la parte che si è presentata al procedimento di mediazione priva di difesa tecnica. A tal proposito, si legge in uno dei "considerando" della Raccomandazione 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo "che, per accrescere l'efficacia e l'equità che, nel quadro delle procedure extragiudiziali, le parti

agiscono spesso senza godere dell'assistenza di un consulente giuridico

Questa stessa Raccomandazione 98/257/Ce della Commissione, prevede che la persona designata debba possedere *la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni*

Il mediatore dovrebbe avere, infatti, gli strumenti per comprendere se siano stati chiamati tutti i litisconsorti necessari e ciò per evitare che, accertata poi nel giudizio civile l'esistenza di un litisconsorte pretermesso, si debba tornare in mediazione, con duplicazione di costi e possibile responsabilità del mediatore e dell'organismo di mediazione; deve, inoltre, essere capace di capire se sia stata fatta alle parti chiamate in mediazione un'adeguata comunicazione della domanda di mediazione e della fissazione del primo incontro e ciò per evitare che, costituitosi nel successivo giudizio civile il chiamato rimasto contumace in mediazione facendo valere di non aver ricevuto alcuna comunicazione e verificata dal giudice la non idoneità della comunicazione della domanda di

mediazione, si debba tornare in mediazione, facendo sostenere alla parte nuovi costi.

Non vi è dubbio, quindi, che occorre piena conoscenza degli strumenti tecnici della procedura di mediazione e dei criteri relativi alla valida applicazione dei medesimi, oltre che delle questioni giuridiche che attengono alla controversia.

Mediatori dotati di cognizioni tecnico-giuridiche possono meglio garantire verbali di conciliazione omologabili, trascrivibili, accettabili dai procuratori e tendenzialmente equi anche per la parte priva di difensore.

Persone munite solo di conoscenze tecniche di natura non giuridica possono essere impiegati solo come esperti ausiliari.

In sintesi, il giudice di Palermo suggerisce un'interpretazione dell'art. 3 d.lgs. 28/2010 in senso conforme alla direttiva 2008/52/CE, richiedendo che il mediatore sia dotato anche di competenze in campo giuridico e che la scelta del mediatore da parte del responsabile dell'organismo avvenga in considerazione delle specifiche conoscenze ed esperienze professionali sulla materia oggetto di controversia. Tale lettura della norma risulta anche costituzionalmente orientata,

mettendo in linea con l'art. 24 della Cost. tutta la disciplina della mediazione obbligatoria.

Tale lettura interpretativa sembra essere stata accolta dal legislatore del decreto del fare prima e dalla legge di conversione poi. All'art. 83 del primo si legge, infatti, che «all'art. 16 del d.lgs. 28/2010 dopo il comma 4, è aggiunto il seguente comma: «4-bis. Gli avvocati, i notai e i dottori commercialisti ed esperti contabili iscritti ai relativi albi professionali sono di diritto mediatori, fermo restando l'obbligo di specifica formazione secondo quanto previsto dal successivo comma 5»

La versione definitiva dell'art. 16 del decreto 28, introdotta dalla legge n. 98 del 2013, al comma 4 bis dispone che «Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55-bis del codice deontologico forense. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. [] Il decreto

stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Con lo stesso decreto, è stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale.

I commi aggiunti all'art. 16, già presente nel decreto originario, sembrano quindi avere accolto le istanze del giudice di Bagheria sotto il profilo della competenza giuridica del mediatore.

Ma il legislatore italiano, nella formulazione di questi nuovi commi dell'art. 16, ha utilizzato come parametro di riferimento anche la direttiva n. 11 del 2013, riguardante la risoluzione alternativa delle controversie tra consumatori e professionisti, adeguandosi ad essa che va applicata in combinato disposto con la direttiva del 2008.

Anche attraverso tale documento normativo, infatti, viene messa in evidenza la necessità che le persone fisiche che si occupano della risoluzione alternativa delle controversie abbiano delle competenze tecniche specifiche. Ciò è chiaramente esplicitato al considerando n. 36 della direttiva del 2013, in cui si legge che «Ai fini del successo

dell'ADR, in particolare per garantire il necessario grado di fiducia nelle relative procedure, è essenziale che le persone fisiche incaricate dell'ADR possiedano le competenze richieste dalla loro funzione, inclusa una comprensione generale del diritto. In particolare, tali persone dovrebbero possedere conoscenze giuridiche generali sufficienti per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia. Al considerando n. 37 della stessa direttiva viene ulteriormente specificato che «l'applicabilità di taluni principi qualitativi alle procedure ADR rafforza la fiducia dei consumatori e dei professionisti in tali procedure. Tali principi qualitativi sono stati originariamente elaborati al livello dell'Unione mediante le raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE. Rendendo vincolanti alcuni principi contenuti nelle raccomandazioni della Commissione summenzionate, la presente direttiva stabilisce una serie di requisiti di qualità che si applicano a tutte le procedure ADR seguite da un organismo ADR notificato alla Commissione».

Inoltre, segnala il giudice Ruvolo, la procedura della mediazione implica dei costi a carico delle parti: si tratta di costi di ammontare contenuto sia in valori assoluti sia se paragonati a quelli che vanno sostenuti per instaurare e concludere il giudizio civile.

E una mediazione obbligatoria ed onerosa si giustifica solo in quanto condotta da soggetti particolarmente competenti e qualificati, muniti di conoscenze e professionalità tali da giustificare il pagamento di una somma di denaro in assenza di una libera scelta delle parti di rivolgersi al mediatore.

Ora, solo interpretando l'art. 3 del decreto 28 del 2010 conforme al diritto europeo relativamente alle competenze giuridiche del mediatore e leggendolo in combinato disposto con le novità introdotte, in materia di competenze professionali del mediatore, all'art. 16 del decreto 28 dal decreto 69/2013 convertito in legge n. 98 del 2013, ispirate anche dalla direttiva del 2013, si rende la disciplina sulla mediazione obbligatoria conforme all'art. 24 della Costituzione anche relativamente al profilo dei costi della procedura.

Secondo l'originaria formulazione dell'art. 4 del decreto legislativo 28 del 2010 la domanda di mediazione poteva essere presentata davanti ad un qualsiasi organismo di mediazione. Nella relazione illustrativa al decreto si leggeva che «Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio, così da evitare un'impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe

alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente l'organismo ritenuto maggiormente affidabile

Tale scelta del legislatore di non dettare regole contenenti criteri di individuazione dell'organismo di mediazione territorialmente competente, ha sollevato in dottrina forti sospetti di incostituzionalità¹⁷¹.

Infatti, nel sistema così come originariamente disegnato dal decreto legislativo, la scelta di tale organismo era, invero, rimessa esclusivamente alla discrezionalità di colui che agiva.

Non vi erano strumenti di radicamento della competenza e non vi erano, conseguentemente neanche strumenti per contestare la scelta dell'attore, il quale poteva presentare l'istanza di mediazione dinanzi a qualsiasi organismo presente nel territorio nazionale; il che, in buona sostanza, vuol dire che, in caso di individuazione di un organismo situato in un luogo distante da quello di residenza dell'altra parte, avrebbe costretto quest'ultima a sostenere i costi di viaggio e ad affrontare i disagi legati allo spostamento o a subire le conseguenze

¹⁷¹ Vedi: IMPAGNATIELLO, ZINGALES, ZUCCONI GALLI FONSECA

della mancata partecipazione secondo quanto disposto dal vecchio testo dell'art. 8, comma 5, decreto legislativo 28 del 2010.

Quindi, l'opzione del legislatore di non prevedere, nella materia de qua, norme sulla competenza, permetteva all'attore di frustrare il diritto del convenuto di presenziare alla fase di mediazione e, conseguentemente, di comprimere il suo diritto di difesa.

La situazione di squilibrio e di asimmetria tra le posizioni delle parti era evidente; ed era una situazione che, peraltro, non poteva essere giustificata nemmeno evidenziando che la mancanza di norme sulla competenza consentiva all'attore di rivolgersi all'organismo ritenuto maggiormente efficiente.

Nel valutare gli interessi in gioco, è necessario dovere affermare che il diritto del convenuto di svolgere, agevolmente, la propria attività difensiva debba prevalere sull'interesse dell'attore di reperire e scegliere i mediatori più capaci.

Solo in parte il sospetto di incostituzionalità veniva, poi, attenuato dal fatto che l'art. 8, comma 5, del decreto legislativo «sanzionasse» l'inattività della parte solo nell'ipotesi in cui non sussistesse un «giustificato motivo»

La presenza di una tale clausola di salvezza □ pur risultando utile ed opportuna in quanto avrebbe potuto certamente permettere alla parte □debole□ di addurre, quale □giustificato motivo□ della mancata partecipazione alla fase di mediazione, proprio l'□impossibilità da affrontare i suddetti costi e disagi □ non era, infatti, idonea a compensare l'□assoluta libertà attribuita all'attore nella scelta dell'organismo di conciliazione ed a salvaguardare pienamente la posizione processuale delle altre parti.

Anche riguardo al problema della competenza territoriale il giudice di Palermo propone una lettura dell'art. 4 nella versione originaria del decreto n.28 alla luce della direttiva europea del 2008.

All'art. 1 di questa si legge che essa □ha l'obiettivo di 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□

Senza un criterio di competenza territoriale è difficile, ad avviso del giudice, ritenere che la normativa interna di cui al d.lgs. 28/2010 abbia realmente, come invece richiede la direttiva, □facilitato l'accesso

alla risoluzione alternativa delle controversie□ ed abbia □ promosso la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione□

L'istituto della mediazione ha tante più probabilità di successo quanto più si agevola la partecipazione dei litiganti, e ciò lo so può ottenere quanto più vicino è l'organismo di mediazione al luogo di residenza delle parti o, almeno, di quella debole. Quando invece si consente la scelta di una sede della mediazione lontana per la controparte, favorendo fenomeni di □ forum shopping□ e condotte opportunistiche, si favorisce di conseguenza l'insuccesso della procedura.

Alla luce di tutto ciò, il giudice di Palermo proponeva una lettura dell'art. 4 del decreto 28 conforme alla direttiva europea; la direttiva sembra richiedere un sistema che preveda criteri di competenza territoriale, e quindi, auspicava che la domanda di mediazione venisse formulata davanti ad un organismo sito nel luogo dove si trovasse il giudice competente per l'eventuale causa di merito. Questa soluzione interpretativa consentiva anche di non considerare travolto il principio del foro territoriale esclusivo del consumatore.

Il magistrato, inoltre, nel suo percorso argomentativo a sostegno della necessità di una competenza territoriale nel rispetto del foro inderogabile richiama anche un altro provvedimento normativo comunitario in cui si ravvisa tale necessità, ed è la raccomandazione 98/257/CE. La regola è la seguente: «La decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito». Ebbene, consentire al professionista di radicare la mediazione presso un foro mediativo diverso da quello inderogabile per il consumatore, sfocerebbe in una decisione dell'Organismo che priva l'avente diritto di una forma cogente di protezione giuridica, proprio in violazione del principio di legalità enunciato dalla raccomandazione a livello europeo. E se si considera che la mediazione può essere obbligatoria, in quei casi, in concreto, la violazione del foro di favore per il soggetto debole ha come effetto quello di dissuaderlo dalla tutela giurisdizionale, in quanto l'incremento dei costi e delle difficoltà per accedere al sistema pubblico di Giustizia comprimono la sua libertà di autodeterminazione verso la lite giudiziale rendendolo facilmente alla mercè della parte forte».

La lettura del vecchio articolo 4 del decreto 28 conforme alla direttiva del 2008, suggerita dal tribunale palermitano, sembra essere stata accolta dal legislatore italiano del 2013, il quale nella legge di conversione n. 98 ha riscritto l'art. 4 nel quale oggi si legge: «La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'art. 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia». A mio avviso, si riscontra nella norma anche l'influenza del legislatore comunitario il quale all'art. 5 della direttiva del 2013 afferma che «Gli Stati membri agevolano l'accesso alle procedura ADR da parte dei consumatori e garantiscono che le controversie oggetto della presente direttiva e che coinvolgono un professionista stabilito nei loro rispettivi territori possano essere presentate ad un organismo ADR che soddisfa i requisiti da essa stabiliti».

Con la riforma del 2013 è stato quindi inserito un criterio di competenza territoriale per gli organismi di mediazione.

Uno dei principali punti critici della precedente disciplina sulla mediazione era rappresentato dall'accettazione, da parte del legislatore italiano, della mediazione aggiudicativa quale esito «necessario» della

fallita mediazione facilitativa fra le parti. E tale punto critico e nodo problematico della precedente disciplina era stato individuato anche dal giudice palermitano.

Secondo quanto dispone l'art. 11 del decreto n. 28 del 2010 sia nella versione iniziale che in quella successiva alla riforma del 2013

«Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13.

La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle

dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 cod.civ., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.

Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.

Il giudice Ruvolo avanzava molte critiche alla norma di cui all'art. 11 del decreto 28 la quale prevedeva una "proposta" che il mediatore "poteva" formulare anche in assenza di richiesta concorde delle parti, proposta destinata potenzialmente ad incidere, in caso di fallimento della mediazione ed in base a quanto previsto dall'art. 13 del decreto legislativo, sul regime delle spese del successivo processo.

Ad avviso del giudice tale impostazione non era affatto in linea con quanto statuito dalla direttiva n. 52 del 2008: da alcune disposizioni di questa si evince chiaramente come il legislatore europeo valorizzi fortemente l'aspetto volontaristico della mediazione. Leggiamo all'art. 3, appunto, che la mediazione è *"un 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"*. Il considerando 10 prevede, poi, che la normativa europea in questione dovrebbe applicarsi *"ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore"*.

Ancora, al considerando 13 della direttiva si dice che *«la mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento»*

Il legislatore italiano, nell'originaria formulazione del decreto, accoglie una formula ibrida: è mediazione sia l'attività di facilitare l'accordo che quella di formulare la proposta. In sostanza, la mediazione italiana nel decreto 28 ante-riforma, abbracciava tanto le ADR facilitative quanto quelle aggiudicative.

I due modelli, in realtà, rappresentavano due fasi di uno stesso procedimento: nella fase facilitativa, il compito del mediatore è quello di guidare le parti nell'analisi degli interessi in conflitto, cercando di farle allontanare da una logica antagonista.

Nella fase aggiudicativa, invece, egli assume un ruolo completamente diverso: la conciliazione spontanea ha fallito ed il mediatore, nell'atto di formulare una proposta, acquista caratteri molto più vicini a quelli di un giudice. Il mediatore è, infatti, chiamato a valutare la fondatezza delle rispettive pretese, prendendo posizione

sulle stesse, con la formulazione di una proposta che costituisca l'equo contemperamento dei contrapposti interessi. Nulla questione qualora fossero state le parti a chiedere congiuntamente al mediatore di proporre una soluzione perché, in tal caso, il principio volontaristico, che è uno dei valori che sono alla base della mediazione, è salvo. È una scelta che le parti compiono consapevoli delle conseguenze cui vanno incontro. Dunque perfettamente in linea con quanto statuito dalla direttiva del 2008.

Invece, la previsione, per il caso di accordo amichevole non raggiunto, di un'appendice del procedimento di mediazione che le parti non gestiscono più e che si sottrae al principio dispositivo fondata sulla proposta del mediatore e finalizzata a forzare l'accordo anche con l'informazione alle parti circa le possibili conseguenze sul piano delle spese processuali della mancata accettazione della proposta, ad avviso del Tribunale di Bagheria, non è in linea con i principi enucleati dalle norme della direttiva del 2008.

Tale impostazione del sistema della mediazione rischiava, infatti, di concedere eccessivi poteri al mediatore, la cui proposta contro la volontà delle parti poteva avere rilevanza in sede di disciplina delle

spese giudiziali. Non si comprendeva per quale motivo le parti avrebbero dovuto potere subire tali conseguenze per avere rifiutato una proposta da loro mai sollecitata. Né era agevole delimitare i confini di questo potere riconosciuto al mediatore, il quale avrebbe potuto formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una delle parti.

E per questo motivo che il giudice di Palermo, già nel 2011 proponeva una lettura della norma, di cui all'art. 11 del decreto 28 del 2010, conforme alla direttiva europea del 2008: secondo tale lettura, il mediatore, nel caso in cui l'accordo amichevole, non fosse stato raggiunto dalle parti, avrebbe potuto formulare una proposta di conciliazione, salvo che le parti gli avrebbero chiesto congiuntamente di non farlo, ritenendo esse stesse, sulla base della loro volontà, di porre fine al procedimento di mediazione.

Una diversa interpretazione, infatti, avrebbe come già detto, concesso eccessivi poteri al mediatore, la cui proposta può avere rilevanza in sede di disciplina delle spese giudiziali, con la conseguenza che le parti potevano non essere spinte a trovare una comune soluzione ma, al contrario, a rendere evidente la giustizia

delle proprie ragioni, per indurre il mediatore ad accogliere il più possibile le proprie richieste in sede di eventuale formulazione della proposta.

Le parti, in questo modo, sarebbero state spinte a perorare la propria causa in ogni modo, entrando ulteriormente in collisione fra esse per determinare nella misura massima possibile una determinazione favorevole alla propria posizione, in considerazione dell'influenza che avrebbe avuto, nel prosieguo della causa, la proposta formulata dal mediatore.

3.5 L'ordinanza del giudice di pace di Mercato San Severino.

Ai fini della nostra indagine sull'istituto della mediazione italiana alla luce della normativa europea, sembra opportuno ricordare un'altra ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, non tanto perché, a differenza di quanto è successo con l'ordinanza di rinvio del giudice di Palermo, ha inciso profondamente sulla riformulazione delle norme sulla mediazione da parte del legislatore italiano del 2013,

quanto perché richiama una sentenza della stessa Corte di giustizia UE del 2010, la c.d. Sentenza Alassini, la quale contiene una riflessione molto significativa relativa all'istituto della mediazione obbligatoria e che costituisce un punto di riferimento importante ai fini dell'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, ancor più dopo il decreto del fare che ha reintrodotto, dopo la dichiarazione di incostituzionalità da parte della Consulta, il tentativo obbligatorio.

Il 27 giugno del 2013 la Corte di Giustizia aveva rigettato l'ordinanza per irrilevanza della questione dal momento che, dopo il rinvio pregiudiziale era intervenuta la sentenza della Consulta che aveva cassato le norme sull'obbligatorietà.

Il giudice aveva sollevato questione pregiudiziale circa la compatibilità tra il diritto dell'UE e in particolare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e la disciplina della mediazione, in particolare per quanto concerne i profili:

- a) delle sanzioni che scattavano nel successivo processo davanti al giudice, quelle "processuali" contemplate per la parte che

rifiuta, senza giustificato motivo, di partecipare alla mediazione e quelle economiche in punto ripetizione spese;

- b) dei tempi del procedimento di mediazione;
- c) dei costi, che sarebbero stati almeno doppi rispetto a quelli del processo che si svolge innanzi al giudice.

Egli riteneva, che contrasse con i principi espressi dalla CEDU agli articoli 6 e 13, con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e ancora con quanto statuito dall Direttiva n. 52 del 2008 buona parte della normativa contenuta nel decreto n. 28 del 2010e in particolare i seguenti punti:

- 1) il fatto che il giudice potesse desumere, nel giudizio successivo alla mediazione, argomenti di prova a carico della parte che ha mancato di partecipare, senza giustificato motivo, ad un procedimento di mediazione obbligatoria;
- 2) il fatto che il giudice dovesse escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che avesse rifiutato una proposta di conciliazione, riferibili al periodo successivo alla

formulazione della stessa, condannandola al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo etc.

- 3) il fatto che il giudice, per gravi ed eccezionali motivi, potesse escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto, anche se il provvedimento che definisce il giudizio non corrispondesse interamente al contenuto della proposta;
- 4) il fatto che il mediatore dovesse formulare una proposta di conciliazione anche in mancanza di accordo delle parti ed anche in caso di mancata partecipazione delle parti alla procedura;
- 5) il termine della mediazione protratto fino a quattro mesi;
- 6) e in generale il costo della procedura di mediazione, ad avviso del giudice, due volte più elevato di quello del processo giurisdizionale che la procedura di mediazione mirerebbe a scongiurare.

Ora, proprio in riferimento ai termini della mediazione, ad avviso del giudice troppo lunghi, vi è il richiamo alla sentenza della Corte di

giustizia 18 marzo 2010, che si occupava di disciplinare le controversie in materie di telecomunicazioni elettroniche tra utenti ed operatori, derivanti dal mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti.

Il giudice di San Severino, ritenendo troppo lunghi i tempi della mediazione ed in particolare il termine di quattro mesi previsto dalla disciplina iniziale del decreto 28 (ora ridotti a tre), dal momento che non è escluso a suo avviso, che i procedimenti di mediazione possano moltiplicarsi, con conseguente moltiplicazione dei tempi di definizione della controversia, in riferimento a ciò ritiene sussista anche una violazione di un principio espresso dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza richiamata ed in particolare di quello in cui si afferma che *«le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono (□) rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico»*.

Ad avviso del giudice gli eccessi *«costi»* del procedimento e i termini troppo lunghi, violerebbero quanto statuito sia dalla Corte di giustizia, sia quanto espresso dalla stessa CEDU agli art. 6 e 13 e dalla

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 47, le quali entrambe mirano a garantire l'effettività del diritto di difesa a favore delle parti, che deve poter essere espletato anche attraverso il ricorso a procedure alternative.

Ora, a mio avviso, la sentenza Alassini, riveste notevole importanza, in quanto, in linea con quanto statuito dalla direttiva comunitaria del 2008, si esprime in senso favorevole alla mediazione che riveste il carattere dell'obbligatorietà come quella presente fin dal 2010 nell'ordinamento italiano.

Nella massima della sentenza leggiamo che «L'articolo 34 della direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori[]devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali»

Ancora *Infatti, l'art. 34 n. 1 di tale direttiva, assegna agli Stati membri l'obiettivo di introdurre procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate da detta direttiva. Pertanto, il fatto che una normativa nazionale non solo abbia introdotto una procedura di conciliazione extragiudiziale, ma abbia per di più reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima, prima del ricorso ad un organo giurisdizionale, non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo sopra menzionato. Al contrario, una normativa siffatta, poiché garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l'effetto utile della direttiva servizio universale.*

Ancora al punto n.2 della massima la Corte suffraga con forza ancor maggiore la sua tesi dicendo: *I principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone, per controversie in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti dalla direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, il*

previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purchè la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone

Rileggendo questo passaggio della massima, trovo a mio avviso, l'attuale normativa sulla mediazione in linea non solo quanto espresso dalle direttive del 2008 e del 2013, ma anche con quanto espresso dalla stessa Corte di giustizia. Dalle parole della corte si evince il favor conciliationis e non di boccia l'obbligatorietà della stessa quale sua modalità di svolgimento, anzi se ne promuove l'adozione proprio in vista del favor conciliationis. Quello che la corte critica è una mediazione obbligatoria che possa condurre ad una decisione vincolante per le parti come accadeva nella vecchia versione di cui all'art. 11 del decreto. Sulla base di tale norma la mediazione facilitativa sfociava in aggiudicativa essendo in qualche modo le parti

vincolate alla proposta del mediatore pur di sottrarsi al conseguente regime delle spese.

Inoltre la Corte conclude dicendo che il tentativo obbligatorio di mediazione non viola il principio della tutela giurisdizionale effettiva espresso dall'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali i quanto, dice la corte, *«i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza dei diritti così garantiti.»*

3.6 L'incidenza della sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012 sulla irricevibilità dei rinvii pregiudiziali sulla disciplina italiana della mediazione. Il persistere del loro valore culturale sull'evoluzione della disciplina interna.

Con l'interpretazione proposta dal Tribunale palermitano e conforme alla normativa europea, la vecchia versione della normativa

italiana sarebbe risultata compatibile pure con il principio europeo dell'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario espresso dall'art. 1 della direttiva del 2008.

Tale equilibrata relazione sarebbe difficilmente configurabile in un sistema che preveda tutta una serie di conseguenze negative, a livello di spese processuali, per il caso di mancata accettazione della proposta avanzata dal mediatore nonostante le parti gli avessero chiesto di non formularla.

Allo stato attuale, l'insieme delle norme di cui consta l'attuale versione del decreto 28 non affronta esplicitamente il problema sollevato dal giudice di Bagheria dinnanzi alla Corte di giustizia UE e proposto nell'analisi appena condotta e cioè se, anche alla luce dei mutamenti intervenuti nella disciplina della mediazione dopo la riforma del 2013, il sistema abbia riconosciuto alle parti il potere di privare concordemente il mediatore della potestà di avanzare la proposta.

Il tema è di notevole rilievo sotto due profili: in primo luogo, per capire se l'attuale riforma sulla mediazione è in linea con i principi espressi dalla direttiva europea del 2008, e in particolare con quello

volontaristico espresso dall'art. 3, come auspicato dal giudice palermitano, e ora anche con i principi espressi dalla recentissima direttiva del 2013 sempre sul tema delle ADR la quale all'art. 1 esplicitamente dispone che: «L'obiettivo della presente direttiva è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo che i consumatori possano, *su base volontaria*, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci»]. La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario»;

in secondo luogo, per cogliere esatta nuova identità dell'istituto e la direzione in cui si sta muovendo, al fine di capire se davvero si potrà raggiungere l'obiettivo espresso sia in entrambe le direttive comunitarie che nella famosa legge delega del 2009, e cioè quello di ottenere un deflazionamento del contenzioso giudiziario.

Alla luce dell'attuale riforma non credo possa negarsi, a differenza di quanto accadeva prima della riforma, il potere delle parti di privare il mediatore della potestà di formulare la proposta.

Leggendo l'art. 11 dell'attuale versione del decreto nulla sembra essere mutato rispetto al passato; in realtà, leggendo l'articolo in combinato disposto con la nuova formulazione dell'articolo 8 si evince chiaramente come il legislatore italiano del 2013 escluda radicalmente lo svolgimento del tentativo — inclusa la proposta del mediatore — quando le parti negano ci sia la possibilità di conciliare.

L'articolo 8, infatti, norma generale che si applica tanto ai tentativi obbligatori che a quelli facilitativi, prevede una sorta di interpellato preliminare delle parti che, in caso di esito negativo, esclude lo svolgimento della mediazione. La nuova formulazione così dispone: «Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento»

Da una lettura attenta della norma in combinato disposto con l'articolo 11 del decreto, si può evincere che, il potere apparentemente riconosciuto in generale al mediatore di formulare la proposta è, invece, subordinato, all'avvio effettivo della mediazione, che ha luogo solo superato il primo scoglio.

Ora, se le parti possono privare il mediatore della potestà di avviare lo svolgimento del tentativo, per quanto obbligatorio, dovrebbe ammettersi, conseguentemente, che esse possono consentirlo ma in termini squisitamente facilitativi, onde sottrarsi agli effetti deterrenti della proposta. Ritenere diversamente significherebbe indurle, per il fatto di non volere la mediazione aggiudicativa, pur volendo invece esplorare la via facilitativa, a stroncare sul nascere il tentativo, facendosi scudo della previsione di cui all'art. 8.

A sostegno di questa tesi soccorre, inoltre, la nuova formulazione dell'art. 5 del decreto 28 il quale al comma 2bis introdotto dalla riforma del 2013, si legge che "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinnanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"

Si prevede, dunque, una *fictio* di avveramento della condizione di procedibilità in caso di mancato raggiungimento dell'accordo al primo incontro preliminare. La norma, va dunque intesa nel senso di considerarsi avverata la condizione di procedibilità pur quando le parti abbiano negato a priori la possibilità di conciliare.

Dunque, il tentativo obbligatorio fa a meno della proposta quale suo elemento costitutivo, così come fa a meno addirittura dell'effettivo avvio del procedimento conciliativo in termini pratico-funzionali. Un elemento di evidente svalutazione della proposta, laddove avrebbe potuto svolgere, come si voleva in passato, la sua sinistra forza di deterrenza dal persistere della volontà di litigare.

E' questa sicuramente, l'innovazione più importante della riforma, che permette alle nuove norme sulla mediazione di rispondere alle finalità e ai principi espressi dalle due direttive comunitarie, rispettivamente quella del 2008 e quella del 2013, le quali, come statuito nella stessa direttiva del 2013 si applicano in combinato disposto, valorizzando così l'aspetto facilitativo della mediazione in maniera più netta rispetto al passato.

Sulla base di questa interpretazione, il mediatore potrà sì formulare la proposta ma solo in presenza di due requisiti: in primo luogo lo svolgimento del tentativo deve essere avviato (e quindi voluto) dalle parti, le quali hanno espresso «in limine» che esiste la possibilità di conciliare; in secondo luogo le parti non devono avere fatto uso del potere di privare il mediatore della potestà di formulazione della proposta.

CAPITOLO QUARTO.

LE NOVITÀ INTRODOTTE ALLA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE DAL DECRETO 21 GIUGNO 2013 n.69 C.D. "DEL FARE" CONVERTITO IN LEGGE N.98 DEL 2013.

4.1 Rassegna delle principali novità previste dalla riforma del 2013.

Il 15 giugno del 2013 il Consiglio dei ministri ha approvato il c.d. Decreto del fare, un decreto legge recante misure urgenti in materia di crescita.

I vari interventi ivi previsti, come sottolineato dal Presidente del Consiglio, rispondono sulla base delle sei Raccomandazioni rivolte all'Italia dalla Commissione europea il 29 maggio 2013 nel quadro della procedura di coordinamento delle riforme economiche per la competitività all'esigenza, tra l'altro, di abbreviare la durata dei

procedimenti civili, riducendo l'alto livello del contenzioso civile e promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali¹⁷².

In tale ambito d'intervento rientrano anche le novità in materia di mediazione civile e commerciale.

Il Capo VIII del nuovo intervento normativo, rubricato *«Misure in materia di mediazione civile e commerciale»* infatti, reca (art. 23) rilevanti modifiche al Decreto legislativo 4 marzo 2010 n.28.

Come noto il richiamato D.Lgs. n. 28 del 2010 aveva originariamente previsto quattro ipotesi di mediazione:

- la mediazione facoltativa, in cui le parti scelgono liberamente, senza alcun obbligo, di tentare di raggiungere amichevolmente un accordo risolutivo della loro lite tramite il procedimento di mediazione;
- la mediazione demandata, in cui le parti, nel corso di un processo già iniziato, vengono invitate dal giudice a tentare il percorso di mediazione, restando libere di aderire o meno a tale invito. Disponeva, infatti, il testo dell'art. 5, comma 2, nella versione

¹⁷² Consiglio dei Ministri, Comunicato Stampa, 15 giugno 2013, (Consiglio dei ministri n.9).

originaria del 2010, che il giudice *“valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione”*; inoltre, *“se le parti aderiscono all’invito”*, il giudice dispone un rinvio di udienza.

- La mediazione concordata : nell’ambito di un contratto o di uno stato ovvero di un atto costitutivo di un ente, viene prevista una clausola di mediazione o conciliazione la quale prevede che, in caso di controversie tra le stesse, dovrà essere esperito, prima di rivolgersi al giudice il procedimento di mediazione.
- La mediazione obbligatoria: le parti sono tenute ex lege, prima di rivolgersi al giudice, ad esperire il procedimento di mediazione.
- Pertanto, per quanto qui rileva, l’esperimento del tentativo di mediazione, come disegnato dal legislatore delegato del 2010, costituisce (relativamente alle controversie vertenti nelle materie elencate dal medesimo art. 5 comma 1 D.lgs. n. 28 del 2010) condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Con sentenza n. 272 del 2012, come già approfondito, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di tale ultima

ipotesi di mediazione per violazione degli articoli 76 e 77 della Cost. , ovvero per eccesso di delega legislativa, senza dunque analizzare le censure di incostituzionalità dell'obbligatorietà della mediazione rispetto all'art.24 Cost., con la conseguenza che la disciplina della mediazione obbligatoria, e a maggior ragione l'istituto della mediazione in generale, appare non avere subito alcuna bocciatura per così dire sul piano sostanziale, non risultando pertanto inficiata, né giuridicamente, né concettualmente, la bontà dell'istituto in analisi.

Ora, il Decreto legge approvato lo scorso 15 giugno dal Consiglio dei ministri, reintroduce l'ipotesi della condizione di procedibilità connessa alla mediazione.

Pertanto, nuovamente (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010) dispone che :

- a) chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia vertente nelle materie elencate del medesimo art. 5, comma 1 è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione. Con il nuovo art. 5, comma 1 in parola, viene dunque reintrodotta il meccanismo previsto dal legislatore delegato del 2010, confermando peraltro che, in alternativa al

procedimento di mediazione, può essere esperito [il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate]

- b) [l'esperimento del procedimento di mediazione [è condizione di procedibilità della domanda giudiziale]
- c) [l'eventuale improcedibilità [deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza]

Inoltre, il medesimo comma 1 dispone, come già previsto dal testo dello stesso comma prima della richiamata pronuncia di incostituzionalità del 2012, che:

- d) [il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art.6]

e) allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione

Il nuovo testo dell'art. 5, comma 1 in commento riporta, l'elenco delle materie le cui controversie risultano assoggettate alla mediazione obbligatoria.

Tali materie sono le medesime previste dalla versione originaria del 2010, ad eccezione delle controversie vertenti in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, materia non più rientrante nella disciplina della mediazione obbligatoria.

Viene poi inserito un ulteriore passaggio procedimentale: un primo incontro tra le parti che il nuovo testo dell'art. 8, comma 1, definisce di "programmazione". In esso, il mediatore verifica con le parti le possibilità di proseguire il tentativo di mediazione.

Pare pertanto si tratti di una sorta di seduta filtro potendosi intravedere una qualche assonanza con la recente modifica dell'appello civile di cui agli artt. 348 bis e 348 ter c.p.c. - sebbene

qui l'obiettivo non sia l'indagine in ordine alla ragionevole probabilità dell'impugnazione di essere accolta, bensì è quello di permettere al mediatore di verificare, con le parti, la concreta possibilità (e dunque, in certi termini, la ragionevolezza) di intraprendere un percorso conciliativo¹⁷³.

Il procedimento di mediazione, pertanto, si arricchisce di tale nuova fase, all'esito della quale potrà aversi o il proseguimento del procedimento di mediazione □ e dunque lo svolgimento della mediazione vera e propria □ che a sua volta potrà concludersi o meno con l'accordo conciliativo; oppure la decisione del mediatore di non proseguire nella mediazione.

Stante il tenore letterale della disposizione in parola, pare doversi ritenere che il parametro in base al quale il mediatore è chiamato a svolgere l'indagine in ordine alla possibilità di proseguire il tentativo di mediazione non debba essere legato tanto ad elementi oggettivi connessi alla natura della controversia o al grado di complessità della lite (sebbene l'istituto della mediazione trovi applicazione solo con

¹⁷³ La scelta operata dal legislatore sembra riprendere, la struttura tipica dei principali modelli di mediazione familiare, i quali prevedono una prima fase del procedimento all'interno della quale il mediatore verifica con le parti, in generale, la sussistenza dei c.d. presupposti o prerequisiti di mediabilità, ovvero l'insussistenza di impedimenti a procedere alla mediazione.

riferimento alle controversie vertenti su diritti disponibili), né alla probabilità di raggiungere un accordo conciliativo; si ritiene invece, che l'indagine debba coinvolgere il profilo soggettivo in ordine alla possibilità del ripristino di un seppur minimo grado di comunicazione tra le parti che renda quindi possibile lo svolgimento della mediazione.

Tale prima seduta, pertanto, non pare possa essere considerata come una mera attività informativa del mediatore nei confronti delle parti sul funzionamento della mediazione, né come mera occasione data alle parti di esprimere la propria volontà ad intraprendere un percorso di mediazione; si ritiene invece che già questa prima fase sia una vera e propria seduta di mediazione, ispirata alla ratio dell'istituto, gestita da un professionista della mediazione e finalizzata al proseguimento del procedimento (tanto che lo stesso testo dell'art. 8 parla di "possibilità di proseguire" e non di iniziare "il tentativo di mediazione").

Invero, la natura di tale primo incontro non è, per così dire, una novità assoluta in tema di mediazione (trattandosi, per l'appunto, di un incontro propedeutico programmatico al proseguimento della

mediazione da molti mediatori già solitamente svolto); la nuova norma, inoltre, pare non voglia entrare nel campo della mediazione inserendo aspetti per così dire formalistici contrari al principio della libertà di forma del procedimento di mediazione ed alla natura dell'istituto.

Si ritiene allora che l'obiettivo perseguito sia quello di attribuire una rilevanza esterna al primo incontro di mediazione con riferimento a quando l'avvenuto svolgimento della mediazione assume rilevanza giuridica (si pensi al caso della mediazione obbligatoria o a quella demandata, secondo il nuovo art.5, comma 2, D.lgs. n. 28 del 2010): qualora quindi venga svolto il primo incontro ed ivi verificata l'impossibilità di proseguire il tentativo di mediazione, pare quindi che il procedimento di mediazione dovrà ritenersi esaurito (anche ai fini dell'istituto dell'improcedibilità della domanda). Di contro, allora, parrebbe doversi ritenere che al medesimo fine tale primo incontro debba necessariamente essere svolto.

Da ultimo si ricorda che l'incontro in parola è fissato dal responsabile dell'organismo non oltre trenta giorni dal deposito della domanda.

Il Decreto legge in parola reintroduce (all'art. 4, comma 3 D.Lgs. n.28 del 2010) l'obbligo per l'avvocato di informare l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Di assoluto rilievo sono le modifiche introdotte in tema di mediazione demandata dal giudice. Come ricordato, la versione originaria del D.lgs. n. 28 del 2010 prevedeva, all'art. 5 , comma 2, (comma tra l'altro non scalfito dalla pronuncia della Consulta) la possibilità in primo luogo per il giudice, [valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti] di invitare le stesse a procedere alla mediazione; in secondo luogo, prevede la possibilità per le parti di aderire o meno a detto invio.

Il Decreto del fare regola in modo assai differente l'istituto, sostituendo alla disciplina sopra richiamata quanto segue:

- a) il giudice, sempre alla luce della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti, può (non più invitare, bensì) disporre l'esperimento del procedimento di mediazione: in tal caso, precisa la novella, l'esperimento del

procedimento di mediazione diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tale novella pare volta ad agevolare la diffusione della mediazione demandata o, più precisamente, il raggiungimento degli accordi conciliativi nell'ambito della mediazione demandata.

Si osservi, tuttavia, che l'obbligatorietà della mediazione su invio (e non più su invito) del giudice, comporterà, tra l'altro, un diverso approccio soggettivo e psicologico delle parti che si siederanno al tavolo della mediazione: ciò non solo in quanto obbligate a sedersi a tale tavolo, ma anche perché tale obbligo proviene dal giudice che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo, sarà competente a decidere (con sentenza) la loro controversia.

- b) Non si parla più di "invito rivolto alle parti" ma di un semplice "provvedimento" del giudice (che rimane adottabile prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa).
- c) Col provvedimento di invio alla mediazione, il giudice indica l'organismo di mediazione.

Anche tale novità risulta di assoluto rilievo, tanto sul piano pratico, quanto su quello teorico: l'organismo di mediazione (e di riflesso il mediatore) non è più scelto in questo caso dalle parti, avvicinandosi tale figura, per certi versi, agli istituti della consulenza tecnica d'ufficio o degli ausiliari del giudice (c.p.c. art. 68); tali professionisti, infatti, sono scelti dal giudice, a differenza di quanto di consueto avviene per l'organismo di mediazione, scelto, appunto, dalle parti in lite.

Viene aggiunto il comma 4 bis all'art. 16 D.lgs. n. 28 del 2010, a norma del quale «gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori».

Sul punto può da un lato osservarsi come in tal modo sia stata riconosciuta l'indubbia professionalità e competenza in tema di negoziazione in capo agli avvocati. D'altro canto va però osservato come la natura intima della mediazione differisca dall'attività di negoziazione, necessitando, invece, di professionalità e competenze peculiari.

La durata della mediazione viene abbassata da quattro a tre mesi.

Inoltre il nuovo Decreto legge:

- Aggiunge che la disciplina della mediazione obbligatoria e di quella demandata dal giudice non trova applicazione nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 bis del codice di procedura civile.
- Reintroduce all'art. 8, il seguente comma 5 la disposizione secondo cui «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio»
- Aggiunge all'art. 12, comma 1, in tema di omologazione del verbale di accordo e della sua efficacia esecutiva, che detto verbale deve essere «sottoscritto dagli avvocati che assistono tutte la parti»

- Reinserisce le disposizioni in tema di spese processuali i in particolare le disposizioni di cui:
 - a) all'art. 11 , comma 1, secondo cui prima della formulazione della proposta , il mediatore è tenuto ad informare le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13;
 - b) all'art. 13, comma 1, secondo cui: «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 92 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'art. 8, comma 4»

- c) all'art. 13, comma 2, secondo cui: «quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente;
- d) All'art. 13, comma 3, secondo cui, salvo diverso accordo, le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

In ultimo il legislatore del 2013, riqualifica la nozione di mediazione al fine di «rispondere» alle aspettative europee sull'istituto e in conformità alla natura più profonda di esso quale effettivo strumento di a.d.r..

Leggiamo all'art. 1 del decreto 28 nella sua attuale formulazione che la mediazione è «*attività comunque denominata svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più parti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione delle*

controversie, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa

Le intenzioni del legislatore italiano del 2013 sono quelle di rendere la mediazione più accentuatamente facilitativa che aggiudicativa escludendo la sistematicità della proposta. Anche nella vecchia versione, tuttavia, può ritenersi che l'originaria dizione dell'art. 11, nello stabilire una priorità cronologica alla conciliazione facilitativa prevedendo, dopo il fallimento della stessa, la formulazione della proposta, contenesse idealmente quell'«anche» che il nuovo articolo 1 contiene a favore della più paratattica coordinazione con il «sia...sia». Tuttavia, in quel sistema la proposta conseguiva pressoché automaticamente al fallimento della mediazione facilitativa, rendendo sistematica l'evoluzione in aggiudicativo del procedimento.

La nuova disposizione di cui all'art. 1 va tuttavia letta in combinato disposto con altre due norme:

- a) l'art. 5, nel suo nuovo comma 2 bis;
- b) l'art. 8, nel suo nuovo comma 2, lettera f) terzo periodo.

4.2 Il riavvicinamento della disciplina italiana alla concezione dell'istituto conciliativo secondo il legislatore europeo: l'alleggerimento del regime dell'obbligatorietà.

Sembra adesso opportuno concentrare l'attenzione su due aspetti molto importanti della riforma del 2013 e cioè, il primo incontro preliminare delle parti, e la mediazione delegata dal giudice, che hanno permesso all'istituto della mediazione di assumere un nuovo volto e di rispondere maggiormente rispetto al passato alle istanze emerse in sede di normativa comunitaria e da cui si evince il favor del legislatore del 2013 verso un modello di mediazione facilitativa piuttosto che aggiudicativa.

Al primo incontro preliminare, l'art.5 comma 2 bis dispone:
«quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo»

Da questo si dovrebbe desumere che è necessario ricercare e raggiungere l'accordo che va a definire la lite sin dal primo incontro. Ciò risponderebbe anche al favor espresso verso la forma facilitativa

della mediazione non solo dalle norme della direttiva del 2008 ma anche dalle norme della direttiva del 2013 che si leggono ed applicano in combinato disposto secondo quanto specificato dalla stessa direttiva n. 11 del 2013.

Il successivo e nuovo articolo 8, quarto periodo, viceversa, prevede che: *□il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento□*

Da questa disposizione discenderebbe, viceversa, che la finalità non è tanto quella di raggiungere l'accordo definitivo, bensì quella di dare alle parti ed ai loro avvocati gli strumenti per esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura.

Ad una prima lettura sembra emergere un contrasto tra le due disposizioni, sia per quanto attiene alla finalità, sia per la previsione contenuta nell'art. 8 per cui le parti debbono esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura, con ciò escludendo che questa fase possa considerarsi parte integrante alla procedura.

Interpretando letteralmente il dato normativo possiamo ritenere che tale fase sia un incontro prodromico alla successiva mediazione paragonabile a quegli incontri c.d. "orientativi" già presenti nella disciplina di altri paesi o, per restare all'esperienza italiana, in alcuni modelli di mediazione familiare. E a questi, stante il silenzio della legge, ritengo sia bene riferirsi per dare un contenuto specifico all'incontro.

Nel c.d. modello facilitativo, ma non solo, di mediazione familiare l'esperienza insegna l'utilità di un incontro di "pre-mediazione" finalizzato a quattro obiettivi:

- valutare se il percorso di mediazione sia appropriato o meno;
- rendere chiari gli obiettivi della mediazione;
- definire i ruoli;
- instaurare un buon rapporto.

Tale incontro, nell'ambito della mediazione familiare, è fondamentale per permettere alle parti di valutare l'opportunità, la motivazione, le risorse, le condizioni per intraprendere o meno il percorso di mediazione familiare.

Dall'altro lato tale incontro è utile anche per il mediatore per valutare se la coppia è effettivamente mediabile, ovvero se sussistono le condizioni minime per potere intraprendere il successivo percorso di mediazione:

Tale esperienza appare efficace anche per la mediazione civile poiché viene a riempire il vuoto che la norma lascia in tema di contenuto e finalità del nuovo primo incontro, ovvero finalizzarlo a dare gli strumenti necessari alle parti, ed ai loro avvocati, per valutare se la mediazione sia lo strumento più efficace per gestire la lite e, laddove ciò si avveri, per raggiungere un accordo che, espressione di volontà, dia l'inizio alla mediazione vera e propria.

A tale conclusioni si perviene coordinando i due dati normativi nel tentativo di superare l'apparente contrasto più sopra rilevato.

Infatti, una lettura più omogenea e razionale della disciplina che si sta delineando, induce a ritenere che l'accordo di cui all'art. 5 , comma 2 bis, non sia altro che l'incontro positivo della volontà delle parti di intraprendere il percorso di mediazione, espresse all'esito dell'incontro come disposto dall'art. 8.

Una tale interpretazione, non solo permette di superare il contrasto ma sottolineerebbe la natura negoziale della mediazione fondata sulla volontarietà intesa quale espressione di autonomia contrattuale che, come noto, va intesa, nel suo più ampio significato, come libertà di concludere o meno il contratto, scegliere la persona del contraente, stabilirne il contenuto, concludere contratti atipici etc.

La manifestazione di volontà deve essere caratterizzata dalla libertà e dalla consapevolezza della decisione, e quindi è necessario che i soggetti coinvolti vengono dotati di tutti gli strumenti per valutare l'opportunità di curare i propri interessi personali e patrimoniali ed individuare l'approccio migliore.

Dunque l'obiettivo di tale incontro a seguito di tale ricostruzione dovrebbe essere quello di chiarire ogni aspetto dell'istituto affinché le parti prendano una decisione consapevole, che permetta loro di assumersi la responsabilità della relativa scelta, dunque una sorta di rafforzativo dell'autonomia privata.

A tale risultato si può pervenire unicamente se ed in quanto le parti partecipano personalmente e siano direttamente attori coinvolti dell'incontro.

Come si è testè ricordato la natura negoziale della mediazione escluderebbe la possibilità che le parti deleghino ad altri la decisione sull'opportunità di come meglio curare i rispettivi interessi personali e patrimoniali; del resto nessuno meglio delle parti stesse sa cosa è meglio per sé.

Se la logica ed il buon senso ci suggeriscono l'efficacia di tale modalità operativa, il testo normativo corrobora tale impostazione, l'art. 8 dispone infatti che «al primo incontro e agli incontri successivi [] le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato» ed ancora «durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti» ed infine «invita le parti ed i loro avvocati[]».

La formulazione, pur lasciando ampi margini di interpretazione, nel rimarcare la contemporanea presenza di parte ed avvocato, quali distinti soggetti destinatari dei chiarimenti e degli inviti del mediatore, appare orientata a prevedere la partecipazione personale. Perli l'uno al fianco dell'altro non può che comportare la necessaria e contemporanea partecipazione sin da questo incontro orientativo.

L'istituto mediativo stante la sua natura negoziale, può funzionare se ed in quanto le parti, ovvero coloro che sono

emotivamente coinvolti e maggiormente interessati alla vicenda conflittuale, vengono messi in condizione di prendere affettiva coscienza delle opportunità che la mediazione offre loro, e quindi prendere una decisione ponderata assumendosi la responsabilità della scelta senza delegarla ad altri.

Altra novità prevista dalla riforma è che la parte, pur presente personalmente, deve partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Tale assistenza, non deve essere confusa con la difesa tecnica propria del processo, non avendo la mediazione, come si è più volte ribadito, una natura processuale, bensì negoziale.

Un'ordinanza del Tribunale di Lamezia Terme del 2011, ha chiarito che *«Il fatto che il D.lgs.28 del 2010 non preveda la necessaria assistenza di un difensore, infatti, non significa che alla parte sia vietato avvalersi di un avvocato nel corso della procedura e, comunque, come ha osservato attenta dottrina, la mediazione opera su un piano esclusivamente negoziale, potendo sotto tale profilo, essere*

*avvicinata alla disciplina dell'arbitrato, in cui non è prevista per le parti l'assistenza obbligatoria dell'avvocato*¹⁷⁴.

Fermo quanto sin qui detto possiamo scorgere nel termine usato dal legislatore un'attività di natura prettamente stragiudiziale che possiamo definire, per usare la terminologia della relazione illustrativa del D.lgs. 28/2010 *[] nella definizione di mediazione [] l'elemento caratterizzante è dato dalla finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale di una controversia*

Questa modalità, processual-civilisticamente parlando, consiste in un'attività tecnica rapportabile all'individuazione della linea difensiva e della strategia *[] processuale* che, però, si distingue nettamente dal ministero della difesa.

L'assistenza dell'avvocato dunque deve essere intesa nel senso di un affiancamento di tipo tecnico e razionale all'attività di negoziazione interna alla mediazione.

In sostanza, nella fase antecedente l'incontro, inquadrato e descritto il procedimento, sarà onere dell'avvocato suggerire al proprio cliente le circostanze a proprio favore, sulle quali soffermarsi

¹⁷⁴ Ord. 1.08.2011, Trib. Lamezia Terme, G.I. dott.ssa Ianni.

e puntualizzare in sede di incontro, e quali sfavorevoli, che potrebbero essere portate in giudizio dalla controparte; a fronte di ciò, potrà valutare cosa esporre al mediatore in contraddittorio con la controparte e cosa tenere per le sessioni separate.

E' quindi affidata all'avvocato la strategia dell'incontro stabilendo con il proprio assistito l'approccio da tenere nelle varie sessioni. L'assistenza dell'avvocato in quest'ottica, ovvero finalizzata all'individuazione della linea da tenere e della strategia negoziale, ma senza il potere di rappresentanza, appare rapportabile all'assistenza di cui all'art. 82 c.p.c. nella distinzione tra assistenza e ministero di difensore.

Laddove il ministero consiste essenzialmente nella rappresentanza processuale della parte e del compimento delle attività ad esse connesse, il patrocinatore nell'attività giudiziale esercita sempre il ministero di difensore al fine di far valere i diritti e le posizioni processuali della parte.

In sostanza si deve ritenere che all'avvocato non venga affidata la difesa tecnica propria del ministero mancando nell'ambito stragiudiziale e negoziale lo jus postulandi. Da ciò, e da quanto detto,

deriva l'obbligatoria presenza del titolare del diritto soggettivo oggetto della mediazione, salva ovviamente la procura notarile a negoziare.

La mediazione è, di fatto, una ricerca di interscambi che creino valore aggiunto ed in quanto tale nel proprio ambito di natura evidentemente contrattuale l'avvocato affianca e non sostituisce il proprio assistito. L'avvocato/consulente avrà, comunque, una funzione centrale poiché sarà comprimario della parte per la creazione del valore, supportando il proprio assistito e vigilando a che i diritti dello stesso non siano lesi in alcun modo.

Un'importante innovazione contenuta nell'art. 84 del DL 69 del 2013 e che è passata sostanzialmente indenne nel percorso di conversione attiene al nuovo ruolo del giudice nel contesto normativo della mediazione stragiudiziale.

Nel testo originario del D.lgs. 28 il legislatore, che aveva puntato esclusivamente sull'obbligatorietà *ope legis* in quanto strumento di filtro e, quindi, di prevenzione della lite, aveva affidato al giudice che ovviamente interviene dopo che la controversia si è già radicata giudizialmente il ruolo di mero impulso alla mediazione. Il giudice infatti poteva soltanto invitare la parti ad attivare il procedimento di

mediazione extragiudiziale, ma occorreva a tal fine il consenso delle stesse perché l'invito potesse poi divenire vincolante; peraltro, nessuna indicazione era prevista nell'attività di invito del giudice per cui le parti (o meglio la parte più diligente) erano chiamate a scegliere autonomamente l'organismo e ad attivare la procedura.

Questa previsione aveva dato esiti insoddisfacenti nonostante in alcuni tribunali la mediazione su invito del giudice avesse fatto registrare risultati di particolare interesse.

Nella nuova formulazione dell'art. 5, comma 2, del D.lgs. 28 del 2010 viene affidato un nuovo e più incisivo ruolo al giudice il quale sarà in grado di vincolare la parti e potrà ordinare che le stesse diano l'avvio a un procedimento di mediazione.

I presupposti sono gli stessi; in qualunque momento, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ed anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, il giudice potrà disporre l'esperimento della mediazione, che in tal caso diverrà condizione di procedibilità della domanda.

La fattispecie "mediazione prescritta dal giudice" viene così integralmente assimilata ai fini della procedibilità alla mediazione obbligatoria ex lege; e l'assimilazione si estende all'inapplicabilità della sospensione feriale oltre che alla non computabilità del tempo impiegato per il procedimento di mediazione ai fini della verifica della durata ragionevole del processo ex legge 89/2011. infine, altra assimilazione attiene alla riduzione dell'indennità di mediazione mediante il rinvio al regolamento attuativo che dovrà necessariamente essere conformemente aggiornato.

La possibilità di prescrivere la mediazione, che si pone nell'alveo di quanto previsto dalla Direttiva UE n. 52 del 2008 (articolo 3, par.1, lettera a) , Il periodo, si candida per divenire uno strumento estremamente incisivo se si rileva, come si legge anche nella relazione ministeriale, che il giudice potrà ordinare la mediazione non soltanto a prescindere dagli obblighi di mediazione previsti ex ante dalla legge, ma in qualsiasi materia purchè ovviamente nell'area generale dei diritti disponibili (art. 2 del D.lgs. 28 del 2010).

Viene rimessa alla sensibilità del giudice una valutazione estremamente delicata, ma che " considerati i tempi biblici dei

processi civili □ ben si potrà inserire senza ritardi nel percorso processuale. Peraltro la drastica riduzione dei costi derivanti anche da un mancato accordo consentiranno una maggiore attenzione ai contenuti piuttosto che all'esigenza di non gravare le parti di ulteriori spese processuali.

L'autorevolezza del giudice, una motivazione articolata dell'ordinanza di rimessione in mediazione, la scelta del momento adatto, le difese delle parti e l'eventuale posizione delle stesse, sono soltanto alcuni dei parametri che potranno fare di questo strumento, che si caratterizza per la sua flessibilità, un potente antidoto all'abuso dell'avversabilità contribuendo all'affermazione della mediazione in una fase nella quale avendo avviato il processo le parti sono sicuramente molto attente alle evoluzioni dell'iter processuale e a quanto il giudice dispone.

Rispetto al testo approvato dal Governo, la versione varata dal Parlamento non prevede che il giudice debba indicare l'organismo di mediazione dinanzi al quale deve svolgersi il tentativo di mediazione. Tale opzione era stata ritenuta da più parti non opportuna, in quanto avrebbe richiesto al giudice una complessa selezione in un sistema

ancora poco consolidato; nel testo definitivo la scelta viene invece rimessa alle parti o meglio ancora alla parte più solerte e cioè alla parte che più rapidamente si attiverà all'esito dell'ordinanza giudiziale. Appare evidente che una scelta dell'organismo condivisa tra le parti (e magari anche l'indicazione congiunta del mediatore individuato nell'elenco dell'organismo prescelto) costituiranno il miglior viatico per una "buona" mediazione.

Tale nuovo potere attribuito al giudice potrebbe essere davvero utile nel rinnovato sistema normativo.

Una obbligatorietà che si sdoppia su due binari: il primo che corre sempre lungo l'obbligo ex lege e, l'altro, che si affida alla valutazione discrezionale del giudice. Se, quindi, da un lato il legislatore ha attenuato l'obbligatorietà in fase preventiva, dall'altro ha rafforzato la stessa, in fase successiva, affidando il successo della mediazione non solo al mediatore e agli organismi, ma in una logica più complessa e inclusiva anche ad avvocati e magistrati.

4.3 La plausibile svalutazione del modello aggiudicativo.

L'analisi dettagliata delle nuove norme sulla mediazione, per come riscritte dal legislatore del 2013, evidenzia come la mediazione italiana si avvicini molto di più al modello di mediazione proposto dal legislatore europeo nel 2008. Nella direttiva si valorizza la forma facilitativa e si attribuisce notevole rilievo alla volontà delle parti cosa che invece non sembra fare il legislatore italiano del 2010.

Il fatto che le parti subissero, in termini di costi, le conseguenze negative della mancata accettazione del mediatore qualora fosse fallito il tentativo, non dava alla mediazione quel volto facilitativo che faceva invece parte degli intenti del legislatore europeo del 2008.

Qualora, infatti, il provvedimento definitivo del giudizio fosse totalmente corrispondente al contenuto della proposta, la parte vittoriosa che avesse rifiutato sarebbe stata sanzionata.

Dall'articolo normativo veniva fuori una figura di mediatore che potrebbe essere paragonato ad una sorta di giano bifronte. Da una parte si poneva come facilitatore, cercando di spingere le parti a far emergere i loro reali interessi, in particolare nelle sessioni separate,

dall'altra si poneva come un giudice prendendo una propria posizione sulla controversia.

Ben si comprende come questa schizofrenia e questa sorta di preferenza del legislatore italiano verso la forma aggiudicativa disorientasse le parti, rischiando anche di condurre al fallimento la mediazione.

La parte, infatti, tendeva ad assumere un atteggiamento di diffidenza e si guardava bene dal rilevare informazioni riservate al mediatore, sapendo che questi, dismesse le vesti del facilitatore, si sarebbe posto a soggetto giudicante la fondatezza delle rispettive pretese, nella formulazione della proposta.

A questo problema sembra, quindi, avere dato soluzione il legislatore del 2013, il quale, grazie anche alla direttiva del 2013 letta in combinato disposto con quella del 2008, ha recuperato l'aspetto facilitativo della mediazione. E ciò ha fatto attraverso due norme: una è l'art. 5 nel suo nuovo comma 2 bis e l'altra è l'art. 8 nel suo nuovo comma 2, lettera f terzo periodo.

Lo svolgimento del tentativo è infatti escluso qualora le parti neghino ci sia possibilità di conciliare. Secondo la nuova

formulazione, il potere di formulare la proposta in capo al mediatore sarà espletato solo qualora il procedimento prenda avvio. Questo vuol dire che le parti possono privare il mediatore della potestà di avviare lo svolgimento del tentativo, per quanto obbligatorio e conseguentemente questo vuol dire che possono consentirlo in termini meramente facilitativi proprio per sottrarsi agli effetti deterrenti della proposta.

C'è anche un'altra norma a sostegno di questa tesi e cioè l'art.5, il quale secondo la nuova disciplina prevede l'avveramento della condizione di procedibilità in caso di mancato raggiungimento dell'accordo alla prima riunione. Questo vuol dire ritenere avverata la condizione anche quando le parti hanno escluso la possibilità di conciliare. Con un evidente favor nei confronti della loro volontà e del loro reale accordo.

4.4 La competenza territoriale.

L'articolo 4, nella sua nuova formulazione, costituisce forse una delle novità più rilevanti ; infatti, come accennato in precedenza, una delle critiche che venivano rivolte più frequentemente era quella relativa alla mancanza di un criterio di individuazione della competenza territoriale.

Il legislatore ha cercato di ovviare a questa mancanza, con il nuovo comma 1, che così recita: «La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'art. 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la propria domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza».

La norma si applica anche alle mediazioni volontarie, salve deroghe pattuite tra le parti, nei casi consentiti dalla legge.

In realtà, anche questa norma pone alcune problematiche, data la sua formulazione piuttosto vaga. Premettiamo che spetterà all'istante decidere quale sia il luogo competente e individuare poi l'organismo competente.

Questo dovrà poi verificare, a mio avviso, di essere effettivamente competente e curarsi di segnalare alla parte, in caso negativo, il mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità, o nel caso di procedura volontaria, la possibilità di nullità del verbale, a meno di accordo contrattuale o successivo, sulla deroga alla competenza territoriale. Naturalmente, una volta fatte queste avvertenze, l'organismo non potrà rifiutarsi di fornire la prestazione che gli è stata richiesta, nel caso in cui la parte istante insista per procedere anche il caso di chiara incompetenza territoriale. La cosa importante è che essa sia stata ben edotta della mancanza di competenza e delle relative conseguenze.

La norma oggi prevede che l'organismo prescelto debba essere situato nel luogo del giudice territorialmente competente. Naturalmente, per sede si intende anche quella secondaria. Per

individuare esattamente la competenza, dobbiamo quindi valutare diverse ipotesi.

Prima di tutto, dobbiamo valutare se la controversia, per quanto riguarda il valore e la materia, sia di competenza del giudice di pace o del Tribunale. Una volta accertato questo primo paletto, si deve quindi individuare con esattezza, anche alla luce della recente riforma della geografia giudiziaria, quale sarebbe stato l'ufficio giudiziario competente se si fosse iniziata la causa, e in base a questo criterio individuare il luogo competente.

Per quanto riguarda le mediazioni delegate, sembra evidente che il luogo da individuarsi per la competenza debba essere quello in cui era incardinata la causa che il giudice ha disposto vada in mediazione.

Poi va valutato, se l'organismo ha sede principale e sedi secondarie, se si possa scegliere la sede secondaria avente sede nel luogo del giudice territorialmente competente, o meno.

Qualche problema potrebbe creare la norma per le aziende che vogliono adottare la clausola di mediazione nei propri conflitti dato che esse non potrebbero più indicare un organismo di propria fiducia, se non presente sul territorio.

Per quanto riguarda le procedure di mediazione online, diviene comunque necessario il deposito dell'istanza presso un organismo territorialmente competente. A seguito dell'adesione del chiamato va verificato e raccolto il consenso a svolgere on line la procedura, in modo da consentire uno svolgimento della stessa, in luogo territorialmente non competente.

4.5 L'assistenza obbligatoria degli avvocati: un persistente contrasto con l'idea europea della mediazione.

L'assistenza dell'avvocato all'interno del procedimento di mediazione deve essere intesa come un affiancamento di tipo tecnico e razionale all'attività di negoziazione interna alla mediazione.

Nella fase antecedente l'incontro, inquadrato e descritto il procedimento, sarà onere dell'avvocato suggerire al proprio cliente le circostanze a proprio favore, sulle quali soffermarsi e puntualizzare in sede di incontro, e quali sfavorevoli, che potrebbero essere portate in giudizio dalla controparte; a fronte di ciò, potrà valutare cosa esporre

al mediatore in contraddittorio con la controparte e cosa tenere per le sessioni separate.

È quindi affidata all'avvocato la strategia dell'incontro stabilendo con il proprio assistito l'approccio da tenere nelle varie sessioni. L'assistenza dell'avvocato in quest'ottica, ovvero finalizzata all'individuazione della linea da tenere e della strategia "negoziale", ma senza il potere di rappresentanza, appare rapportabile all'assistenza di cui all'art. 82 c.p.c. nella distinzione tra assistenza e ministero di difensore.

Laddove il ministero consiste essenzialmente nella rappresentanza processuale della parte e del compimento delle attività ad essa connesse, il patrocinatore nell'attività giudiziale esercita sempre il ministero di difensore al fine di far valere i diritti e le posizioni processuali della parte.

In sostanza si deve ritenere che all'avvocato non venga affidata la difesa tecnica propria del ministero mancando nell'ambito stragiudiziale e negoziale lo jus postulandi.

La regola per cui le parti debbano farsi assistere obbligatoriamente da un avvocato non è comunque molto chiara, né la

legge ci precisa quali potrebbero essere le conseguenze in capo alle parti, qualora violino quest'obbligo.

Tra i primi commentatori della norma si sono profilate due letture. Secondo una prima, il dovere di farsi assistere da un avvocato in mediazione sussisterebbe solo nell'ambito della mediazione obbligatoria per la legge o ope judicis, ai sensi dell'art. 5, commi 1 bis e 2, del d.lgs. n. 28 del 2010, e non anche quando la mediazione è scelta dalle parti, anche eventualmente vincolandosi esse con un previo accordo ai sensi dell'art. 5, 5° comma, del medesimo d.lgs.

Ciò deriverebbe da due ragioni.

La prima di carattere costituzionale, perché una simile imposizione sarebbe concepibile solo ove la mediazione, assurgendo a condizione di procedibilità, si pone come una necessaria fase preprocessuale.

La seconda ragione emergerebbe dalla lettura delle citate disposizioni insieme all'art. 12, 1° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010, il cui incipit, facendo il caso che tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, fa evidentemente intendere, *a*

contrario, che vi siano mediazioni nelle quali le parti non debbono essere assistite da un avvocato.

In base ad una seconda ricostruzione, invece, non si può distinguere tra le diverse fattispecie di mediazione, perché, se l'art.8, 1° comma, enuncia chiaramente un principio che vale per tutte le mediazioni, il senso dell'art. 12 sta nel rilevare come una mediazione possa anche di fatto essere svolta senza l'assistenza dei legali.

A me sembra francamente che colga nel segno questa seconda ricostruzione, perché in effetti il citato art. 8, 1° comma, ha una formulazione ampia che non può lasciare dubbi. E cos mi sembra che essa colga correttamente anche la valenza della violazione di un simile dovere, nel momento in cui si afferma che, se una simile violazione certo non può rifluire sulla validità del contratto che le parti comunque abbiano siglato nonostante la mancanza degli avvocati, essa rileva quando la mediazione non sia riuscita, dovendosi ritenere che: a) se trattasi di mediazione obbligatoria, l'onere non è soddisfatto se l'istante non era assistito da un avvocato; b) la partecipazione al percorso senza l'assistenza di un avvocato non evita al "convenuto" le conseguenze previste dall'art. 8, comma 4 bis.

Si rileva, però, che un simile sistema potrebbe essere di dubbia costituzionalità, non vedendosi la ragionevolezza di imporre l'assistenza di un legale nell'ambito di un'attività di negoziazione. Né un simile pegno pagato alla classe forense potrebbe giustificarsi per il fatto che in mediazione le parti potrebbero trovarsi di fronte a situazioni tecnicamente non facili e dalle conseguenze, anche fuori dal percorso, non prevedibili da parte di un non esperto. Invero, se persino in arbitrato non è imposto il dovere dell'assistenza di un avvocato, mantenendosi ovviamente il diritto ad essa ove l'interessato voglia servirsene, mi pare che l'irragionevolezza di un'imposizione così pesante emerga in tutta evidenza.

CONCLUSIONI.

Dall'analisi condotta in questi capitoli emerge con evidenza come l'istituto della mediazione, introdotto per la prima volta in Italia nel 2010, abbia subito significative modifiche specie dopo quest'ultima riforma del 2013. Tale ultima riforma, in linea con quanto statuito dal legislatore europeo nel 2008 e con maggior vigore anche nell'ultima direttiva del 2013, ha fatto recuperare all'istituto quella dimensione facilitativa, che lo riporta perfettamente nei binari di quanto statuito dall'Unione europea, ma soprattutto gli consente di giungere a quello che è l'effettivo obiettivo della conciliazione e cioè l'accordo tra le parti.

Infatti, in presenza di una conciliazione "facilitativa" queste saranno maggiormente spinte a promuovere un tentativo di conciliazione persino in materie in cui esso non è obbligatorio.

Il legislatore ha, infatti, notevolmente dato spazio all'effettiva volontà delle parti di dar corso alla mediazione.

Nel primo incontro preliminare il legislatore italiano le lascia libere di decidere di non proseguire il percorso conciliativo e conseguentemente di rifiutare la proposta del giudice. Con un cambio di direzione netto rispetto al passato in cui si prediligeva la mediazione aggiudicativa.

Ad assicurare un maggiore successo della mediazione è oggi sicuramente la previsione che il procedimento è affidato a soggetti competenti come gli avvocati.

Un profilo problematico rimane quello dell'assistenza obbligatoria degli avvocati che potrebbe in qualche modo appesantire il procedimento non in linea con quanto statuito dal legislatore europeo specie nell'ultima direttiva del 2013.

Tuttavia, diviene sempre più concreto e percepibile da tutti gli operatori un nuovo sistema giustizia, un sistema poliedrico che trova nella giurisdizione statale l'argine di garanzia, ma che offre una molteplicità di percorsi diversamente orientati e organizzati, ma tutti finalizzati alla composizione stragiudiziale delle controversie.

Questa riforma introduce una nuova versione del modello italiano di mediazione incentrato sull'obbligatorietà e sullo stretto

nesso con il processo, tanto da renderla di fatto una vera e propria fase preprocessuale con la previsione dell'assistenza obbligatoria dell'avvocato. Gli aspetti processuali appaiono ancora più assorbenti e sbiadiscono i profili sostanziali connessi alla negoziazione che attraverso la mediazione dovrebbero condurre all'accordo conciliativo.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., *Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria*, in *Giustizia civile*, 1992, II, p. 577 ss..

ALPA G. e IZZO S., *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in www.judicium.it.

ANSANELLI V., *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi art. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 1245 ss.

ARIETA G. e DE SANTIS F., (diretto da), *Commentario dei processi societari*, II, Utet, Torino, 2007.

ARIELLI E. e SCOTTO G., *Conflitti e mediazione: introduzione ad una teoria generale*, Mondadori, Milano, 2003.

ARMONE G., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, p. 626.

ARMONE G. e PORRECA P., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010 n.28). II) La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro italiano.*, 2010, V, p. 95 ss..

ARMONE G. e PORRECA P., *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in *Foro italiano*, 2010, IV, p. 372 ss..

ARMONE G. e PORRECA P., *L'obbligo di informativa dell'avvocato nella nuova mediazione civile*, in *Foro italiano*, 2010, I, p. 2227.

AULETTA F., *Le misure di alternative dispute resolution allo studio del Ministro di grazia e giustizia*, in *Contratti e impresa*, 1997, p. 1257.

BANDINI A. e SOLDATI N. (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al dlgs. 4 marzo 2010, n.28*, Giuffrè, Milano, 2010.

BATTAGLIA G., *La nuova mediazione obbligatoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 1, p. 126.

BESSO C., *L'attuazione della direttiva europea n.52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, fasc. 3, p. 863.

BERLINGUER A., *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 12, p.12.

BIVIATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 791

BORGHESI D., *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 121.

BORGHESI D., *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it.

BOVE M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, edizioni scientifiche, Napoli, 2010

BOVE M., *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in www.judicium.it

BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, fasc.4, p. 1065.

BOVE M. (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2011.

BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, fasc. 2, p. 343.

BOVE M., *ADR nel collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n.183)*, in www.judicium.it.

BUSACCA A., *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la mediazione obbligatoria*, in *I contratti*, 2013, fasc.3, p. 231

CAPONI R., *La conciliazione stragiudiziale come modello di ADR*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 165

CUOMO ULLOA F., *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2011.

CUOMO ULLOA F., *la conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008

DALFINO D., *Dalla conciliazione societaria alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it

DANOVI F., *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Riv. dir. proc.* 2011, fasc. 4, p. 771

D'ANTILIO L., DI FILIPPO M., *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc.3, p. 661

DELOGU L., *Nuovi interventi dell'Unione europea sui consumatori, risoluzione alternativa delle controversie e mediazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, fasc. 7-8, p. 1625

DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del mediatore professionista*, Giuffrè, Milano, 2010

DENTI, *Il procedimento non giudiziale di conciliazione come istituzione alternativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p. 410

DENTI, *Riflessioni sulla crisi della giustizia civile*, in *Foro italiano*, 1985, V, p. 341

DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 443

DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel decreto legislativo 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc.3, p. 585

FABIANI E., *Prime riflessioni sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. 28/2010*, in www.judicium.it

FONTANA G., *Tentativo obbligatorio di conciliazione e procedimento monitorio nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, fasc. 6, p. 1093

GASPERINI M.P., *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n.28*, in www.judicium.it

GHIRGA M.F., *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G.Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2007

GHIRGA M.F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 367

IMPAGNIATIELLO G., *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc.1, p. 217

LOMBARDINI I, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium Iuris*, 2010, fasc. 11, volume 16, p. 1132

LUISO P.F., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv.trim. dir. proc.*, 2004, p. 1206

LUISO P.F., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, p. 1257

LUISO P.F., *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.judicium.it

MARINARO M., *Mediazione civile: un'illegittimità costituzionale che nasconde la sconfitta del sistema giustizia*, in *Guida al diritto*, 2012, fasc. 44, p. 10

MARINARO M., *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto per ridare speranze di cambiamento alla giustizia*, in *Guida al diritto*, 2013, fasc.2, p.9

NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 53

PAGNI I., *La mediazione innanzi la Corte costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n.3222/2011*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc.7, p. 995

PUNZI C., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, fasc. 5, p. 1197

PUNZI C., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845

PAGNI I., *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corriere giuridico*, 2013, fasc. 2, p. 257

RAITI G., *La delega in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali ex art.60*, in *Studi in onore di Verde G.*, Jovene, Napoli, 2010

SCARSELLI G., *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Foro italiano*, 2011, V, fasc. 2, p.54

SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. processuale.*, 2012, fasc.6, p. 1450

SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it

SANNA P., *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d.lgs. n.28 del 2010:spunti per una riflessione*, in www.judicium.it

SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 292

SANTANGELI F., *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it

SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, 2009, Matelica, p.11

TISCINI R., *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it

TROCKER N., *Il processo civile in una prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, p. 1465

TROCKER N., DE LUCA A., *La mediazione civile alla luce della direttiva europea*, Firenze, University Press, 2011

VACCARI M., *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, in www.judicium.it

VARANO V., *□Civil law□ e □Common Law□: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2009, suppl. a fasc. 4, p. 55

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2010

VERDE V., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 271.

VIGORITI V., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in www.judicium.it

VIGORITI V., *La direttiva europea sulla mediation: Quale attuazione?*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2009, fasc.1, p. 1

ZUCCONI, GALLI, FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim.dir. e proc.civ.*, 2010, p. 653

ZIINO S., VAJANA M., *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi delle mediazione finalizzata alla conciliazione. Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della mediazione*, in www.judicium.it

ZINGALES I., *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in www.judicium.it