

CONFLITTI E MEDIAZIONE. COMPARAZIONE GIURIDICA

INDICE

Introduzione: Il mondo delle ADR, *Alternative Dispute Resolution*, in evoluzione

Capitolo I – ADR e mediazione

1. Chiarimenti terminologici: ADR e mediazione
2. Un po' di storia
3. Uno sguardo oltre l'Europa. Lo sviluppo delle ADR negli ordinamenti di *civil law* e *common law*
 - 3.1 ADR negli Stati Uniti
 - 3.1.1 Le iniziative legislative e l'approccio dei tribunali
 - 3.1.2 Gli *Administrative Dispute Resolution Act* del 1990, 1996 e 1998
 - 3.1.3 ADR privata e ADR pubblica. Le procedure
4. La riscoperta dei metodi "omeopatici" di risoluzione delle controversie negli ordinamenti giuridici "lontani"
 - 4.1 L'approccio giapponese alla risoluzione delle controversie
 - 4.2 L'approccio cinese alla risoluzione delle controversie
 - 4.2.1 La camera di commercio italo-cinese
5. L'amara medicina della mediazione obbligatoria prescritta all'Argentina
 - 5.1 Il modello argentino di mediazione e le tecniche di mediazione
6. Le ADR in Europa
 - 6.1 Cenni ai sistemi nazionali
 - 6.1.2 Il Lussemburgo
 - 6.1.3 La Spagna
 - 6.1.4 La Francia
 - 6.1.5 La Germania
 - 6.1.5.1 La nascita della figura del giudice mediatore
 - 6.1.5.2 La direttiva 2008/52/Ce e la normativa tedesca sulla mediazione

Capitolo II – Dal generale al particolare. Il panorama delle ADR in Italia e la normativa sulla mediazione

1. Il ruolo delle ADR nel sistema italiano. Dall'esperienza nel campo del diritto del lavoro all'attuale mediazione. Cenni
2. La conciliazione giudiziaria in Italia e il ruolo delle CCIAA, Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura
 - 2.1 La procedura di conciliazione offerta dalle Camere di Commercio prima dell'introduzione del D.Lgs n. 28/2010
 - 2.2 La procedura di mediazione offerta dalle Camere di commercio dopo l'introduzione del D.Lgs n. 28/2010
3. Il decreto legge 22 dicembre 2011, n. 212: la composizione delle crisi da sovraindebitamento

4. L'ABF - Arbitrato Bancario e Finanziario
 - 4.1 ABF e media conciliazione
 - 4.2 La struttura dell'ABF
 - 4.3 Il procedimento dell'ABF e le decisioni
5. Le proposte di legge in Italia prima del D.Lgs n. 28/2010
6. La pronuncia della Corte Costituzionale sull'obbligatorietà ex art. 5 D.Lgs 28/2010 della mediazione
 - 6.1 Le considerazioni in fatto della Consulta
 - 6.1.1 I motivi di ricorso sostenuti dai ricorrenti. L'assenza di criteri per l'individuazione e la selezione degli organismi di mediazione, l'assenza di professionalità del mediatore, la controversa natura dell'introdotta obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di mediazione
 - 6.1.2 La posizione degli intervenuti *ad opponendum* nel giudizio a quo
 - 6.2 Le considerazioni in diritto della Consulta
 - 6.2.1 Le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. rispetto all'art. 5 D.Lgs n. 28/2010
 - 6.3 Le conclusioni della Consulta
7. La normativa di cui al D.Lgs 28/2010 in dettaglio ed il passaggio dalla conciliazione alla mediazione
8. Le modalità pratiche finalizzate all'avvio della mediazione
 - 8.1 Le controversie oggetto di mediazione
 - 8.2 I meccanismi di mediazione introdotti e le scelte operate dal legislatore delegato
 - 8.2.1. Il meccanismo obbligatorio
 - 8.2.2. Il meccanismo facoltativo
9. La durata del procedimento di mediazione
10. Le strade per arrivare alla conciliazione
11. Il deposito del verbale di accordo, la sua efficacia esecutiva e l'esecuzione
 - 11.1 Le regole operative per l'autenticazione notarile
12. Doveri e diritti degli operatori: il mediatore e l'avvocato
13. I doveri, i diritti, gli obblighi del mediatore e dei suoi ausiliari
14. I doveri e i diritti dell'avvocato
15. Gli aspetti affrontati dal D.M. 10 ottobre 2010, n. 180
16. Le spese di procedura
17. Gli organismi di mediazione
18. Le differenti competenze degli organismi di mediazione nostrani e le ripercussioni sulla proposta e sull'accordo in caso di mediazione
19. Gli organismi di formazione ed i formatori alla luce della nuova disciplina di cui al decreto 6 luglio 2001, n. 145

Capitolo III– Le ADR in Brasile

1. Le peculiarità del diritto civile brasiliano e le fonti del diritto in seguito all'indipendenza del Brasile
 - 1.2 Un po' di storia
 - 1.3 Il sistema giuridico brasiliano attuale
 - 1.3.1 Potere legislativo e potere esecutivo a livello federale
 - 1.3.2 L'organizzazione del sistema giudiziario brasiliano

- 1.3.2.1 I Tribunali Federali
 - 1.3.2.2 I Tribunali degli Estados
 - 1.4 I principali accordi e le convenzioni multilaterali
- 2. La mediazione
 - 2.1 La riforma del codice di procedura civile brasiliano
 - 2.1.1 L'evoluzione legislativa
 - 2.1.2 L'attività di mediazione espletata dai Tribunali
 - 2.1.3 Il concetto di mediazione ed i contributi del diritto straniero
- Conclusioni

La grande invocazione

Dal punto di Luce entro la Mente di Dio

Affluisca luce nelle menti degli uomini,

Scenda Luce sulla Terra.

Dal punto di Amore entro il Cuore di Dio

Affluisca amore nei cuori degli uomini.

Possa Cristo tornare sulla Terra.

Dal centro ove il Volere di Dio è conosciuto

Il proposito guidi i piccoli voleri degli uomini;

il proposito che i Maestri conoscono e servono.

Dal centro che vien detto il genere umano

Si svolga il Piano di Amore e Luce,

E possa sbarrare la porta dietro cui il male risiede.

Che Luce, Amore e Potere ristabiliscano il Piano sulla Terra.

Alice A. Bailey

A Chi, in realtà, non se n'è mai andato

e da sempre mi accompagna,

passo dopo passo,

vita dopo vita...

Introduzione: il mondo delle ADR, *Alternative Dispute Resolution*, in evoluzione

Le ADR col trascorrere del tempo e grazie alle peculiarità che presentano, prima di tutte la flessibilità e gli ampi spazi che le stesse sanno mettere a disposizione del confronto tra le parti, hanno occupato uno spazio sempre più rilevanti all'interno dei sistemi giuridici europei e non.

Del resto quello di trovare una soluzione all'annoso problema della lentezza della macchina giudiziaria è un obiettivo perseguito dalla maggior parte degli ordinamenti, specialmente in quelli caratterizzati da una massiccia litigiosità, come ad esempio l'Italia ed il Brasile. Tuttavia, una riflessione più attenta consente di far emergere altri aspetti; la mediazione, ad esempio, oltre a deflazionare il contenzioso è in grado di offrire una soluzione che consente un confronto alla pari, senza l'intervento di un giudice che, come noto, ha la funzione di risponde alla legge e che, soprattutto, consente di arrivare ad una soluzione rapida che favorisce, indubbiamente, il proseguimento dei rapporti tra le parti. Inoltre in un periodo così delicato dal punto di vista economico non si può fare a meno di riflettere anche sul fatto che la celerità dei procedimenti di ADR consente agli imprenditori, oltre ai singoli cittadini, di evitare l'accantonamento in poste di bilancio di denari che possono, invece, essere utilizzati per investimenti più proficui.

Con particolare riguardo all'Italia, a due anni dall'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale si può affermare che il modello, se non altro, ha cominciato a circolare all'interno del nostro ordinamento. E' vero: l'obbligatorietà proprio non è gradita alla maggior parte degli operatori di settore che identificano il tentativo di mediazione- quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale- come un inutile ed ulteriore dispendio di tempo e di denaro che va ad aggravare la situazione di per sé già molto complessa e poco funzionale della giustizia italiana.

Anche la Corte Costituzionale, per la verità, non ha appoggiato l'introduzione del tentativo obbligatorio di mediazione. Essa, come si dirà più ampiamente oltre, con la recentissima pronuncia n. 272 del 6 dicembre 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, dell'art. 5 D.Lgs n. 28/2010 nella parte in cui ha, appunto, previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

Tuttavia, per onestà intellettuale, pare utile e doveroso sottolineare, da un lato, che il concetto stesso di mediazione stride con qualsiasi forma di costrizione e di obbligatorietà e, dall'altro, che la medesima obbligatorietà -ormai non più tale- ha gettato le basi per diffondere ed ampliare nei confronti dei professionisti, così come dei singoli utenti finali, la cultura di uno strumento che si era avuto la possibilità di conoscere attraverso quegli enti che già avevano fatto della mediazione -o usando il linguaggio *ante* D.Lgs 28/2010, della conciliazione- la propria attività principale. Ci si riferisce, ad esempio, alle Camere di Commercio ed ai Corecom. In altri termini, per chi ancora non avesse mai sentito parlare di mediazione, di ADR, *Alternative Dispute Resolution* -di seguito ADR- e di risoluzione stragiudiziale delle controversie, la predetta obbligatorietà ha quantomeno fatto ingresso nel vocabolario di ciascuno.

Ciò non toglie che alla maggiore conoscenza e discussione attorno all'istituto non è seguita una conoscenza adeguata dell'argomento, tant'è che sulla qualificazione, sulle modalità operative e sul fine di questo mezzo alternativo di risoluzione delle controversie vi è ancora molta confusione.

Il lavoro che si è svolto intende offrire, senza pretese di esaustività, una panoramica delle ADR che identifica il proprio punto di partenza nella recente nascita -o meglio, come si vedrà nel prosieguo dell'elaborato, *ri*-nascita della mediazione- cui hanno assistito gli ordinamenti di *common law*, per poi dedicarsi all'analisi di altre realtà giuridiche europee di *civil law* che hanno saputo offrire una collocazione importante alla realtà dell'ADR e della mediazione.

L'analisi dedica, ovviamente, ampio spazio alla normativa di settore italiana, ossia al D.Lgs n. 28/2010, attuativo della delega al Governo contenuta nell'art. 60 della legge 69/2009, ed al D.m. n. 180/2010. La predetta disciplina predispone una normativa *ad hoc* per tutte le controversie di natura civile e commerciale che riguardino diritti disponibili; essa prende le mosse -pur discostandosene in parte- dalla conciliazione stragiudiziale professionale, amministrata dalle Camere di Commercio e dagli altri enti e/o organismi pubblici e privati, costituiti, nella maggior parte dei casi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 che ha dato forma giuridica alla cosiddetta "legislazione societaria".

Rispetto al modello della conciliazione societaria il legislatore delegato si è spinto oltre nel delineare una metodologia di risoluzione delle controversie che deve essere applicata in modo del tutto corretto al fine di evitare di discostarsi dai principi di volontarietà, riservatezza e neutralità che, come noto, costituiscono le caratteristiche basilari di uno strumento di autocomposizione delle controversie qual è la mediazione.

Con particolare riferimento alla volontarietà, generalmente intesa come la libera scelta delle parti di partecipare ad un incontro di mediazione al fine di raggiungere un accordo, è importante dire che la stessa dev'essere letta alla luce dell'obbligatorietà, con la conseguenza che, sebbene il tentativo sia obbligatorio, tuttavia le parti non sono obbligate a definire la controversia. Infatti non vi può essere alcun obbligo in capo alle parti di aderire ad una determinata soluzione che, per le medesime, non è soddisfacente; anzi le stesse devono essere libere in ogni momento di abbandonare la mediazione senza che questo comporti per loro alcuna ripercussione negativa sul piano processuale.

La scelta del nostro legislatore di rendere la mediazione obbligatoria risponde, innanzitutto, all'esigenza di deflazionare il carico giudiziario e, secondariamente, di indurre le parti ad avvalersi di un metodo alternativo al processo per la composizione delle loro dispute, posto che per ragioni culturali che ancora sono fortemente radicate nella nostra cultura, la visione del conflitto è negativa e viene percepita come momento in cui l'uno deve sopraffare l'altro per potersi dire vincitore. Ne consegue, naturalmente, una scarsissima simpatia per tutti quei metodi di risoluzione alternativi e pacifici.

In considerazione dell'importanza della neutralità del terzo mediatore chiamato a guidare le parti nel superamento della lite, anche in ragione della rilevanza degli effetti che la partecipazione o meno ad una procedura di mediazione può spiegare, anche a livello processuale, il legislatore ha previsto che l'attività del mediatore sia gestita da appositi organismi, costituiti da enti pubblici e privati ed iscritti ad un registro tenuto presso il Ministero della giustizia, istituito con il già citato decreto n. 180/2010. Esso ha dato attuazione a quanto previsto dall'art. 16 del D.Lgs n. 28/2010 e ha disciplinato la determinazione dei criteri e delle modalità di formazione e

revisione del registro, di iscrizione, sospensione, cancellazione degli iscritti, oltre all'indicazione delle indennità spettanti agli organismi.

Il decreto ministeriale 180/2010 innova il D.m. 222/2004 con riferimento alle materie menzionate, mentre sostituisce il 223/2004 con riferimento alla disciplina delle indennità.

A fronte della preliminare e necessaria analisi della mediazione, nel sistema italiano, lo studio si allarga alla comparazione giuridica e, in particolare, al confronto con soluzioni applicate sia nel contesto europeo sia nelle esperienze diverse. In particolare è stata descritta la realtà brasiliana, caratterizzata dall'attesa per l'imminente emanazione del codice di procedura civile. Quest'ultimo dovrebbe dedicare alcuni articoli alla mediazione al fine di agevolare la risoluzione alternativa delle controversie, velocizzare il procedimento ed alleggerire il carico della giustizia civile, esigenze queste che, come si è visto, si sono riscontrate in ogni ordinamento che abbia voluto l'introduzione delle ADR.

Capitolo I

ADR e mediazione

*“Di giudicare una controversia sono capace come chiunque altro.
Necessario sarebbe far sì che non ve ne siano.”*

Confucio (551 a.C. – 479 a.C.)

1. Chiarimenti terminologici: ADR e mediazione

Malgrado gli sforzi veicolati dall'esigenza di avere una definizione univoca di ADR, *Alternative Dispute Resolution*, l'obiettivo non è ancora stato raggiunto.

Se si consulta la letteratura interna ed internazionale sull'argomento, si constata, infatti, che le definizioni di ADR che si sono succedute sono moltissime; ad esempio l'*Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, entrato in vigore negli Stati Uniti il 30 ottobre 1998, all'art. 3 prevede che *“tutti i processi o procedure cui partecipa un terzo neutrale, anziché il giudice competente, per facilitare la risoluzione della controversia, mediante metodi come la mediazione, la conciliazione, il minitrial e l'arbitrato [...]”*¹.

Le *Civil Procedure Rules* inglesi, invece, definiscono le ADR come *“a collective description of methods of resolving disputes otherwise than through the normal trial process”*, ossia un insieme di metodi di risoluzione delle dispute, diverse rispetto al normale giudizio ordinario; la nostra dottrina ha, a sua volta, identificato le ADR quali *“modelli non contenziosi di composizione, ad opera di un terzo, di controversie tra privati, che si è affiancato (“in alternativa”) alle tradizionali corti di giustizia e all'arbitrato”*².

Ancor prima di leggere la mappa delle cd. ADR, individuando le aree di appartenenza e tracciando i confini dell'una piuttosto che dell'altra figura, è importante fissare alcuni concetti che costituiscono la base della presente analisi.

¹ A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Avvocati e consulenti delle parti in conciliazione*, Giuffrè 2005, p. 5.

² F. AROSSA, F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di “adr”*, Giuffrè, 2004, p. 7. Si consulti inoltre G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in Politica del diritto*, 1997, p. 403 ss.

Innanzitutto esistono, essenzialmente, due macro aree di metodi di risoluzione dei conflitti: l'ordine negoziato e l'ordine imposto. Utilizzando i mezzi di risoluzione rientranti nella prima macro area, le parti decidono che il conflitto che le vede contrapposte verrà superato mediante l'accordo al quale loro stesse giungeranno; si tratta di ADR caratterizzati dall'autonomia e dall'informalismo delle quali alcuni esempi sono: la negoziazione, la conciliazione e la mediazione.

Per converso, l'ordine imposto identifica un terzo cui le parti delegano la decisione del conflitto, come nel caso dell'arbitrato, del giudizio e persino della legislazione stessa, tutti caratterizzati dal formalismo e dall'eteronomia.

Un'altra doverosa ed essenziale premessa è che gli strumenti di risoluzione dei conflitti di ordine negoziato, sono pre-giuridici, ossia esplicano il loro intervento possibilmente prima del ricorso alla giustizia ufficiale, utilizzando mezzi e perseguendo fini che sono notevolmente differenti rispetto a quelli delle classiche procedure cd. di aggiudicazione, ossia quelle sottoposte ad un giudizio vincolante. Questi ultimi non hanno molti punti in comune con l'arbitrato, né con la transazione negoziale, da intendersi quale ricerca di un compromesso rispetto a posizioni rigide assunte dalle parti.

Passando ora ad analizzare l'ADR è bene ribadire che il medesimo acronimo non comprende un singolo metodo di composizione alternativa delle controversie, esistendone, piuttosto, diversi meccanismi.

A tale proposito pare opportuno menzionare l'arbitrato e la mediazione; in termini molto ampi e del tutto generici, il primo può definirsi una forma di giudizio cd. "privatizzato", la seconda una negoziazione assistita. L'arbitrato, infatti, è una procedura secondo la quale le parti si accordano per sottoporre la loro controversia alla valutazione di un terzo soggetto, singolo o collegio che sia, ma arbitro imparziale: il risultato, o lodo, è variamente vincolante.

Si tratta di un procedimento utilizzato per la maggior parte da soggetti imprenditoriali e commerciali le cui caratteristiche sono il ridotto formalismo rispetto al procedimento ordinario dato dal fatto che le parti possono accordarsi preventivamente sulle regole da seguire per produrre documenti, testimonianze; inoltre in tal caso la competenza del terzo decisore, che viene di solito designato in quanto esperto nella materia oggetto del contendere, è maggiore, mentre il giudice è

precostituito per legge. Un altro pregio dell'arbitrato è che, essendo caratterizzato da una procedura informale, è in grado di aprirsi facilmente agli altri mezzi di risoluzione delle controversie, in particolare alla conciliazione.

Quelli appena descritti sono i due modelli base dell'ADR; in seguito alla combinazione degli stessi in vario modo gli operatori di settore hanno saputo creare altri strumenti di risoluzione dei conflitti che, però, non risultano facilmente classificabili, come ad esempio il *Med/Arb*, ossia mediazione/arbitrato, il *Mini-Trial*, o mini-giudizio e la *Early Neutral Evaluation*, cioè la valutazione preventiva neutrale.

La mediazione rientra nell'ambito degli istituti di conciliazione informale che si propongono quale possibile alternativa non solo al processo ordinario, ma anche al giudizio in sé e per sé considerato; questi, al pari della conciliazione, hanno il potere di estinguere il giudizio stesso e non di risolverlo come, invece, possono fare l'arbitrato ed il giudizio.

Detto altrimenti -per la verità come anche ritiene il D.Lgs n. 28/2010 e sulla scorta delle indicazioni ricevute dall'Unione europea- la mediazione costituisce il metodo, lo schema procedurale che, nel momento in cui raggiunge il suo scopo, sfocia nella conciliazione.

Al di là dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione introdotto dal nostro legislatore e dichiarato incostituzionale dalla Consulta per eccesso di delega legislativa, la mediazione può dirsi una procedura consensuale nella quale le parti in conflitto presentano i loro punti di vista ad un soggetto terzo neutrale, mantenendo tuttavia il controllo del procedimento e del risultato; infatti la mediazione non garantisce in alcun modo un accordo finale e, parimenti, il mediatore non ha il potere di prendere alcuna decisione vincolante per le parti in conflitto. Questo profilo della mediazione – come si ricorderà, essa rientra tra gli strumenti di risoluzione dell'ordine negoziato- è di fondamentale importanza in quanto differisce completamente dall'arbitrato – appartenente, invece, agli strumenti di risoluzione di ordine imposto-, laddove partecipanti convengono di lasciare il potere in capo ad un terzo neutrale di decidere il risultato, in maniera spesso vincolante per le parti.

Viste le difficoltà di trovare una definizione comune ed univoca, è quindi preferibile non costringere la mediazione all'interno di maglie troppo strette che

potrebbero comprometterne la flessibilità, tenuto conto che la caratteristica principale della stessa è quella di ovviare alla rigidità delle ordinarie procedure giudiziarie di definizione delle controversie, raggiungendo un risultato non inferiore rispetto al procedimento ordinario o all'arbitrato, e minimizzando i tempi ed i costi diretti o indiretti.

Del resto, se si considera che in alcuni ordinamenti, come quello inglese ed americano, la *mediation* è diventata la procedura più diffusa grazie alla grande opera di promozione effettuata dai giudici, pare importante evidenziare come le definizioni di mediazione adottate dalle diverse posizioni della dottrina rispecchiano il grado di adesione di ognuno ai modelli teorici di riferimento più diffusi a livello internazionale dei quali si offre qui di seguito una brevissima ed essenziale panoramica.

La scuola di Harvard ha elaborato un modello basato sulla negoziazione che, a differenza degli altri due modelli dei quali si darà atto in seguito, trae le proprie origini dallo sviluppo di una negoziazione realizzata dal gruppo di ricerca "*Harvard Negotiation Project*" (HNP), fondato nel 1980 da Roger Fisher, riconosciuto ufficialmente dall'Università di Harvard ed in seguito applicato alla mediazione, quale negoziazione "assistita" o "guidata"³.

Il metodo di negoziazione illustrato nel celebre volume di Roger Fisher e William Ury⁴, propone, attraverso quattro tappe fondamentali, poi elaborate sino a divenire sette, un metodo di negoziazione che ha l'obiettivo di raggiungere accordi in grado di soddisfare gli interessi di tutte le parti coinvolte. Si tratta, indubbiamente, del modello applicato alla mediazione più diffuso a livello internazionale, le cui caratteristiche principali sono: l'impiego della mediazione facilitativa, per cui i mediatori non impongono alle stesse la soluzione del problema, ma guidano la procedura riservando alle stesse la decisione in merito alle questioni sostanziali; l'utilizzo della tecnica di co-mediazione che consiste nell'intervento di due o più mediatori che si alternano nella conduzione della procedura.

I mediatori non rappresentano gli interessi di nessuna delle parti, ragione per la

³ J. FOLBERG – A. TAYLOR, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984.

⁴ R. FISHER, W. URY, *Getting to yes. Negotiation agreement without living in*, II ed., Houghton Mifflin Company, 1981.

quale tale tecnica non deve essere confusa con le note commissioni paritetiche; piuttosto la co-mediazione consente ad un'équipe di mediatori di costruire una prospettiva più chiara ed un ventaglio di opportunità più ampio proprio grazie alla loro interazione, offrendo così alle parti una maggior riflessione nel pieno rispetto dei principi fondamentali dell'autodeterminazione delle parti, della neutralità dei mediatori e del consenso informato.

Ciò detto, è evidente che il modello della scuola di Harvard ha come obiettivo fondamentale quello di creare un ambiente neutrale nel quale le parti possono discutere le loro problematiche e raggiungere una soluzione di reciproca soddisfazione. Tuttavia è possibile rinvenire vari modelli di approccio, che vanno da quelli puramente facilitativi sino a quelli prettamente valutativi a seconda del tipo di intervento attuato dal terzo neutrale. Detto brevemente, nel modello valutativo il mediatore ha un ruolo più attivo nella gestione degli aspetti sostanziali della disputa in quanto, valutate la forza e le rispettive posizioni delle parti coinvolte, formulano delle proposte di accordi; al contrario i modelli facilitativi incoraggiano il ruolo delle parti come protagoniste dirette nella proposta di opzioni e nella scelta di argomenti che, poi, saranno oggetto dell'accordo finale⁵.

Il modello trasformativo di Bush e Folger, invece, rappresenta un'evoluzione del modello di Harvard; esso è stato creato dagli autori al fine di far accrescere nelle parti la consapevolezza delle proprie capacità di portare cambiamento. Gli autori hanno individuato ben ventisette fasi che i mediatori devono sviluppare durante quella che viene percepita come una procedura trasformativa che consente al mediatore di costruire una prospettiva differente e funzionale al mediatore stesso.

In quest'ottica trasformativa, i conflitti sono visti come un'occasione per trasformare

⁵ Per un approfondimento sul tema si consulti, A. UZQUEDA, *La procedura di mediazione*, reperibile sul sito: [http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/446/Relazione Ana Uzqueda.pdf](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/446/Relazione%20Ana%20Uzqueda.pdf), secondo la quale *“la mediazione facilitativa si caratterizza principalmente per i seguenti elementi: il principio di autodeterminazione delle parti nella risoluzione della controversia: nella mediazione le parti hanno un'equa opportunità di esprimere la loro visione del conflitto e di ascoltarsi reciprocamente; saranno esse stesse (e non un terzo) a decidere la portata del loro accordo, nel caso in cui lo raggiungano, e le modalità di formalizzazione dello stesso. Il mediatore non deve mai esercitare nessun tipo di pressione affinché le parti siglino l'accordo. La possibilità di prendere in considerazione sia gli aspetti oggettivi sia gli aspetti soggettivi del conflitto. La facilitazione della comunicazione e della negoziazione collaborativa tra le parti, affinché loro stesse possano raggiungere un accordo di reciproca soddisfazione. La ricerca di un accordo che sia soddisfacente per tutte le parti. L'analisi di tutti gli elementi del conflitto e l'esame delle diverse possibili soluzioni che rimarrebbero alle parti qualora non raggiungessero un accordo, affinché ciascuna possa prendere una decisione consapevole e razionale”*.

le relazioni, consentendo così una crescita morale delle persone.

Terzo ed ultimo modello è quello definito “circolare-narrativo” e creato da Sara Cobb che ha, invece, origine dal concetto in base al quale l’esperienza e la realtà sociale si organizzano mediante la narrativa⁶ – *story telling*- e afferma che i conflitti sono il prodotto della coerenza tra le storie che li riportano. Il modello narrativo, quindi, si propone come la co-costruzione di una storia comune nella quale il mediatore interviene, quale soggetto neutrale, tra le parti e svolge il proprio ruolo mediante la suddivisione dell’incontro in una prima riunione preliminare e in quattro successive ulteriori fasi: l’incontro congiunto; uno o più incontri privati; incontro interno e, infine, l’incontro congiunto.

Tuttavia, volendo tentare di dare una prima definizione di mediazione per così dire “genuina” ed al netto delle contaminazioni legislative di matrice europea nonché italiana, è possibile rifarsi all’idea sul punto di L. Fuller il quale sostiene che “*la mediazione è tutta processo e niente struttura [...]. La mediazione non è diretta a convincere le parti a uniformarsi alle norme preesistenti, ma alla creazione delle stesse norme utili alle parti. Questo accade ogni volta che il mediatore assiste le parti nelle elaborare i termini di un contratto che definisce i loro rispettivi diritti e doveri. In questi casi non c’è una struttura preesistente che guida la mediazione; è il processo di mediazione che genera la struttura.*

Si potrebbe suggerire che la mediazione è sempre diretta a promuovere delle relazioni più armoniose tra le parti, sia questo ottenuto attraverso un accordo esplicito, attraverso una reciproca accettazione delle “norme sociali” rilevanti per il loro rapporto, o semplicemente perché le parti sono state aiutate a sviluppare una nuova e migliore comprensione degli altri problemi. Il fatto che nel linguaggio ordinario “mediazione” e “conciliazione” siano spesso intercambiabili, rinforza questa interpretazione”⁷.

Da ultimo, sempre con particolare riferimento alla mediazione, occorre dire che le concezioni della stessa sono differenti; l’esperienza americana sul tema ha evidenziato una sequenza di atteggiamenti che hanno visto la loro origine

⁶ S. COBB, *A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the Storytelling “Metaphor”*.

⁷ L. FULLER, *Mediation – Its Forms and Functions*, in Id., *The Principles of Social Order*, Duke università Press, 1981, p. 128.

nell'ottimismo iniziale, per poi passare al pessimismo ed alla sfiducia, approdando all'equilibrio degli ultimi tempi.

La tendenza americana dei tempi odierni è, infatti, quella di offrire l'intera gamma di metodi di risoluzione alternativi delle controversie in modo tale che la "A" di "ADR" perda il proprio significato originario di "alternativo" ed acquisisca quello di "adeguato".

2. Un po' di storia

La composizione stragiudiziale delle controversie ha da sempre occupato un posto rilevante all'interno della società civile, così come nel panorama della risoluzione delle liti; basti pensare che, ad esempio, l'istituto della mediazione è presente, quale mezzo di risoluzione delle controversie, nelle culture musulmana, indu, buddista, confuciana ed in molte culture indigene. Inoltre anche le comunità ebraiche di cui si riporta la storia nella Bibbia e la Chiesa cristiana utilizzarono la mediazione quale mezzo per risolvere le problematiche religiose e civili insorte. Il rabbino locale, come anche il parroco ed il vescovo delle comunità cristiane, erano soggetti che spesso venivano investiti della carica di giudice e conciliatore al fine di risolvere i conflitti, specialmente quelli familiari; questo ruolo si diffuse e venne ricoperto soprattutto dai rabbini che, più tardi, in varie parti del mondo, ricoprirono ruoli cruciali nella mediazione e nella decisione delle dispute di ordine religioso⁸.

Per quanto riguarda la religione cristiana, la Bibbia narra che Mosè riuscì a *"diventare l'uomo più paziente della terra, facendo il giudice degli ebrei dalla mattina alla sera"*; va da sé che il ruolo del mediatore divenne, anche per la cultura cattolica, centrale tanto che l'apostolo Paolo venne individuato quale conciliatore nel conflitto tra Onesimo, lo schiavo fuggito e Filemone, suo padrone.

In altri e successivi passi del medesimo libro sacro, Gesù venne descritto come il mediatore tra Dio e l'uomo e questo concetto fu, poi, adottato dal clero per definire il proprio ruolo come intermediario tra più soggetti, ossia tra le congregazioni, Dio ed i credenti, tanto che, fino al rinascimento, la Chiesa cattolica, nell'Europa occidentale,

⁸ C. W. MOORE, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1986, p. 20 ss; J. BERCOVITCH, *Mediation and negotiation techniques*, in *Aa.Vv Encyclopedia of violence, peace, and conflict*, Vol. II, Academic Press, San Diego, 1999.

e la Chiesa ortodossa, nel mondo orientale, furono probabilmente le organizzazioni maggiormente coinvolte nella gestione dei conflitti stragiudiziali.

La tradizione islamica usava risolvere le dispute che sorgevano all'interno delle società pastorali organizzando l'incontro della comunità degli anziani, in occasione del quale i partecipanti discutevano, dibattevano, deliberavano e mediavano al fine di risolvere questioni critiche o conflittuali, tribali o tra diverse tribù. Data l'influenza araba in Indonesia, la predetta procedura di risoluzione dei conflitti fu adottata anche in questo paese.

I testi sacri buddhisti descrivono almeno tre casi in cui il Buddha agisce come mediatore e questo dimostra come anche la cultura buddista ebbe una lunga tradizione nella risoluzione delle controversie attraverso la conciliazione; parimenti in Cina, Giappone ed altre società asiatiche la religione e la filosofia basarono il proprio consenso sociale sulla persuasione morale e sulla ricerca di un equilibrio e di un'armonia nelle relazioni umane⁹.

L'istituto della mediazione continua tuttora ad essere praticato nella Repubblica Popolare cinese e, nella storia giapponese, il capo della comunità del villaggio aveva il compito di aiutare i membri della stessa a risolvere le loro dispute. A tutt'oggi si preferisce ricorrere alla mediazione piuttosto che alla procedura contenziosa formale, peraltro precluso da barriere procedurali piuttosto rilevanti.

Un passo differente fu segnato dal passaggio dalla famiglia rurale allargata a quella nucleare poiché si cominciò a preferire, per la risoluzione delle dispute, l'utilizzo di meccanismi formali rispetto a quelli informali, sino a quel momento utilizzati.

Passando, poi, altrettanto brevemente al continente africano, si vede come in alcune parti di questo, al fine di risolvere le dispute interpersonali insorte, veniva indetta una riunione in cui un "Grande Uomo", con la funzione di mediatore, risolveva con successo tali conflitti, grazie anche ai circoli di parentela, estesa all'interno di molte comunità africane.

⁹ Confucio giocò un ruolo fondamentale nell'antica cultura cinese, dove la mediazione fu lo strumento principale nella risoluzione della dispute. Confucio affermò infatti che, al fine di dirimere una disputa, fosse preferibile utilizzare la persuasione morale tesa al raggiungimento di un accordo, piuttosto che la coercizione del Sovrano, dato che l'armonia esistente nelle relazioni umane non andava interrotta dai procedimenti contenziosi che costituiscono l'antitesi della pace e dell'equilibrio nei rapporti.

Questo meccanismo, in verità, si è storicamente riflesso in tutte le parti del mondo, laddove gruppi etnici e religiosi -come anche mercanti, zingari e organizzazioni criminali- al fine di evitare l'imposizione autoritaria dello Stato, stabilirono un proprio sistema alternativo per la risoluzione delle dispute. Tant'è vero che, ad esempio, negli Stati Uniti, i primi Quaccheri utilizzarono quale alternativa al giudizio ordinario sia la mediazione che l'arbitrato per risolvere le proprie controversie commerciali e coniugali.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato -e prima di proseguire oltre- appare, quindi, chiaro che la mediazione è un mezzo di risoluzione delle liti conosciuto ed utilizzato con successo dalla notte dei tempi; nonostante ciò il pensiero comune tende ad individuare le radici dell'ADR in quei territori dove sono nati e si sono sviluppati i sistemi di *common law*, caratterizzati dalla mancanza di regole rigide contenute nei codici alle quali si supplisce con l'ampio spazio dato all'iniziativa delle parti ed alla cultura del patteggiamento; mentre, d'altra parte, nei sistemi di *civil law* tradizionalmente si tende alla creazione di discipline codificate nelle forme e perfino gli accordi tra le parti sono in larga parte regolati dai contratti tipici.

Tuttavia l'epoca iniziale delle conciliazioni tra parti in controversia è quella del V sec. a.C. e non, come si suole comunemente pensare, l'XI secolo; inoltre non soltanto in Paesi di *common law*, ma anche in Paesi dell'estremo oriente, ed in particolare in Cina, dove, come si dirà più ampiamente oltre¹⁰, l'etica e la cultura del rispetto profondo per le relazioni interpersonali ha fatto sì che l'atteggiamento di preoccuparsi unicamente di rendere massimo il proprio utile personale senza tenere in alcun conto gli interessi dell'altra parte è considerato particolarmente deplorabile; oltre a ciò, il pensiero confuciano è promotore della mediazione. L'idea stessa di "compromesso" come individuazione di una linea mediana concretamente utile per risolvere una controversia è profondamente radicata nella cultura cinese¹¹.

¹⁰ Cfr par. 4.2

¹¹ M. DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in *Temì romana*, LVIII n°1-3 gennaio/dicembre 2010, p. 10, reperibile all'indirizzo www.ordineavvocati.roma.it. L'autrice ricorda altresì come il pensiero di Confucio si caratterizzava sulla distinzione tra la gerarchia naturale delle cose "Li", ossia quel complesso di regole necessarie per garantire all'uomo una vita in armonia con il cosmo e con tutti gli altri esseri umani, e la legge scritta "Fa". Questa visione è fondamentale ed è la base che costituisce il reticolato di relazioni umane ed economiche. La stessa antica parola orientale "yoga", che tutti conosciamo, vuol dire vincolo, unione. Altri termini sanscriti simili sono *yuj* (verbo) con il significato di "unire" o "legare", "aggiogare"; *yúj* (aggettivo) "aggiogato", "unito a".

Il V secolo a. c. è ritenuto da molti un secolo di straordinaria importanza per la storia dell'umanità in quanto ha visto il susseguirsi e la cooperazione di grandi pensatori, filosofi e giuristi della storia, come Platone, il suo maestro Socrate, Parmenide, filosofo e legislatore appartenente alla scuola eleatica; inoltre nel medesimo periodo nasce e si sviluppa la Repubblica di Roma, ossia la prima Repubblica, che conoscerà le XII tavole, all'interno delle quali saranno contenute le regole di diritto privato e pubblico che, poi, costituiranno la base di quel passaggio cruciale nella storia dell'umanità costituito dal diritto romano; sempre nello stesso periodo nascono il buddhismo, il jainismo e il confucianesimo che, abbiamo visto, si pone il problema della risoluzione positiva delle controversie.

Tornando alle XII Tavole, il più antico codice di diritto romano, è bene ricordare che esse sono state compilate nel 451-450 a. c. e raccolgono per iscritto il diritto romano che, sino ad allora, era conosciuto e tramandato oralmente.

Ferma restando l'importanza dell'opera di raccolta di leggi scritte, le motivazioni che hanno mosso i decemviri alla redazione delle stesse sono tutt'altro che chiare¹². Tuttavia le norme riportate sulle dodici tavolette in legno e bronzo costituivano una legge di concordia per gli antichi che, per lunghi secoli, procurò la certezza e la sicurezza del diritto.

¹² Luigi Pellicchi a tale proposito ricorda che M. Humbert, in un tentativo di spiegare la natura complessiva delle *leges XII tabularum*, avanzò l'ipotesi che le stesse rappresentassero un insieme di norme dedicate al magistrato che, grazie all'ausilio delle stesse, avrebbe potuto regolare la giurisdizione con maggior facilità, limitando così la discrezionalità legata alla trasmissione orale e sapienziale del *ius*. Così L. PELLECCHI, *La legge e il magistrato. Intorno a una tecnica normativa romana*. A cura di M. HUMBERT, *Le dodici tavole dai decemviri agli umanisti*, IUSS Press, 2005, Pavia, P. 51. Tuttavia lo stesso Humbert, nella medesima opera, fa notare che, a parer suo, le XII tavole può essere valutata secondo un duplice punto di vista: da un lato la laicizzazione del diritto, dopo una fase dominata dal sacro, dall'altra la portata politica di una redazione che avrebbe posto fine al monopolio pontificale della scienza e della conoscenza del diritto. La laicizzazione sistematica del diritto, tuttavia, non trova giustificazione in quanto “*se i decemviri avessero intrapreso un'opera di laicizzazione sistematica, non avrebbero lasciato sussistere, al di fuori della legge, crimini che restano, dopo il 450, nell'ambito della repressione sacra*”. Inoltre Humbert conclude affermando che “*non c'è conflitto ideologico...tra una visione sacra dell'ordine sociale e una visione giuridica laica. In realtà si tratta di due sistemi normativi che coesistono..., senza alcuna rivalità polemica e conflittuale*”. Per quanto attiene, invece, alla reazione antipontificale, Humbert parteggia per l'insostenibilità della stessa essenzialmente per tre ordini di motivi: il primo è che l'ipotesi di un conflitto aperto tra la plebe ed il collegio pontificale a metà del V secolo è priva di prove; il secondo è che l'ipotesi di un conflitto latente tra la stesura delle XII tavole e il collegio sacerdotale che avrebbe visto i privilegi della propria scienza giuridica affidati all'indiscrezione della moltitudine, non ha più consistenza in quanto non esistono indizi di una radicata ostilità dei pontefici; infine il terzo motivo è che il ruolo mantenuto dai pontefici nella *interpretatio* della legge non può essere visto come la rivincita di un partito politico momentaneamente vinto, il che significherebbe una vittoria effimera della plebe che, con il codice decemvirale, avrebbe ricevuto soltanto un documento inerte, senza un vero valore. Op. cit., pagg. 21 ss.

La raccolta di leggi era collocata nel Foro romano, in modo tale che fosse esposta ai cittadini e disciplinava ogni ambito del diritto; come già anticipato, le XII tavole, seppur con qualche modifica, rimasero in vigore per quasi mille anni, allorquando vennero distrutte dai Galli nel 309 a. C. durante il sacco di Roma e una parte del loro contenuto è giunta sino a noi grazie all'opera svolta dalla letteratura latina.

L'importanza della raccolta delle predette leggi si fece sentire anche nei secoli successivi: queste, infatti, continuarono ad essere insegnate fino al II sec. d. C. e ad essere considerate le leggi di Roma anche dopo le grandi codificazioni dell'età Imperiale, oltre che riprese nel Digesto giustiniano, ossia il *Corpus Iuris Civilis*; infine, ancora oggi, costituiscono la base della tradizione giuridica di molti paesi europei.

Tra i frammenti pervenuti, quello indubbiamente più interessante e relativo al tema che ci occupa è quello contenuto nella I Tabula, ai punti 6 e 7 i quali così recitano

*Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem
caussam coiciunto. Com perorando ambo praesentes*¹³,

ossia

*“Se le parti si mettono d'accordo, in tal caso il magistrato emetta
sentenza. Se le parti non trovano un accordo le stesse parti esponano
gli aspetti essenziali della causa nel foro o nel comizio prima di
mezzogiorno.”*¹⁴

¹³ Traduzione: “Nel caso in cui (il convenuto) è chiamato in giudizio, lo stesso convenuto si presenti. Se il convenuto non si presenta, si provveda a chiamare dei testimoni. Quindi lo stesso convenuto sia portato in giudizio. Nel caso in cui il convenuto persiste ad opporsi o dà l'impressione di voler fuggire lo stesso convenuto venga portato davanti al giudice con la forza. Nel caso in cui la malattia o l'età avanzata rendono difficile la chiamata in giudizio, al convenuto sia offerta una semplice carrozza. Se il convenuto rifiuta la carrozza l'attore non sia costretto ad offrirgli una carrozza coperta. Se si tratta di un cittadino contribuente, faccia da garante un altro contribuente. Nel caso in cui si tratti di un proletario garantisca un cittadino qualsiasi (...). Se le parti si mettono d'accordo, in tal caso il magistrato emetta sentenza. Se le parti non trovano un accordo le stesse parti esponano gli aspetti essenziali della causa nel foro o nel comizio prima di mezzogiorno. Siano presenti tutte le parti all'illustrazione della causa. Trascorso il mezzogiorno il magistrato prenda una decisione in favore della parte presente. Se tutte le parti sono presenti il tramonto del sole costituisca il termine finale per la trattazione della causa.”

¹⁴ Sul tema delle XII Tavole, a titolo meramente esemplificativo, si possono consultare i seguenti testi: M. T. CICERONE, *De re publica*; G. FERRARIO, *Il costume antico e moderno*; A. D'ALESSANDRO, *Dies geniales*, la cui editio princeps è del 1° aprile 1522, pubblicata a Roma in aedibus I. Mazochi; DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des*

Questo frammento tratta di un rimedio endoprocessuale, quindi non esterno rispetto all'attività degli organi giurisdizionali e mette in rilievo l'elevato grado di autonomia che viene dato alle parti per la formazione di un accordo (...*rem ubi pacunt...*) per mezzo del quale viene superata la controversia che vede le stesse coinvolte e, solo in caso di mancato raggiungimento di un accordo (...*ni pacunt...*) viene introdotta una causa.

L'intento che questo frammento si propone riprende il pensiero di Plutarco che si ritrova nelle "Vite parallele", laddove, narrando di Licurgo, legislatore spartano vissuto attorno al 750 a.c. racconta come lo stesso vietasse la redazione di leggi scritte, accogliendo piuttosto un principio diffuso ed accettato dalla cultura greca secondo il quale la concordia dei cittadini, e quindi l'equilibrio nella *polis*, si basavano sulla ricerca di una stabile coesione sociale e morale dei cittadini, funzionale ad evitare eccessive liti e controversie. Probabilmente anche la *gerusia*¹⁵ aveva, tra tutti i suoi compiti, quello di agire al fine di superare le controversie che sarebbero insorte tra i componenti della *polis*; in ragione di ciò gli anziani godevano della stima dei loro concittadini proprio in ragione della loro equanimità.

Zealeuco di Locri, un altro grande legislatore del mondo antico, affronta il tema del tentativo di conciliazione, o che dir si voglia di mediazione. Egli è considerato da molti studiosi il primo legislatore del mondo occidentale e, nei quattordici frammenti delle Tavole da lui redatte che sono state tramandate sino ai giorni nostri grazie all'opera degli storici, egli descrive, tra le altre, la regola per la quale è vietato intraprendere un giudizio fra due persone se prima non si sia tentata la conciliazione:

Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente Leipzig 1824; M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, in due volumi, Leipzig, 1883; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992; M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, London, 1996; O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma, 2001; U. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002; M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005. Si consultino inoltre i seguenti siti internet: http://www.treccani.it/Portale/sito/scuola/in_aula/storia/roma_e_il_diritto/parisi_1.html; http://www.la.storia.info/Antica/romani_index.html; <http://cronologia.leonardo.it/storia/aa453.htm>; www.hs-augsburg.de/~Harsch/Chronologia/Lsante05/LegesXII/leg_ta01.html.

¹⁵ Consiglio di anziani ultrasessantenni scelti al popolo.

“Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione”¹⁶.

In epoca nettamente successiva, con la diffusione del cristianesimo e l’inizio del periodo medievale, il concetto di mediazione fu ampiamente diffuso per il tramite della religione cristiana, improntata sul perdono, sulla riconciliazione e sul senso della comunità. Del resto, il Vangelo secondo Matteo narra di come Gesù consigliasse di evitare l’intervento di una o due persone estranee alla controversia nell’ipotesi in cui la stessa non fosse direttamente regolabile dalle parti; ancora, nella Prima Lettera di San Paolo ai Corinzi, si rinviene il suggerimento di tentare la risoluzione delle vertenze all’interno della congregazione, anche attraverso l’aiuto di un soggetto terzo ed imparziale, piuttosto che portare la disputa immediatamente innanzi al giudice del tribunale.

La protagonista indiscussa dell’amministrazione della giustizia e delle attività conciliative fu l’organizzazione ecclesiastica. Essa interveniva sia nelle liti minori che maggiori grazie all’attività posta in essere dai Parroci nelle parrocchie e dai Vescovi nelle diocesi per le altre liti. Questi soggetti tentavano di soddisfare le esigenze di natura sociale per il mantenimento della pace e della coesione tra persone e famiglie; l’attività dell’organizzazione ecclesiastica era altresì orientata al perseguimento di fini etico-religiosi in quanto le controversie insorte tra *cristifideles* contrastavano in modo evidente con l’insegnamento evangelico che affondava le proprie radici nella *caritas* e nel comandamento, nuovo per l’epoca, “ama il prossimo tuo come te stesso”.

¹⁶ Gli altri frammenti sono i seguenti: A niuno è dato alienare il suo patrimonio, se non gli accadesse qualche sventura, riconosciuta dal pubblico; ai Locresi non è dato possedere né schiavi né schiave; doversi privare degli occhi gli adulteri; vietarsi alle donne indossare vesti dorate e seriche e abbellirsi con ricercatezza se non per prendere marito; dover le donne maritate vestir bianche vesti nel camminare pel foro coi domestici, e seguite da una ancella. Le altre nubili potere indossare vesti di vari colori; non presentarsi col ferro nell’adunanza del senato; condannarsi ad un’ammenda chi, ritornando da lontane regioni, chiedesse novità; condannarsi a morte quell’infermo che avesse bevuto vino contro il divieto del medico; essere vietato di piangere i morti, anzi banchettare, dopo aver dato sepoltura ai cadaveri; impedirsi la vendita dei commestibili, se non dagli stessi produttori; condannarsi a morte il ladro; cavare un occhio a chi ne cavò uno ad un altro; colui che proponesse al senato una riforma o sostituzione; di una legge vigente, dovesse tenere un laccio al collo, pronto a strozzarlo se la proposta non venisse approvata.

Oltre a questi aspetti “minori”, le funzioni di mediazione svolte dall’organizzazione ecclesiastica hanno riguardato anche controversie tra popoli e nazioni che, ovviamente, fuoriuscivano dall’alveo prettamente giuridico, o meglio processuale; inoltre in epoca medievale il clero fu chiamato più volte a rivestire il ruolo di mediatore nella composizione dei conflitti tra principi, re, imperatori, feudatari e città, mentre il pontefice o i suoi legati agivano come *amicabiles compositores*, facendo in modo che le parti in lite componessero la propria controversia in modo diretto, tentando di ottenere un impegno reciproco e solenne a rispettare gli accordi presi.

Tra i metodi di risoluzione alternativi delle controversie utilizzati in tempi antichi, un altro ruolo di primaria importanza è, senz’ombra di dubbio, rivestito dall’arbitrato che, a questo punto, diventa un confronto assai importante; l’arbitrato di cui stratta è da intendersi alla stregua della vecchia formula, ossia “*arbiter, arbitrator, seu amicus compositor*”; occorre infatti considerare che proprio l’arbitrato antico, definito quale amichevole composizione delle controversie, si è, nel tempo, adattato alle differenti realtà giuridiche e socio-economiche che si sono succedute nel tempo, suddividendosi in distinte figure giuridiche. Dell’originale modello si è conservato soltanto l’aspetto giudiziale, ossia quello dell’*arbiter* visto come soggetto simile al giudice statale, che si concretizza nella decisione in relazione al torto o alla ragione delle parti. Delle altre funzioni, alcune costituiscono l’essenza di tutti gli istituti ormai regolamentati dal Codice Civile, come ad esempio la transazione e l’arbitraggio, oppure fatte proprie da una consolidata prassi, come la perizia contrattuale; altre, infine, ed è questa la parte più interessante, erano già state formalizzate dai codificatori francesi dei primi dell’Ottocento e trovano oggi uno spazio indubbiamente maggiore nelle regole predisposte da specifiche organizzazioni, negli accordi privati e nei più recenti interventi del legislatore, non da ultimo il D.Lgs n. 28/2010, “*attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*” di cui si dirà più dettagliatamente oltre¹⁷.

In effetti, così come poi la norma ha precisato, la formula “*amichevole composizione*” è stata, poi, l’unica ad aver trovato propria collocazione nella

¹⁷ Cfr. Cap. II, par. 8 ss.

mediazione, oltre che nella conciliazione, laddove il richiamo della stessa è funzionale alla descrizione del ruolo cui un terzo è tenuto per volontà delle parti, della legge. Di essa si fa esplicita menzione nei regolamenti amministrati dalle Camere arbitrali e di conciliazione o dalle associazioni di categoria, in un veloce proliferare di applicazioni che è stato sintetizzato, nel tempo, nell'acronimo ADR, come già premesso, è mutuato dal modello statunitense delle *Alternative Dispute Resolution*¹⁸.

Il ricorso ad arbitri privati per la risoluzione delle liti costituisce, di fatto, una pratica antica ed è, molto probabilmente, la forma primigenia di giustizia civile nelle cd. civiltà senza stato. La testimonianza di quanto appena affermato si rinviene nei testi di autori che si richiamano alla Genesi e a Mosè, ovvero rimandano alle tradizioni rabbiniche o ancora ad una prescrizione di Confucio. Senza dimenticare che anche Omero nell'Iliade fa riferimento a questo profilo narrando che “*in sacro circo sedeansi i padri su polite pietre: e dalla mano degli araldi preso il suo scettro ciascun, con questo in pugno sorgeano, e l'uno dopo l'altro in piedi lor sentenza dicean*”¹⁹.

Durante il periodo dell'impero romano e, poi, successivamente nel medievale l'arbitrato era il mezzo di risoluzione delle controversie maggiormente utilizzato: i Romani identificavano l'arbitrato come quel procedimento che traeva la propria origine dal *compromissum* e cioè da una doppia stipulazione mediante la quale le parti attribuivano ad un terzo, l'*arbiter*, il potere di decidere una controversia

¹⁸ La letteratura sul punto è cospicua: cfr. a mero titolo esemplificativo: BOULLE-NESIC, *Mediation: Principles Process Practice*, Buttersworth, London, 2001; CALLER, (a cura di), *ADR and commercial disputes*, Swet & Maxwell, London, 2002; TRACHTE-HUBER S.K., *Alternative Dispute Resolution: Strategies for Law and Business*, Anderson Publ., Cincinnati, 1996; PEEPLES, *ADR: un panorama delle alternative alla causa civile*, in Riv. Not., 2002, p. 7 ss; CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1997, p. 699 ss; G. DE PALO – G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in studi di diritto processuale civile in onore di Tarzia, III, cit, p. 2059 ss.; G. ALPA- R. DANOVÌ, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004; M. DI ROCCO- A. SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali nel metodo conciliativo*, Milano, 2003; G. ALPA, *ADR*, in Trattato di diritto civile, II, Il diritto soggettivo, Torino, 2001, p. 179; M. PROSPERETTI, *Profili di diritto civile nelle procedure di conciliazione facoltativa delle International business disputes*, in Riv. Dir. Civ., 2001, p. 501 ss; P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2000, p. 318 ss; A. M. BERNINI, *Metodi alternativi di risoluzione delle liti nei servizi bancari e finanziari*, Padova, 1996; S. CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in Riv. dir. Proc., 1996, II, p. 694 ss.

¹⁹ C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Giuffrè, 2006, pag. 57 ss.

circoscrivendo i limiti e le modalità d'azione che il soggetto incaricato doveva avere cura di non travalicare. Contemporaneamente le parti promettevano reciprocamente di pagare una pena convenzionale nel caso in cui il *dictum* arbitrale, ossia la decisione, non fosse stato dalle stesse rispettato.

Nel Medioevo, invece, lo stesso professionista veniva incaricato di agire come giudice, ma anche come saggio ed esperto “conciliatore”; egli, essendo un attento interprete delle novità sostanziali, oltre che libero nell'utilizzo delle forme procedurali, era perfettamente in grado di soddisfare le esigenze della classe mercantile che, sostanzialmente, si possono identificare nella possibilità di avere una soluzione certa, rapida ed amichevole delle controversie, oltre che poco dispendiosa e raramente motivata. L'arbitrato era, poi, in grado di realizzare un efficace sistema per mantenere e garantire lo sviluppo dei traffici, dei commerci e, quindi della diffusione e della circolazione della ricchezza, vista la possibilità di mantenere le buone relazioni tra i contraenti, tra i membri delle corporazioni, nonchè tra parenti, insomma tra tutti i soggetti coinvolti in una disputa.

I numerosi elementi positivi che caratterizzavano questo sistema di risoluzione delle controversie costituiscono il reale motivo alla base della diffusione dell'istituto dell'arbitrato in contesti che, come quello veneziano, costituivano l'alternativa non alla giustizia dell'Imperatore o del Principe, bensì a quella di uno Stato di mercanti²⁰.

Tuttavia esaminando i dati legislativi che caratterizzano l'amichevole composizione delle controversie emerge che -passando dai paesi di *common law*, a quelli di *civil law*, per poi proseguire e spostare l'attenzione sui paesi di tradizione

²⁰ Si veda ancora C. TENELLA SILLANI, op. cit. pag. 79 ss: in tale occasione l'Autrice precisa che l'effettivo significato giuridico che assume la forma *arbiter, arbitrator seu amicabile compositor*, non è affatto semplice da individuarsi, al di là del fascino evocato dalla combinazione armoniosa dei vocaboli. Tuttavia l'autrice ricorda anche che, al di là delle difficoltà incontrate dai giuristi che volevano coordinare il diritto romano attinto e poi stravolto dal *Corpus iuris*, è bene ricordare che nella prassi le due figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator* erano sempre accomunate dalla formula *arbiter, arbitrator seu amicabile compositor* riportata nell'accordo compromissorio. L'autrice conclude precisando che “la valenza peculiare dell'arbitrato amicabile compositor durante i secoli di mezzo vada riconosciuta in quei fattori che lo distinguevano dal giudice appartenente alla magistratura per così dire ordinaria: l'irritualità del procedimento, garante di flessibilità, rapidità, segretezza; i caratteri dell'organo giudicante, generalmente esponente dei ceti socio-economici interessati nella contesa (i mercanti, in primo luogo, attori o convenuti che fossero) e quindi esperto -pragmatico e meno corruttibile- di profili tecnici, prassi negoziali, consuetudini mercantili; gli ampi poteri di cui poteva disporre per raggiungere l'accordo e pacificare i contendenti, poteri che andavano dalla possibilità di emettere una vera e propria “sentenza” con la quale stabilire chi aveva torto o ragione sulla base di preesistenti regole, a quella di comporre in via transattiva la lite, ovvero di decidere tenendo conto dei soli elementi di fatto considerati sufficienti nella specie, senza alcun riferimento a norme giuridiche ovvero ai pareri dei dottori o consulenti.”

musulmana o di antica fede cristiana, laddove la struttura capitalistica è profondamente radicata nella cultura di queste civiltà- la caratteristica comune si riflette nella regola dell'amichevole composizione, ovvero del giudizio *ex equo et bono*, o secondo equità, che sembra occupare nella scena contemporanea la posizione di un istituto della globalizzazione, con una modalità del tutto simile alle norme che richiamano agli usi del commercio o che contengono generici riferimenti a principi generali di "un ordine mondiale non meglio definito"²¹.

Poiché è ormai usuale trovare analogia tra il mercato globale di oggi e la cd. "globalizzazione tardo medievale dell'economia", pare che stia accadendo -sebbene in altri termini, con tempi e modalità differenti- quanto già verificatosi tra il XIII ed il XV sec., ossia l'utilizzo della *lex mercatoria* in ragione dell'avvento dei mercanti e delle fiere, allorquando la formula *arbiter, arbitrator, seu amicus compositor* era utilizzata un po' in tutto il territorio corrispondente alla vecchia Europa.

3. Uno sguardo oltre l'Europa. Lo sviluppo delle ADR negli ordinamenti di *civil law* e *common law*

Il modello italiano di mediazione rientra a pieno titolo nelle cd. ADR, *Alternative Dispute Resolution*. Per meglio rendere l'idea, dovremmo immaginare le ADR come un grande insieme, di cui uno dei sottoinsiemi è costituito dalla mediazione.

Per indagare sulle origini moderne di questo fenomeno, prima ancora di passare in rassegna le diverse procedure che compongono la grande famiglia delle ADR, occorre guardare innanzitutto²², e come si è già anticipato, all'esperienza d'oltreoceano, in particolar modo a quella statunitense. Infatti, a partire dagli anni sessanta, negli Stati Uniti che, come noto, fanno parte del sistema di *common law*, si sono sviluppati metodi alternativi di gestione delle controversie che costituiscono un'ulteriore alternativa al procedimento giurisdizionale ordinario, la cui caratteristica fondamentale è la ricerca di una o più soluzioni che si avvicinino alle esigenze di entrambe le parti²³.

²¹ C. TENELLA SILLANI, op. cit. pag. 247.

²² In realtà anche i paesi anglosassoni hanno visto uno sviluppo delle ADR in un periodo più risalente rispetto al vecchio continente.

²³ Alcuni autori attribuiscono l'origine delle ADR alla *Pound Conference* che si svolse a Chicago nel 1976 e che riunì avvocati, giudici, professori universitari, funzionari del Ministero della Giustizia di Washington con lo scopo di esaminare i problemi del sistema giudiziario americano. "Nel corso di

La causa di tale sviluppo si rinviene in diversi fattori, tra i quali va sicuramente annoverata la cd. *litigation explosion*, ossia l'incapacità della giurisdizione ordinaria di fronteggiare l'aumento dei procedimenti, oltre alla consapevolezza che lo strumento giudiziario spesso non è idoneo a risolvere situazioni complesse di conflitto, caratterizzate da relazioni interpersonali complesse che portano la controversia ad andare oltre rispetto la semplice attribuzione di colpe e di responsabilità che, invece, costituisce la caratteristica principale del procedimento ordinario.

Tuttavia è importante far luce sin da subito su alcune ombre: se è pur vero che la crisi della giustizia nella maggior parte degli ordinamenti ha incoraggiato il legislatore a correre ai ripari mediante l'introduzione, in alcuni casi obbligatoria come il nostro ordinamento, della mediazione o conciliazione che dir si voglia, è pur vero che tale crisi della giustizia ha posto al centro la necessità di istituti in grado di fornire risposte che rischiano di rimanere inevase e frustrate dalle strutture giurisdizionali ordinarie.

I metodi alternativi di risoluzione delle controversie non devono, infatti, essere considerati un mero ripiego rispetto alla situazione gravissima nella quale versa la giurisdizione ordinaria, *“quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte”*²⁴. Pertanto è necessario un differente approccio alla disciplina delle ADR affinché queste stesse vengano percepite dai cittadini quali strumenti funzionali alle proprie esigenze e, soprattutto, derivanti da una scelta consapevole e volontaria²⁵.

questa conferenza, il professore Frank Sander dell'Harvard Law School presentò il concetto di “multi-door Courthouse” (“palazzo di giustizia a porte multiple”): un palazzo di giustizia nel quale il soggetto potrebbe ottenere una moltitudine di servizi, dopo aver inizialmente esposto i motivi della sua visita ad uno specialista, che lo indirizzerebbe verso la “porta” più appropriata alla soluzione del problema. Dietro le porte si troverebbero rispettivamente, un conciliatore, un mediatore, un arbitro, un giudice “tradizionale”. [...] Questa idea ha suscitato un grande interesse e ha dato vita a diversi progetti locali i cui risultati si sono rivelati molto promettenti.” Schneebalg-Galton 2005, 4 in S. CERA, D. COLANGELI, F. PAOLELLA, *Gli istituti alternativi alla giurisdizione ordinaria*, Led, pag. 38.

²⁴ P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in studi di diritto processuale civile in onore di Tarzia, III, MILANO, 2005, p. 2059 ss.

²⁵ L'impostazione descritta ha alla base il principio di sussidiarietà, ossia l'idea che l'intervento del giudice ordinario dovrebbe essere considerato come l'ultima possibilità a disposizione, cui ricorrere soltanto in caso di impossibilità del raggiungimento dello scopo attraverso altre forme di confronto e

Del resto l'introduzione – o la riscoperta che dir si voglia- delle cd. ADR potrebbe essere letto alla luce dell'evoluzione del diritto e del dialogo tra ordinamenti giuridici²⁶. Esso infatti, sin dalla propria nascita, muta senza interruzione e, al fine di comprendere le modalità e le ragioni di tale evoluzione, il giurista ha utilizzato la lente evolutiva per spiegarne il divenire. Infatti, da forme giuridiche elementari, finalizzate a risolvere soltanto problemi poco complessi, sono derivate forme giuridiche sempre più complesse ed idonee alla risoluzione di problemi giuridici via via più complicati. Se si ritiene la suddetta posizione meritevole di seguito, allora il divenire giuridico così come appena descritto non implica che il punto di arrivo dell'evoluzione abbia una superiorità intrinseca rispetto al punto di partenza e che quest'ultimo meriti disprezzo²⁷.

Tornando alla storia delle ADR in occidente, occorre precisare che la loro diffusione è dovuta anche alla spinta del movimento pacifista che si diffuse negli anni Sessanta e che portò ad una profonda rivisitazione dei valori fondamentali della società improntata alla non violenza; valori che, tuttavia, occorre ammetterlo, non sembrano abbiano lasciato una significativa eredità dietro di essi. Da quel particolare momento storico iniziò la ricerca e l'elaborazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie che ripudiassero la conflittualità tipica delle controversie ordinarie.

A questo profilo squisitamente sociologico, sono affiancate alcune esigenze prettamente pratiche che, invero, si sono ripresentate (o forse non sono mai scomparse) di recente ed hanno costituito la ragione fondamentale della spinta

non di certo come, invece, viene visto, ossia come primo ed unico punto di riferimento per la soluzione di qualsiasi lite.

²⁶ Con specifico riguardo al tema della comparazione giuridica si rimanda a A. GAMBARO *et alia*, *Comparazione giuridica*, (voce), *Digesto, Disc. Priv.*, vol. III, Torino, 1988, pp. 52 s.; A. GAMBARO, *Le tesi di Trento. Appunto sul metodo, bozza di lavoro dattiloscritta*, Trento, 2002, pagg. 1-27; in precedenza già R. SACCO, *La comparazione giuridica*, cap. I, in A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1996, pp. 1-22; G. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel mondo occidentale e una introduzione al dialogo civil law-common law*, Giuffrè, Milano, 1983; R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, I-II, in *The American Journal of Comp. Law*, Vol. 39, 1991, pp. 1-34 e pp. 343-401; A. MOCCIA, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato. Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 181-193; F. GALGANO (a cura di) con la collaborazione di F. FERRARI- G. AJANI, *Atlante di diritto privato comparato*, II ed; P. LEGRAND-R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, ed ivi in particolare il contributo di M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, H.M.T.T, *Fonction subversive du droit comparé*, RIDC, n. 3, 2000, pp. 518-519

²⁷ In questi termini, R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, op. cit., p. 24.

dell'Unione europea alla diffusione delle stesse. Una prima esigenza è emersa dal fatto che gli elevati costi e la durata eccessiva delle procedure tradizionali ponevano gravosi ostacoli alla tutela dei diritti; una seconda si rinveniva dal fatto che l'atteggiamento razionale degli imprenditori ha portato con sé l'esigenza sempre più pressante di ricercare soluzioni rapide ed efficienti che sapessero contemperare gli interessi contrapposti, nella convinzione che lunghi ed antieconomici giudizi non avrebbero fatto altro che portare all'escalation della situazione, già peraltro compromessa tra le parti.

Anche gli *in house counsels* delle grandi *corporations* statunitensi si sono attivate per la predisposizione e la messa in atto di procedure che vennero dagli stessi denominate "alternative" proprio grazie alla loro capacità di comporre le controversie in modo amichevole ed informale col fine specifico di assicurare celerità, razionalità ed economicità di collocazione degli interessi in gioco.

Gli obiettivi appena descritti sono stati perseguiti ponendo particolare attenzione alla scelta dei soggetti chiamati a comporre le controversie con modalità "alternative" rispetto ai procedimenti ordinari ed all'arbitrato, nonché ai poteri a questi attribuiti. Va da sé che tali soggetti dovevano essere neutrali rispetto alle parti coinvolte, disporre di un bagaglio culturale e professionale idoneo e avere caratteristiche personali che permettessero loro di porsi nella posizione di consulenti di tutte le parti in conflitto, restando tuttavia equidistanti dalle stesse, facilitando una soluzione ragionata delle controversie che preservasse quanto possibile del rapporto sottostante.

Il buon esito delle procedure di ADR è dipeso proprio dalla capacità dei soggetti terzi di evidenziare i rispettivi interessi delle parti, riducendo ai minimi termini le incomprensioni esistenti.

L'evoluzione dei meccanismi di ADR è stata così significativa che molti enti istituzionali, come le Camere di Commercio ed altri organismi rappresentativi delle imprese, hanno incoraggiato l'uso di una vasta gamma di procedure alternative come *mediation*, arbitrati e conciliazioni, predisponendo strutture e regolamenti idonei allo scopo e selezionando professionisti esperti.

La *Court of Arbitration*, organismo facente parte della Camera di Commercio internazionale di Parigi, ad esempio, ha predisposto regolamenti di conciliazione ed

ADR; ancora, il *Centre for Dispute Resolution* – CEDR di Londra organizza seminari per la formazione dei *mediators*, mentre negli Stati Uniti nelle maggiori università si tengono regolarmente corsi di studio, laboratori di mediazione, *clinical studies* e *negotiation workshops*²⁸.

Innanzitutto, come già chiarito, occorre ricordare che lo sviluppo delle ADR ha origine negli Stati Uniti d'America dove, per alcuni decenni, ha rappresentato un punto di riferimento importante per la risoluzione delle controversie.

Per tale ragione le ADR sono molto più sviluppate in quelle giurisdizioni, piuttosto che in Europa, dove sono state introdotte soltanto una ventina di anni fa; le realtà europee che hanno accolto e diffuso con significativa rapidità le ADR sono Inghilterra e Galles laddove, oggi, esse rivestono un certo grado di rilevanza.

In Inghilterra i mediatori non sono nominati o selezionati dallo Stato, ma, generalmente, scelti dalle parti. I consorzi di mediatori possono aiutare le parti ad individuare il mediatore e fornire a quest'ultimo un supporto nell'espletamento del suo incarico.

Gli accordi che derivano da una mediazione sono divenuti assai comuni e possono essere abbastanza complessi, anche se più flessibili rispetto ad una decisione giudiziaria²⁹; una transazione può attribuire ad entrambe le parti una percentuale di successo o, almeno, la possibilità di “salvare la faccia”^{30 31}. L'interazione tra la mediazione e le corti civili può operare ai seguenti livelli: sanzione delle spese giudiziarie – ad esempio, la Corte d'appello nel caso *Dunnett v. Railtrack plc* del 2002 ha applicato una sanzione in termini di spese legali nei confronti di una parte

²⁸ Per un approfondimento del tema si consultino F. AROSSA, F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di “adr”*, Giuffrè, 2004, p. 10; G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, 1999.

²⁹ K. MACKIE - D. MILES - W. MARSH - T. ALLEN, *The ADR Practical Guide – Commercial Dispute Resolution*, 2000 Butterworth p. 53.

³⁰ D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, III, London, 2005; K. MACKIE - D. MILES - W. MARSH - T. ALLEN, op. cit., n. 6; v. anche il *Centre for Effective Dispute Resolution* all'indirizzo: www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf.

³¹ Ad esempio, nel caso *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd*, un accordo commerciale conteneva una disposizione c.d. a strati. Essa richiedeva che le parti, per prima cosa, si sforzassero di negoziare una soluzione. In secondo luogo, la clausola stabiliva che, se queste negoziazioni non avessero avuto successo, sarebbe stato obbligatorio il ricorso alla mediazione. Dopo il fallimento delle negoziazioni, una parte decise di bypassare il livello della concordata mediazione ed instaurò un procedimento avanti alla High Court inglese. La controparte sollevò un'eccezione al riguardo. Colman J, un giudice della Commercial Court, stabilì che la clausola per la mediazione era valida e, per darvi attuazione, dispose lo “stay” del procedimento avanti alla High Court, che una parte aveva iniziato in violazione di tale accordo.

che aveva rifiutato di accondiscendere ad una proposta del giudice di risolvere il caso, al tempo in fase di appello, attraverso un'adr³²; *stay* giudiziale del procedimento attraverso il quale una corte, anche su istanza di parte, può stabilire che il procedimento sia sospeso per un mese al fine di permettere alle parti di dare corso a procedure di ADR o ad altre negoziazioni a fini transattivi. In seguito allo *stay* il procedimento civile pendente è sospeso ed al momento appropriato può essere riassunto.

La mediazione può ancora operare per ordine del giudice che obbliga le parti a nominare dei mediatori: la *Commercial Court* può emettere un c.d. *adr order* senza sospendere il procedimento e creando, così, l'obbligo di trovare un accordo per la nomina di un mediatore. Alla Corte va riferito ogni fallimento del tentativo di mediare, ma l'ordine non arriva ad obbligare una parte a dare corso alla mediazione “in buona fede”, “ragionevolmente” o “in modo co-operativo”. Tuttavia la Corte, al momento di esercitare i propri poteri ampiamente discrezionali in materia di spese di lite, guarderà con diffidenza alla parte che, con motivi poco convincenti, non si sia impegnata nell'ADR. Una parte può essere sanzionata solo se si rifiuta di sottoporsi alla mediazione senza un giustificato motivo, ma non se ha volutamente contribuito in modo negativo od in mala fede alle discussioni nell'ambito dell'adr. Tali discussioni, infatti, sono confidenziali e non possono essere oggetto di investigazione giudiziale.

Diretta conseguenza di quest'ultima situazione è che i termini dell'accordo che scaturisce da una mediazione sono confidenziali e, se l'integrità e la riservatezza del procedimento debbono essere rispettate, la corte non deve sapere, e dunque non deve investigare, i motivi per cui esso non ha portato ad un accordo³³.

In seguito alla diffusione negli ordinamenti di *Civil Law*, la diffusione delle ADR ha spinto la Commissione europea a presentare il “*Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*” con il quale è stato richiesto agli stati membri di rendere il proprio parere sulle regole predisposte.

³² In WLR, 2002, 1, p. 2434 (CA), punto 13 ss.; tale tipo di condanna alla spese va distinta dall'ordinaria sanzione erogata in caso di irragionevole rifiuto di accettare un pagamento o una proposta conciliativa, su cui v. la Cpr Part 36.

³³ Per un approfondimento sul tema si consulti N. ANDREWS, *La giustizia civile inglese e il mondo esterno*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2007, 03, p. 829 ss. da cui si sono tratte le informazioni qui riportate.

3.1 ADR negli Stati Uniti

Prima ancora di procedere all'analisi di altre realtà di *civil law* delle varie forme e dell'utilizzo che gli ordinamenti stessi, è preferibile descrivere la realtà statunitense.

Negli Stati Uniti il termine ADR comprende ogni mezzo di risoluzione di una controversia attraverso il quale il soggetto terzo, imparziale, aiuta le parti ad arrivare ad una composizione della stessa, individuando una soluzione soddisfacente per entrambe.

Le trasformazioni a livello sociale e culturale hanno comportato una necessità di aumento dei servizi per la conciliazione e per la risoluzione dei conflitti civili e familiari. Pionieristica in questa circostanza fu la *Los Angeles County Conciliation Court* ha iniziato la propria attività nel 1939 e facilitò l'espansione della mediazione sul territorio americano. Uno dei maggiori esponenti è l'avvocato e psicoterapeuta O. James Coogler che, assieme all'esperto negoziatore del mondo del lavoro John Haynes, ha dato impulso a questa nuova attività. Successivamente, nel 1975 Coogler ha creato la *Family Mediation Association* e ha pubblicato la rivista *Family Mediation*, mentre nel 1978 ha scritto il manuale "*Structured Mediation in divorce Settlement: an Handbook for Marital Mediators*".

Sulla scia di questi progetti, nei successivi trent'anni sono nate più di trecento associazioni di mediazione che hanno saputo fare della loro attività un valido tentativo di difesa dei diritti degli individui, anche grazie agli studi di Haynes sulle tecniche del *brainstorming* e sul *problem solving*.

Sebbene, come si è detto, la mediazione negli Stati Uniti sia presente ormai da oltre settant'anni³⁴, la sua portata si è estesa considerevolmente nel corso degli ultimi

³⁴ L'origine storica della conciliazione americana può essere individuata nelle prime forme di composizione delle liti utilizzate all'epoca coloniale: in questa fase storica era infatti frequente il ricorso a forme di composizione dei conflitti di tipo conciliativo, facilitate dall'intervento di un terzo che, grazie alla sua autorevolezza morale, era in grado di indurre le parti ad una soluzione amichevole del conflitto; non si trattava, ovviamente, di forme strutturate di conciliazione, quanto di fenomeni connaturati alla stessa organizzazione sociale di quelle comunità, nella quali molto forte era la coesione culturale tra i componenti. Le prime forme di conciliazione "moderna" si possono individuare nelle procedure di negoziato sindacale utilizzate nel corso delle contrattazioni collettive e, in un secondo momento, nelle conciliazioni delle controversie minori realizzate nei primi centri di *neighborhood justice*. La *neighborhood mediation* risponde all'esigenza di individuare forme di giustizia più accessibili rispetto al procedimento giurisdizionale, i cui costi e le cui formalità appaiono sproporzionati in relazione al valore e all'entità delle controversie che ne costituiscono oggetto. Il ricorso a procedure di conciliazione organizzate e gestite a livello locale dovrebbe inoltre consentire la realizzazione di una forma di giustizia "coesistenziale" che rispecchi e promuova i valori di convivenza e pace sociale delle singole comunità.

40 anni, sino a comprendere procedure non vincolanti, come la *mediation* ed il *mini trial*, oltre ad arbitrati vincolanti e *private judging* dove il terzo imparziale ha il potere di imporre una decisione vincolante.

E' importante evidenziare come le ADR costituiscono un'alternativa sia al giudice tradizionale, sia al *jury trial*, con tutte le regole formali di procedura. I mezzi di risoluzione alternativa delle controversie presentano la caratteristica di essere, al contrario del giudizio ordinario, meno avversariali e, soprattutto, pongono l'accento sulla soluzione del problema piuttosto che sulla vittoria della causa³⁵. Inoltre il tradizionale tentativo di comporre la lite che gli avvocati delle parti attuano in modo da raggiungere un accordo per evitare il giudizio, non può essere considerata un'ADR poiché non coinvolge l'operato di un terzo soggetto imparziale.

Come già rilevato *ex ante*³⁶, il moderno movimento delle ADR ha cominciato a svilupparsi negli Stati Uniti allorchè i *general counsel* delle maggiori società ha cercato una soluzione per evitare i costi e le incertezze delle liti in giudizio; del resto le predette problematiche erano già ben note a professionisti, esponenti della dottrina e giudici che, sempre più consapevoli del crescente numero di procedimenti giudiziari e del conseguente aumento dei costi per le liti e delle lungaggini del sistema legale intero, si erano posti il problema quanto tempo prima.

Inizialmente le ADR erano impiegate per la risoluzione delle controversie familiari, di lavoro e di quelle di minor valore; oggi, invece, esse costituiscono uno strumento di sempre più larga diffusione, sia nel pubblico che nel privato, come ad esempio per le controversie in materia bancaria/finanziaria, antitrust, internazionale, *securities* e di illecito da inquinamento; discussa è, invece, la possibilità di utilizzare tali mezzi di risoluzione alternativa con particolare riferimento alle controversie aventi ad oggetto questioni di salute, il settore dell'energia e delle *utilities*, la responsabilità da prodotto³⁷, *equipment leasing*, costruzioni, trademark e brevetti, danno ambientale/rifiuti pericolosi, servizi governativi ed altri.

³⁵ E. DAUGHTRY, H. GARRY, L. REED, ADR negli Stati Uniti, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004, paf. 175.

³⁶ Cfr par. 1.

³⁷ Per un approfondimento sul tema della responsabilità civile per danno da prodotto in differenti campi, D. CERINI, V. GORLA *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

3.1.1. Le iniziative legislative e l'approccio dei tribunali

Nel dicembre 1990, il Congresso degli Stati Uniti ha varato il *Civil Justice Reform Act* (CJRA) per tentare di arginare i costi della giustizia e di risolvere i ritardi nei processi avanti ai tribunali federali.

Il CJRA ha richiesto a ciascun tribunale federale distrettuale (di primo grado) di sviluppare e mettere a punto un piano di spesa di riduzione dei ritardi entro tre anni dalla sua adozione.

Nell'elaborazione del piano ogni Corte era tenuta a considerare sei regole e linee guida per gestire una lite, compresa l'autorizzazione a deferire i casi ai programmi di ADR, come *mediation*, *minitrial* e *summary jury trial*; requisiti che dovevano rimanere in vigore per sette anni.

Inoltre il DJRA ha designato tre corti distrettuali federali per sperimentare differenti metodi di riduzione dei costi e dei ritardi, compreso l'utilizzo dell'ADR, per un periodo di cinque anni.

Nonostante questa riforma non abbia introdotto alcuna obbligatorietà in riferimento all'uso delle ADR, ha incoraggiato l'uso delle stesse, tant'è che già nel 1996 la maggior parte dei tribunali ne aveva previsto o autorizzato alcune forme. Questo aspetto indicava altresì che il Congresso aveva iniziato a realizzare l'utilità e l'efficacia di questi strumenti nella risoluzione delle controversie civili.

Il CJRA, inoltre, è stato il precursore dell'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 col quale i tribunali federali sono stati obbligati ad utilizzare le procedure di ADR.

3.1.2 L'Administrative Dispute Resolution Act del 1990, 1996 e 1998

Contemporaneamente allo sviluppo dell'ADR nei tribunali federali, il Congresso ha approvato l'*Administrative Dispute Resolution Act* del 1990 (ADRA) dando l'avvio all'utilizzo delle ADR per un periodo di prova di cinque anni nelle agenzie esecutive ed amministrative degli Stati Uniti. Poiché si trattava di una procedura volontaria e finalizzata ad integrare piuttosto che a limitare gli altri mezzi di risoluzione delle controversie all'interno delle agenzie, se le parti accettavano previamente di aderirvi, l'agenzia aveva discrezionalità sull'utilizzo o meno dell'ADR stessa.

Sono stati inoltre previsti sei criteri guida per mezzo dei quali un'agenzia doveva considerare di non utilizzare l'ADR; alcuni esempi sono il caso in cui era richiesta la risoluzione di una questione per stabilire un precedente, "*è importante una completa documentazione pubblica del procedimento*", o "*è di particolare importanza mantenere politiche consolidate*". Nel 1996 l'autorizzazione del Congresso all'uso dell'ADR da parte di agenzie amministrative e governative fu resa definitiva ai sensi dell'*ADR Act*. Conseguentemente l'art. 573 della L. n. 101-552 fu emendato per indirizzare il Presidente a designare un'agenzia o un comitato di agenzie al fine di "*facilitare ed incoraggiare l'uso dell'ADR da parte delle agenzie*".

L'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 fu approvato dal Congresso nel mese di gennaio di quello stesso anno; esso ha riformato il Capitolo 44 richiedendo ad ogni Corte federale di attuare programmi di ADR per tutte le azioni civili³⁸.

L'*ADR Act* definisce l'ADR come "*ogni procedimento o procedura, diversa dalla decisione di un giudice, nel quale un terzo imparziale presta la propria assistenza nella risoluzione di una controversia, attraverso metodi quali early neutral evaluation, mediation e arbitrato*"³⁹; secondo il medesimo documento ogni tribunale federale distrettuale è tenuto ad autorizzare l'uso della ADR in tutte le azioni civili, nonché a programmare ed attuare un piano per incoraggiarne o promuoverne l'uso. In particolare, i tribunali distrettuali devono obbligare i litiganti a prendere in considerazione l'ADR in tutte le controversie, dovendo quindi offrirne almeno una tipologia. Tuttavia è previsto che i tribunali possono ordinare l'utilizzo solamente di due procedure di ADR: *mediation* o *early neutral evaluation*, entrambe non vincolanti. Parallelamente, ogni Corte distrettuale è tenuta a designare un apposito funzionario come responsabile per la gestione della procedura di ADR e, per il reclutamento, lo screening ed il training dei terzi imparziali che, partecipando ai

³⁸ Si tratta della L. 105-315, codificata ed emendata all'art. 28 dell'USCA della legge civile degli Stati Uniti, articoli 651-658 (West Supp. 2001). Nell'approvare l'ADR Act, il Congresso ha osservato che l'ADR ha il potenziale di fornire maggior soddisfazione alle parti della controversia, metodi innovativi per risolvere le controversie e sempre maggiore efficienza nel raggiungere un accordo. Ha anche evidenziato le potenzialità dell'ADR nel ridurre l'arretrato dei casi nel sistema federale, permettendo alle Corti di trattare più efficacemente i rimanenti casi. Si veda l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, P.L. n. 105-315, art. 2. Per ulteriori approfondimenti si consulti E. DAUGHTRY, H. GARRY, L. REED, ADR negli Stati Uniti, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004, pag. 178.

³⁹ USC 28 art. 651 (a).

programmi di *court-annexed ADR*, devono essere particolarmente qualificati ed addestrati.

3.1.3 ADR privata e ADR pubblica. Le procedure

Negli Stati Uniti vi sono essenzialmente due tipi di ADR privata: quella autoregolamentata e quella istituzionale.

Il sistema privato autoregolamentato è costituito da un processo in cui le parti di una controversia decidono esse stesse di utilizzare un metodo ADR e di mantenere il massimo controllo, senza alcun supporto da parte di organizzazioni esterne, o Tribunali, che potrebbero avere altri scopi e, talvolta, configgenti, come ad esempio il guadagno o la riduzione del numero di casi da esaminare. Le parti scelgono un soggetto terzo ed imparziale ed il procedimento è completamente flessibile al fine di incontrare e soddisfare i bisogni delle parti, senza che debbano essere sostenuti ulteriori costi da pagare ad un gestore della lite. Di contro, l'ADR istituzionale comporta l'utilizzo dell'esperienza gestionale di centri per la risoluzione delle controversie.

Nel corso degli anni, viste le numerose e diversificate necessità presentate dai soggetti in lite, si sono sviluppati molteplici meccanismi privati di ADR, con la conseguenza che si è creata un'ibrida combinazione di metodi e procedure.

Di seguito si elencano i principali dei predetti meccanismi privati di ADR nati ed utilizzati negli Stati Uniti⁴⁰, con la precisazione che le categorie che ci sia appresta a menzionare rientrano in una materia in continua evoluzione qual è l'ADR; inoltre esse non sono tipizzate e, soprattutto, sono soggette a continui cambiamenti ed aggiustamenti tecnici al fine di favorirne l'impiego in un raggio sempre più ampio di controversie.

- 1) *Arbitrato*: si tratta di una procedura in cui ciascuna parte presenta la propria posizione e le prove ad un soggetto terzo ed imparziale o ad un collegio; l'arbitro o gli arbitri hanno il potere di trovare una soluzione della controversia e possono essere scelti congiuntamente dalle parti, mediante

⁴⁰ Per un'analisi completa si rimanda a E. DAUGHTRY, H. GARRY, L. REED, ADR negli Stati Uniti, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004, pag. 179, laddove gli autori specificano che le definizioni sono riportate parola per parola, con la necessaria autorizzazione, dal sito web del *Centre for Public Resources Institute for Dispute Resolution*.

accordi contrattuali, a seconda del foro o della altre regole applicabili, e, in qualche caso, possono essere scelti specificamente e singolarmente dalle parti. Questi ultimi sono considerati arbitri di parte, ovvero imparziali, a seconda delle norme che disciplinano l'arbitrato. Se le parti si accordano preventivamente in modo spontaneo, ovvero rispettano quanto previsto dalla legge applicabile, il lodo è vincolante ed esecutivo allo stesso modo di un'obbligazione contrattuale, ovvero ai sensi della legge applicabile, o ancora come previsto dal *Federal Arbitration Act* o da disposizioni equivalenti. L'accordo delle parti o la legge applicabile può stabilire se il lodo deve avere la forma scritta e che tipo di rimedio le parti dispongono quando l'arbitrato non è vincolante.

L'arbitrato può prendere una delle seguenti forme: a) *arbitrato vincolante*: è un processo privato in contraddittorio tra le parti nel quale le medesime scelgono un soggetto imparziale o un collegio di tre soggetti imparziali affinché questi giudichino la controversia ed emettano una decisione o lodo finale e vincolante. Si tratta di un processo meno formale rispetto a quello che si svolge innanzi al giudice ordinario, tant'è che le parti possono stabilire procedure proprie e decidere se saranno applicate le regole formali sui mezzi di prova. Se non vi è stata malafede o non è stato riscontrato alcun vizio procedurale, il lodo arbitrale vincolante è esecutivo e non appellabile. b) *arbitrato non vincolante*: questa procedura funziona con le stesse modalità dell'arbitrato vincolante, ma la decisione del soggetto imparziale ha solo una funzione consultiva; le parti infatti possono decidere preventivamente di utilizzare la decisione consultiva come strumento per risolvere la loro controversia attraverso la negoziazione o altri mezzi.

2) *Arbitrato "Baseball" o "Final Offer"*: questa procedura è molto utilizzata nelle controversie di tipo commerciale in cui ogni parte sottopone all'altra una proposta economica. Al termine dell'udienza l'arbitro sceglie una delle proposte senza possibilità di modifica. La predetta proposta impone dei limiti alla discrezionalità dell'arbitrato e stimola ciascuna parte ad offrire una proposta ragionevole, nella speranza che il giudicante l'accetterà.

- 3) *Arbitrato "Bounded" o "High Low"*: le parti concordano privatamente, senza informare l'arbitro, che il lodo che lo stesso emetterà sarà rettificato nell'ambito di parametri limitati. Se il lodo rientra nel valore stabilito, le parti sono vincolate a quanto previsto nel lodo.
- 4) *Arbitrato "Incentive"*: si le parti utilizzano un arbitrato non vincolante, esse concordano una penale nel caso in cui una di loro decidesse di respingere la decisione arbitrale, inizi un'azione in giudizio o veda peggiorare la sua situazione secondo percentuali o formule stabilite. Le penali possono comprendere il pagamento degli onorari agli avvocati per la lite.
- 5) *Confidential listener*: le parti sottopongono le rispettive proposte di accordo riservate ad un terzo imparziale che, senza rivelare le offerte l'una all'altra, le informa se le loro posizioni siano o meno conciliabili. Le parti hanno la possibilità di concordare che, se le cifre proposte sono nei limiti di una specifica oscillazione, sono libere di indirizzare il soggetto imparziale in modo da informarle ed aiutarle a negoziare per ridurre la differenza. Inoltre se le cifre proposte rientrano nell'oscillazione prestabilita, le parti possono optare per la ripetizione della procedura.
- 6) *Facilitation/Consensus Building*: si tratta di una procedura nella quale più partecipanti o interessati ad una controversia giuridica, una questione regolamentare, un contratto, si riuniscono con un terzo imparziale per negoziare soluzioni o proporre suggerimenti alla competente autorità governativa.
- 7) *Fact Finding*: mediante l'impiego di questa ADR vengono determinati i fatti rilevanti per una controversia; la peculiarità di tale strumento è costituita dal fatto che essa costituisce una componente di altre procedure di ADR e può assumere diverse forme: *neutral fact finding* in cui le parti designano un terzo imparziale per svolgere la funzione e, generalmente, stabiliscono in anticipo se il risultato che si otterrà sarà definitivo o soltanto consultivo; *expert fact finding*.
- 8) *Summary Jury Trial*: è una forma di giudizio breve e sintetica se paragonata al processo tradizionale e si svolge innanzi ad una giuria finta –*mock jury*– composta da sei membri. Gli avvocati che accompagnano le parti in causa

hanno a disposizione un lasso di tempo minimo di un'ora e massimo di un giorno, per esporre la propria versione dei fatti alla giuria. Terminata la presentazione, che può essere corredata dal deposito di documenti, deposizioni scritte o testimonianze, la giuria si ritira per decidere e la successiva sentenza – *advisory judgement* o *advisory verdict*- fornisce ai soggetti in lite un'anticipazione del probabile esito della lite in tribunale. Questa anticipazione, *judicial reality check*, è una decisione che, ovviamente, non presenta i caratteri della vincolatività e, per tale ragione, non può essere appellata.

- 9) *Mini trial*: si tratta di un procedimento attivato consensualmente e in via privata che offre la possibilità alle parti in lite di affidare le proprie posizioni ai rispettivi rappresentanti che le gestiscono in una sorta di mini processo simulato innanzi ad un *advisor*, altrimenti detto consulente, neutrale. Se l'*advisor* non riesce a far conciliare le parti in lite, egli è tenuto a rendere un parere non vincolante in relazione al probabile esito del successivo giudizio che potrà essere incardinato presso la corte competente. La simulazione offre ai rappresentanti delle parti l'effetto positivo di conoscere la fondatezza delle pretese di ciascuna parte, così da favorire la ripresa delle trattative, oppure la ripresa di un negoziato.
- 10) *Moderated Settlement Conference*: tale procedura consente ai difensori delle parti di presentare, all'interno di un contraddittorio e ad un collegio di soggetti terzi ed imparziali composto da giuristi, le difese dei propri assistiti. Il parere che viene espresso dal collegio non è vincolante, ma avrà l'effetto di indirizzare le parti nelle trattative al fine di giungere ad una conciliazione.
- 11) *Ombudsman*: tale procedura consiste nella presenza di un soggetto terzo ed imparziale, scelto da un soggetto istituzionale, come una banca, un'università, un ospedale oppure un'agenzia governativa, per far luce sulle denunce presentate dai soggetti che sono entrate in rapporto con l'organizzazione.
- 12) *Early neutral evaluation*: con questa ADR i litiganti possono sentire in via del tutto informale la posizione assunta dall'altra parte. Essa consiste in una valutazione preliminare effettuata da un terzo neutrale – *neutral evaluator*-esperto nella materia oggetto del contendere ed a cui le parti ed i rispettivi

avvocati espongono sommariamente il caso. Il *Neutral evaluator* può chiedere ulteriori chiarimenti alle parti per poi identificare le aree all'interno delle quali esse potrebbero trovare un accordo ed invita, quindi, i litiganti a negoziare tra loro.

4. La riscoperta dei metodi “omeopatici” di risoluzione delle controversie negli ordinamenti giuridici “lontani”

Come si è già visto in precedenza, in realtà le ADR non sono state inventate, bensì semplicemente riscoperte e, ovviamente, riadattate all'esigenza dei tempi “moderni” e delle condizioni socio-giuridiche degli ordinamenti che li accolgono al proprio interno.

Si ricorderà come meccanismi “amichevoli” di composizione delle liti tra privati erano già utilizzati con successo in Cina ai tempi di Confucio e, da sempre, costituiscono il sistema prescelto di soluzione delle vertenze in Paesi la cui “cultura” rifugge dallo scontro in aule di tribunale, come ad esempio il Giappone⁴¹. In questi Paesi, infatti, i conflitti a carattere privatistico vengono gestiti, prevalentemente, senza l'intervento dello Stato, il che porta alla conclusione che altri soggetti, diversi e scollegati dal potere centralizzato, hanno piena padronanza della controversia, portando la stessa ad una definizione⁴².

⁴¹ F. AROSSA, F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di “adr”*, Giuffrè, 2004, p. 7. Per un approfondimento del tema si consultino: H. LI, *Access to Justice: People's Republic of China*, in *Access to Justice*, vol. I, *A world Survey Book*, I, M. Cappelletti, B. Garth, Milano, Giuffrè-Sithoff Alphenaaanderijn, p. 373-393; N. PICARDI, nel volume del C.N.R., *Ricerche sul processo*, VII; *Il processo civile cinese*, Rimini, 1998, p. 177-178; K. ZWEIGERT- H. KOTZ, *Il diritto giuridico dell'Estremo Oriente*, in *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I, p. 367-372.

⁴² Così R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 2008, pag. 21. Gli autori, affrontando il tema del diritto con, o senza, lo Stato affermano che quest'ultimo, in determinate aree geografiche come l'Egitto, la Mesopotamia, l'India e la Cina, è nato non prima del 3500 a. C; dato dal quale si desume che in precedenza mancasse uno stato, cioè un soggetto, che fosse in grado tanto di provvedere ai bisogni collettivi della società, quanto un'autorità centralizzata e sovraordinata ai gruppi familiari. Nonostante la struttura statuale si sia, poi, diffusa nella maggior parte dei paesi, ancora oggi esistono società all'interno delle quali le strutture statuali non sono operanti. A tal proposito si veda anche C. T. SILLANI, *L'arbitrato di equità*, op. cit., pag. 57 ss.

4.1 L'approccio giapponese alla risoluzione delle controversie

Ancora prima di affrontare la collocazione dell'istituto della mediazione all'interno dell'ordinamento giuridico giapponese⁴³, pare opportuno analizzarne brevemente la storia del diritto la cui origine si può far risalire al 646, anno dell'inizio dell'era *Taika*, caratterizzata da una struttura sociale molto gerarchizzata che vedeva al vertice un imperatore, sacralizzato e sottomesso ad una legge naturale immutabile; uno Stato che dirigeva l'economia, principalmente basata sulla coltivazione del riso, una divisione della società in classi sociali o caste ad ognuna delle quali erano affidati ruoli sociali ben precisi.

Il rispetto delle regole è garantito essenzialmente dal *ritsu* e dal *ryo*; si tratta rispettivamente della regola repressiva e di quella amministrativa i cui concetti vengono esplicitati mediante delle compilazioni e la cui diffusione è affidata ad apposite scuole.

Successivamente la società giapponese si è fondata su una casta guerriera, costituita dai *buke*, dai *bushi* e dai *samurai*, la quale è rimasta fedele ad una regola consuetudinaria cavalleresca alla quale i membri aderiscono in modo del tutto spontaneo⁴⁴.

Per un lungo lasso di tempo il Giappone ha visto la coesistenza di due ordini di diritto: quello castale, che si applicava al guerriero e quello *ritsu-ryo* che regolamentava la classe sociale contadina; con l'avvento del XIV secolo si è assistito al decadimento del *ritsu-ryo* ed alla diffusione della dominazione delle persone di rango superiore su quelle di rango inferiore, nonché alla conseguente suddivisione della società in ranghi sociali la cui base è costituita dal confucianesimo, divenuto la nuova dottrina sociale del paese che affonda le radici in un ordine naturale creduto immutabile.

Nel successivo XVIII secolo l'imperatore accentra su di sé il potere, tant'è che anche l'attività giurisdizionale riprende una certa consistenza registrando tuttavia la mancanza costante della figura del giurista.

⁴³ Per un approfondimento del diritto cinese imperiale e moderno si consulti ancora R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 2008, pag. 381 ss.

⁴⁴ La regola che governa la casta del samurai si basa sulla fedeltà assoluta del singolo vassallo al signore, mentre a quest'ultimo non vengono imposti obblighi coercibili nei confronti del suo subalterno. In questi termini A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008, p. 405 ss.

Inoltre, laddove la norma autoritativa non arriva, lì agisce il *giri*, ossia una regola di convivenza che acquisisce peculiarità specifiche per ogni ambito, ossia i rapporti di famiglia, quelli di lavoro e di scambio economico di qualsiasi genere, come ad esempio il rapporto sussistente tra proprietario e conduttore, tra commerciante e cliente, etc. Il *giri* è osservato spontaneamente al fine di non incorrere nel biasimo sociale⁴⁵ e non è semplice trovare un termine italiano che traduca tale termine; tuttavia un aiuto viene dai dizionari che traducono l'espressione *giri* come un dovere sociale, un obbligo morale⁴⁶ o, infine, come un debito di gratitudine. I primi usi del *giri* si rinvencono in Cina attorno all'VIII sec. a. c., ma gli studi attorno al *giri* fioriscono durante la dinastia *Song* (960-1279 d.c.). Successivamente, nel IX secolo il concetto e le caratteristiche del *giri* si sono diffusi anche in Giappone, assieme allo studio della filosofia confuciana e neoconfuciana.

Dovendo valutare l'impatto e l'uso del *giri* nel diritto giapponese contemporaneo occorre rifarsi a quanto NODA scriveva nel 1966⁴⁷: il diritto creato dallo stato e fondato su principi razionali ed immutabili non ha saputo divenire il fulcro della vita sociale giapponese, ormai imperniata sull'idea del *giri*. Di conseguenza non ha trovato terreno fertile l'idea di base della giustizia statale secondo la quale per ottenere giustizia occorre rivolgersi alla legge dello stato; quest'ultima, infatti, non è vista come garante delle posizioni dei singoli che preferiscono utilizzare altri mezzi di risoluzione delle liti, piuttosto che adottare un atteggiamento egoistico che sfocia nell'atto di rivolgersi alla giustizia ordinaria.

⁴⁵ Come prima approssimazione il *giri* “indica la maniera in cui si deve comportare verso gli altri, tenuto conto della propria situazione sociale”. In questi termini, Y. NODA, *Comparative Jurisprudence in Japan – Its past and present, Part I*, in *Law in Japan – An Annual*, 1975, p. 192.

⁴⁶ Al fine di chiarire meglio il concetto è possibile fare riferimento alle regole informali giapponesi che riguardano i doni. Il dono, infatti, è un elemento che assume grande rilevanza nella società giapponese in quanto scandisce le stagioni della vita, i periodi di festa, i viaggi e riguarda persino le relazioni interpersonali, caratterizzate da una fitta trama di scambi e di doni. In quest'ottica il *giri* impone di reciprocare il dono ricevuto in modo tale da considerare anche il valore economico dello stesso. Questo aspetto riguarda soprattutto i rapporti aventi carattere strettamente professionale che, come noto, in altre società –specialmente in quelle occidentali- darebbe luogo quantomeno a riflessioni a carattere clientelare. Emblematico è poi l'esempio dei doni scambiati in occasione di S. Valentino poiché, secondo un'usanza venutasi a creare nel secondo dopoguerra, le donne regalano cioccolatini ad amici, conoscenti e colleghi maschi. Non essendo un regalo dettato da un sentimento, bensì un'idea nata esclusivamente da un'usanza, il termine *choco*, ossia cioccolatino, unito al termine *giri* (*giri-choco*) indica una mancanza di spontaneità nelle azioni intraprese. Per un approfondimento si rinvia al contributo di A. ORTOLANI, *Il Giri e la questione della mentalità giuridica giapponese*, *Rivista di diritto civile*, anno LV, n. 3, 2009, p. 371 ss.

⁴⁷ Y. NODA, *Introduction au droit japonais*, Paris, 1966, 175 ss

La storia della mediazione in Giappone vanta, al pari di quella della Cina, una lunga e ricca storia. Basta pensare che in questa realtà i giudici e gli avvocati, al contrario dei paesi a cultura occidentale, sono pochissimi e la cultura giapponese confida in un incoraggiamento ed in un permesso di un ampio lasso di tempo per trovare un accordo conciliativo⁴⁸.

La struttura sociale del Giappone si caratterizzava per una gerarchia rigidamente feudale ed era divisa per classi: partendo dalla “base”, ultimo rango della scala sociale, vi erano gli artigiani ed i commercianti, salendo si trovano i contadini che avevano avuto il terreno in concessione dai signori feudali e, al vertice, vi erano i sacerdoti, i medici, gli intellettuali, i soldati dei principi e del supremo signore feudale: lo *Shogun*.

Per tali ragioni la scelta dei giapponesi di adottare la filosofia sociale del Confucianesimo che, tra l’altro meglio corrispondeva alla precedente descrizione per classi, non dovrebbe lasciare stupiti; infatti l’umanità come la divinità, il cielo come la terra e la natura viva al pari di quella morta, sono considerati parti di un universo ordinato in modo armonico ed unitario. Ne conseguiva che le differenti posizioni ricoperte dal singolo all’interno della società, a seconda di alcune caratteristiche, ossia sesso, professione, posizione all’interno della famiglia e prestigio sociale, non erano che una parte dell’ordine naturale predeterminato e, a sua volta, che doveva essere rispettato.

Nonostante l’organizzazione delle corti giudiziarie fosse ben arrivata, efficiente e capillare, le controversie venivano decise mediante l’instaurazione di procedimenti di conciliazione stragiudiziali all’interno del gruppo sociale di appartenenza dei litiganti.

La ragione per la quale si preferiva utilizzare questo mezzo di risoluzione delle vertenze si rinveniva nella condizione per la quale, mentre la soluzione sanzionatoria portava inevitabilmente con sé una divisione del gruppo sociale tra coloro che appoggiavano il vincitore e quelli che, invece, parteggiavano per lo sconfitto, la

⁴⁸ Detto questo, occorre precisare che la cultura dell’impero del Sol Levante, come del resto l’Indocina e la Corea, fu influenzata dalla cultura cinese; come noto, i governanti giapponesi del VII e VIII secolo a. c. decisero di organizzare il proprio stato secondo il modello cinese, ovvero sulla base di formazioni sociali molto chiuse.

definizione accettata da entrambe le parti, e quindi la procedura conciliativa, riusciva a mantenere compatta la comunità.

Questa filosofia così particolare, in realtà, cela un aspetto assai interessante, ossia quello che si ritrova nella cd. teoria della “*vergogna reintegrativa o moralizzante*”; in base a quest’ultima i sentimenti di vergogna che un soggetto proverebbe avrebbero un effetto deterrente sui comportamenti criminali, come tali deplorabili. Detto in altri termini, questa teoria afferma che ogni essere umano, componente di una comunità, ha la piena consapevolezza che ponendo in essere comportamenti scorretti che nuociono a terzi, si registrerà necessariamente un cambiamento che si rifletterà nei sentimenti e nelle relazioni con gli stessi; tuttavia, tale consapevolezza, traducibile in un sentimento di vergogna e ansietà, sfocia nello sviluppo di un sistema di controllo interiore.

Occorre ora dar conto dello sviluppo che il diritto nipponico ha subito nel corso del tempo; senza pretesa di esaustività basta ricordare che l’evoluzione più significativa è quella degli anni ’90 la quale ha visto uno sviluppo molto forte del sistema economico cui ha fatto seguito una riforma del diritto su ampia scala che ha visto innanzitutto aumentare il numero degli avvocati e dei giudici, oltre ad aver assistito all’intervento di numerose modifiche al codice di procedura civile. Come logica conseguenza si è registrato un aumento della litigiosità, seppur contenuta rispetto agli standard cui siamo avvezzi, e la volontà di procedere alla riforma della giustizia; volontà che è stata resa nota nel documento pubblicato nel giugno del 2001 dal Comitato per la riforma del Sistema Giuridico laddove il governo prende atto dell’evoluzione avvenuta nel decennio precedente e la porta a compimento mediante diverse raccomandazioni che vanno ad incidere sulla struttura del sistema giuridico. Tra le riforme citate sicuramente due meritano attenzione: la prima è quella che ha previsto al nascita di una “*Law School*” di derivazione statunitense; la seconda è l’introduzione di un sistema di partecipazione dei cittadini all’amministrazione della giustizia penale attraverso una giuria.

Detto ciò, occorre riconsiderare quanto detto e chiarire che l’ampio ricorso alla conciliazione costituisce una caratteristica innegabile della cultura nipponica, nonostante essa non consegua necessariamente da un’avversione genetica dei giapponesi al diritto.

Una parte della dottrina sostiene che in Giappone l'alto tasso di conciliazione trae origine dalla conformazione del sistema giustizia il quale, pur di mantenere lo *status quo*, aveva costruito un sistema di barriere in modo tale da rendere difficoltoso e complesso l'accesso alla giustizia⁴⁹ ordinaria e, quindi, l'ottenimento di una sentenza, favorendo invece lo sviluppo di un sistema basato, di fatto, sulla conciliazione obbligatoria⁵⁰.

Altra autorevole dottrina⁵¹ specifica ulteriormente che lo sviluppo e la diffusione della mediazione in Giappone vanno letti alla luce della concorrenza che il diritto autotono fa a quello importato e del bisogno di strumenti adatti di cui il diritto estraneo alla norma scritta necessita per proseguire il proprio cammino. Uno di questi strumenti è, appunto la conciliazione, specie se si tratta di quella non promossa dai

⁴⁹ Poiché si fa per la prima volta cenno all'accesso alla giustizia, si coglie l'occasione per specificare come la garanzia di un accesso effettivo alla giustizia sia uno dei principi più proclamati, ma anche violati negli stati moderni. L'espressione "accesso alla giustizia" indica un movimento che ha lo scopo di rendere il sistema accessibile a tutti, compresi quei soggetti che incontrano ostacoli di ordine economico, sociale, culturale in modo tale da assicurare ai cittadini meno privilegiati la possibilità di agire e difendersi in giudizio. Secondo la dottrina più autorevole (M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in M. CAPPELLETTI and B. GARTH(eds), *Access to Justice. A world Survey*, Vol. 1, book I, Milan, Giuffrè, Alpenaandenrijn – Sijthoff and Noordhoff, 1978) che ha studiato il tema il movimento di accesso alla giustizia può suddividersi in tre stagioni fondamentali: la prima che si colloca tra la fine del XIX sec. e la metà del XX sec., mossa dalla volontà di potenziare l'assistenza legale per i non abbienti; la seconda stagione che si sviluppa negli anni Settanta vede gli Stati impegnati nel tentativo di offrire la tutela in giudizio a diritti e interessi frammentati o diffusi, come ad esempio quelli dei consumatori e quelli relativi all'ambiente che, col passare del tempo sono divenuti espressione di gruppi o della collettività che hanno necessità di trovare rappresentanza innanzi alle Corti. Nella terza ed ultima fase che si sta sviluppando nell'epoca contemporanea, l'accesso alla giustizia non coincide più solo con la garanzia della rappresentanza in giudizio, ma coincide anche in un insieme di strumenti alternativi alle corti, come le ADR in generale. Queste, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo sono ritenuti una parte fondamentale dell'accesso alla giustizia Alcuni di essi sono gestiti da clinical programs. Per un approfondimento sul tema si consiglia la lettura di N. TROCKER, *Assistenza legale e giustizia civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti del mondo contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 3 ss; M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologico*, in *Foro It.* 1979; E. JOHNSON JR. *Equal Access to Justice: Comparing Access to Justice in the United States and Others Industrial Democracies*, in *24 Fodham Int. L. Rev.*, 2000-2001; R. MOORHEAD-P. PLEASANCE, *Access to Justice after Universalism: Introduction*, in *30 J.L. and Soc.*, 2003; M.M. MANSFIELD – L.G. TRUBEK, *New Roles to Solve Old Problems: Lawyering for Ordinary People in Today's Context*, in *56 N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2011-2012, p. 367 ss. Per quanto attiene, invece, al fenomeno delle ADR si considerino i contributi di W. DAVIS – H. TURKU, *Access to Justice and Altrnative Dispute Resolution*, in *2011 J. Disp. Resol.* 2011, 47, 55-56; D.M. TRUBEK –A.SANTOS, (eds), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 19; A. COHEN, *ADR and Some Thoughts on the Social in Duncan Kennedy's Third Globalization of Legal Thought*, in *3 Comp. L. Rev.*, n. 1, 2012; A. PROTO PISANI, *Giustizia civile: è davvero possibile la soluzione della crisi?* in *Foro It.*, 2011, V, p.149 ss.

⁵⁰ A. ORTOLANI, *Il Giri e la questione della mentalità giuridica giapponese*, *Rivista di diritto civile*, anno LV, n. 3, 2009, p. 386 ss.

⁵¹ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008, p. 409 ss.

giuristi. La conciliazione assistita da un intermediario, infatti, mette sempre in pratica un criterio di decisione che costituisce, a sua volta una norma giuridica. Il conciliatore statuale invita in modo spontaneo le parti ad adeguarsi alla legge dello stato, così che la conciliazione può essere vista come quel mezzo mediante il quale il Giappone veicola l'applicazione di una regola non scritta e non autoritativa, nota ai soggetti e molto utilizzata.

Ancora oggi, in Giappone, proprio in ragione della preferenza che la società dimostra nei confronti dei metodi di risoluzione informali delle controversie, la conciliazione riveste un ruolo primario nell'ambito degli strumenti di gestione dei conflitti⁵².

4.2 L'approccio cinese alla risoluzione delle controversie

La Cina sta dimostrando di avere le potenzialità per diventare il più grande mercato del mondo, in considerazione anche della sua popolazione che, secondo fonti non ufficiali, si attesterebbe attorno al miliardo e mezzo di persone. Va da sé per qualsiasi *business entity* che consideri la possibilità di stabilire una presenza in una realtà di queste dimensioni si rende necessaria una profonda conoscenza del complesso di regole, oltre che di *business*, comportamentali e di interrelazione sociale, nonché di risoluzione delle possibili controversie⁵³.

Quest'ultimo aspetto risulta di particolare importanza in quanto i concetti di "salvare la faccia" (*mianzi*) e di "armonia" (*hexie/hemu*) sono concetti profondamente radicati nella cultura cinese, tanto da rappresentare un aspetto fondamentale da non sottovalutare qualora ci si appresti a stringere delle relazioni commerciali con un partner cinese.

In particolare, il concetto di "*mianzi*" concerne l'idea del rispetto di sé e del prestigio, oltre a riguardare la considerazione di cui si gode nella società civile; il concetto di "armonia", inoltre, rappresenta uno dei valori primordiali della cultura cinese che vede il raggiungimento dell'armonia come il percorso universale che ogni

⁵² Per una più ampia ricostruzione dell'argomento si veda T. FRAGOMENI, *Mediazione e conciliazione*, CELT, 2012 da cui si è attinto per la ricostruzione qui sopra presentata della cultura giapponese e per la propensione della stessa all'utilizzo della conciliazione/mediazione.

⁵³ Per un approfondimento del tema si rinvia al contributo di C. RIZZI, Y. HU, *La risoluzione delle controversie in Cina: capire il sistema legale e l'influenza di una cultura millenaria*, in *Dir. Comm. Internaz.* 2010, 03, p. 509 ss.

individuo dovrebbe compiere in quanto concetto chiave del Confucianesimo. Il predetto concetto, poi, richiama immediatamente quello taoista dei *Yin* e *Yang*, ovvero le due forze opposte che devono essere tenute costantemente in equilibrio nel tempo.

Per tutte queste ragioni chiunque si trovasse a dover risolvere un contrasto a carattere commerciale dal quale potrebbe scaturire una controversia, dovrebbe evitare l'aula di tribunale, tentando prima di risolvere la questione prendendo in considerazione ogni possibile opzione tesa a risolvere la questione in modo bonario⁵⁴; infatti la causa in tribunale non solo rovinerebbe il rapporto di *business*, ma anche il rapporto come relazione in se considerato. In Cina il rapporto umano (*guanxi*) ha una connotazione molto più profonda e di rilevante importanza rispetto alla condizione dei paesi occidentali: i *guanxi* infatti consistono in connessioni di fiducia ed obblighi reciproci.

I metodi di risoluzione delle controversie tipiche dell'ordinamento cinese sono varie e, in generale, queste comprendono: 1) la negoziazione (*negotiation*); 2) la mediazione o conciliazione (*mediation or conciliation*); 3) l'arbitrato (*arbitration*); 4) il procedimento giudiziale (*litigation*) e, 5) in limitatissimi casi e solo per determinate aree residuali, il procedimento amministrativo (*administrative proceeding*).

Lo sviluppo delle risoluzioni alternative delle controversie è stato così netto poichè il diritto di procedura civile cinese non offre quella sicurezza che molti operatori della giustizia cercano, tant'è che anche l'ordinamento giuridico cinese ha assistito all'introduzione dell'arbitrato nella *Civil Procedure Law of the PRC*⁵⁵, oltre ad avere propri strumenti normativi di riferimento.

Tornando alle origini della cultura cinese e dell'ordinamento giuridico⁵⁶ occorre precisare che fin dalla dinastia Ha (206 B.C. – 220 A.D.) il Confucianesimo ha fortemente influenzato i modi mediante i quali venivano risolte le controversie nella Cina tradizionale che, proprio in ragione del ruolo non primario del diritto, vedevano

⁵⁴ D. F. HENDERSON, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, I Tokyo, 1965.

⁵⁵ Il *Civil Procedure Law of the PRC* è stato approvato ed adottato il 9 aprile 1991 dal *National People's Congress*.

⁵⁶ Per un approfondimento del diritto Giappone, R. SACCO, A. GAMBARO, *op.cit.* pag. 405 ss.

una prevalenza della risoluzione pacifica delle controversie. Del resto sottoporre una controversia ai funzionari era l'ultima risorsa a disposizione.

L'operato dei funzionari era determinante per la risoluzione della questione che venivano chiamati a risolvere e i metodi adottati dagli stessi hanno avuto un'importanza fondamentale per la formazione della cultura della risoluzione delle controversie nella Cina tradizionale che vedeva predominante l'idea secondo la quale il mantenimento dell'armonia e dell'equilibrio derivava dalla prevenzione delle controversie.

Con la diffusione delle procedure di composizione delle liti non conflittuali il popolo cinese è riuscito a mantenere vivo ed operante il concetto di “*mianzi*”, assieme ai rapporti di business; a beneficiarne è stato indubbiamente il costante impegno allo sviluppo di varie forme di conciliazione per la risoluzione delle controversie.

La scelta del metodo di risoluzione della controversia prevede la valutazione degli stessi parametri utilizzati quotidianamente anche nel nostro Paese, ossia il costo in quanto procedimenti come l'arbitrato ed il contenzioso civile sono molto più cari; il tempo; la flessibilità sia con riferimento al procedimento per la risoluzione delle controversie, che alla flessibilità dei mezzi con cui il procedimento porta ad una soluzione; confidenzialità/riservatezza: la riservatezza, come noto, è un altro fattore di estrema importanza per le parti che, soprattutto nei casi più delicati, possono tenere riservati alcuni o tutti gli aspetti che caratterizzano la loro posizione; l'equità (*fairness*), ossia la percezione che ciascuna parte può avere in relazione ad una parte terza, come ad esempio nel caso dell'arbitrato, circa lo svolgimento in modo imparziale e corretto del compito da assolvere ed infine l'efficacia delle diverse opzioni che, in realtà, è il fattore più importante nella determinazione o risoluzione della controversia, oltre che per l'esecutività.

La Cina ha istituito un sistema di risoluzione delle controversie che si svolge innanzi ad un tribunale; si tratta, quindi, di un sistema istituzionalizzato che ha saputo dotarsi di strumenti notevolmente più flessibili e pronti ad assecondare le esigenze del mondo imprenditoriale mediante l'intervento di un soggetto terzo.

Prima di analizzare l'istituto della conciliazione è importante ricordare che in Cina i termini “conciliazione” e “mediazione” sono intercambiabili. La conciliazione

cinese prevede l'intervento di un terzo conciliatore che siede al tavolo con le parti in conflitto e discute le questioni sottostanti la controversia e, una volta analizzati i punti critici, formulerà alcuni suggerimenti e tenterà di raggiungere lo scopo della conciliazione consigliando le parti circa il raggiungimento di un compromesso.

4.2.1 La Camera di Commercio italo-cinese

Nonostante la globalizzazione imperante che ha comportato un'intensificazione delle interazioni commerciali e degli investimenti tra soggetti di paesi diversi, non è possibile imporre un modello di *business* unico ed efficace per tutte le realtà, soprattutto a causa delle distanze culturali che, con particolare riferimento ai paesi orientali, contano ancora moltissimo. Infatti, se si guarda alle operazioni commerciali/imprenditoriali che intercorrono tra l'Italia e la Cina, si scopre che le stesse molto spesso derivano dalla distanza geografica, da quella linguistica e da quella culturale.

Per quanto attiene a quest'ultimo aspetto, ad esempio, ci sono alcune differenze concettuali delle quali è bene tenere conto, come ad esempio la prevalenza dell'individualismo occidentale che si contrappone al collettivismo cinese, il rapporto vero/falso occidentale, contraltare del concetto di equilibrio cinese, ancora il concetto di obbligazione occidentale contrapposto a quello di relazione cinese, infine il concetto di "decisione" e l'opposto cinese "mediazione". Da questi brevi esempi si deduce che laddove non si consideri l'importanza degli aspetti culturali il business tra Italia e Cina può portare a risultati fortemente negativi.

Se si pensa poi agli aspetti culturali, il rischio di fallimento delle *joint venture* si fa sempre più elevato. Infatti la cultura cinese prevede un differente metodo di negoziazione, oltre ad avere una concezione del contratto meno vincolante da parte dei cinesi e cristallizzato negli anni per gli italiani; tuttavia il rischio si può sensibilmente ridurre attraverso una conduzione sapiente della fase negoziale e di collaborazione che consenta di operare per mezzo di organizzazioni abituate a lavorare con la Cina, oppure con il supporto di studi di consulenza specializzati nelle relazioni italo-cinesi.

La mediazione commerciale, contemplata nella cultura cinese, permette di mantenere le relazioni commerciali tra le parti (metodo *win-win*), consente a quei

contenziosi che, pur non potendo e/o volendo supportare i costi di un arbitrato, intendono trovare una soluzione al conflitto e, infine, evita la durata eccessiva dei processi presso i tribunali ordinari.

Nel dicembre 2004 è stato siglato un accordo di cooperazione tra la Camera di Commercio italo-cinese, il servizio di conciliazione della Camera Arbitrale di Milano ed il Centro di Mediazione del CCPIT (*China Council for the Promotion of International Trade*) di Pechino attraverso il quale è stato ed è ad oggi possibile aiutare le imprese italiane e cinesi a trovare un accordo soddisfacente per entrambe e, ove possibile ed opportuno, preservare le relazioni commerciali, superare le differenze culturali, la questione del foro competente e della legge applicabile, nonché risolvere in tempi brevi una controversia. Tutti questi obiettivi possono essere perseguiti attraverso il tentativo di mediazione che, se attuato tramite l'ausilio dell'ICBMC, istituto dalla doppia nazionalità, la fiducia delle parti nella procedura è maggiore in quanto alle stesse vengono garantiti alcuni aspetti fondamentali, quali la neutralità e l'*expertise* del mediatore non soltanto nelle tecniche di comunicazione, ma anche delle specificità culturali dei due paesi⁵⁷.

L'associazione, nella sua attività di assistenza e affiancamento in tutte le operazioni economiche tra Italia e Cina per le quali gli interessati chiedano assistenza, ha predisposto la seguente clausola di mediazione: "*Parties agree to submit all disputes arising in connection with this agreement to the mediation attempt managed by the Italy- China Business Mediation Center at the Milan Chamber of Arbitration for the Italian side and the Mediation Center of China Council for the promotion of International Trade in Beijing for the Chinese side to solve the dispute with a mediation agreement in accordance with the Rules adopted by the same ICBMC*".

5. L'amara medicina della mediazione obbligatoria prescritta all'Argentina

L'Italia, sebbene sia stato il primo Paese dell'Unione europea che, con grande coraggio, ha introdotto la mediazione obbligatoria per le liti civili e commerciali,

⁵⁷ Secondo i dati raccolti, dal novembre 2005 al settembre 2012 sono state gestite 54 istanze di mediazione delle quali 5 incontri a Pechino si sono tradotti in 4 accordi, 1/3 dei casi si sono risolti prima dell'incontro di mediazione attraverso una fase negoziale veicolata dai funzionari dei due centri. Infine il valore economico medio dei conflitti gestiti è pari ad Euro 109,00.

tuttavia non è stata pionieristica. Infatti il primo ordinamento che introdusse la mediazione obbligatoria, pena l'improcedibilità dell'azione civile, fu l'Argentina che nel 1996 introdusse nel proprio ordinamento la *Ley 24.573, Mediación y conciliación*⁵⁸.

Di fatto il nostro Paese ha ripercorso le stesse tappe che qualche tempo prima erano state tracciate dall'Argentina: quest'ultima, infatti, ancor prima dell'introduzione della mediazione obbligatoria, aveva già attuato delle ipotesi di media-conciliazione, prevedendo da tempo la conciliazione giudiziale "mediata", nuovo metodo di comunicazione tra le parti; oltre a ciò nel 1994 creava a Buenos Aires, all'interno della struttura che ospitava il difensore civico, un centro per la mediazione sociale che risolvesse i problemi tra i vicini, tra condomini o tra le istituzioni, il tutto su base volontaria.

In sostanza si trattava di un'esperienza pilota di mediazione delegata che veniva gestita da operatori adeguatamente formati; più precisamente si trattava di una decina di magistrati che si erano offerti di partecipare volontariamente a tale progetto e che, grazie alle informazioni ricevute erano in grado di selezionare le controversie che potevano fruttuosamente essere risolte grazie alla mediazione; in seguito si attuò anche una fase di informativa indirizzata agli avvocati per illustrare le modalità con le quali avrebbero dovuto sostenere i clienti durante gli incontri di mediazione.

Tale esperienza dava i suoi ottimi frutti e fece da propulsore per la nascita e la promozione di una nuova idea di giustizia da parte degli utenti, degli operatori del diritto e dell'opinione pubblica che iniziavano a pensare ad una giustizia diversa, sicuramente più moderna e con una connotazione molto più ampia.

Solo un anno e mezzo più tardi la percentuale degli accordi raggiunti, e quindi di processi chiusi senza dover giungere a sentenza, fu del 67%.

Vista la grave crisi che attanagliava il sistema giudiziario argentino, provocata indubbiamente dai tempi assai dilatati della giustizia civile, nonché dalla quantità di procedimenti iscritti a ruolo, il legislatore optò per l'introduzione del tentativo obbligatorio di mediazione. Questo consentì di non giocare il solito -e poco utile alla soluzione del problema- asso nella manica dell'ampliamento dell'organico, ossia nomina di una maggior quantità di giudici e cancellieri.

⁵⁸ Dell'introduzione di tale legge si dirà nel successivo paragrafo 4.1.

La scelta del legislatore argentino è stata lungimirante in quanto la conciliazione è stata in grado di offrire agli utenti del sistema giustizia una risoluzione della controversia efficace, data dal fatto che tutti gli accordi che si raggiungono nella mediazione vengono rispettati ed adempiuti perché sono le stesse parti che hanno deciso, senza alcuna imposizione da parte del terzo.

Anche nella realtà d'oltreoceano che qui si sta descrivendo i consensi della mediazione non furono di certo numerosi, quantomeno inizialmente.

Gli operatori del diritto erano scettici: temevano che questo nuovo strumento avrebbe loro sottratto lavoro; inoltre non avevano fiducia nel metodo che, anzi, ritenevano coincidesse con una soluzione giuridica di rimedio e diffidavano dalla figura del mediatore, visto come una sorte di *medium*.

Nonostante il sospetto e la diffidenza iniziali, l'introduzione della mediazione ha consentito un abbattimento delle liti giudiziarie pari al 40%, tuttavia la notizia ancor più significativa è che le parti coinvolte nel procedimento di mediazione, in caso di successiva necessità, tornano a chiedere la medesima procedura per risolvere un nuovo conflitto e la raccomandano a colleghi e conoscenti.

5.1 Il modello argentino di mediazione e le tecniche di mediazione

Entrando nello specifico è possibile vedere come il legislatore argentino, con la promulgazione della *Ley 24.573* avvenuta il 25 ottobre 1996 prima e con la *Ley 26.589* del 3 maggio 2010 poi, ha scelto di introdurre la mediazione facilitativa, ossia quella tecnica secondo la quale il mediatore in nessun caso suggerisce o propone una soluzione; le parti chiamate, essendo la mediazione condizione di procedibilità, sono tenute a presentarsi al primo incontro anche al solo fine di adempiere l'obbligo del tentativo di conciliazione e, in tale occasione, possono manifestare la loro volontà a non proseguire nel procedimento.

In tal caso il conciliatore redige un atto e la procedura ha così termine.

Analizzando passo passo la disciplina argentina l'intento del legislatore appare immediatamente chiaro in quanto l'art. 1 afferma chiaramente che l'istituzione obbligatoria della mediazione precedente il giudizio ordinario ha l'obiettivo di

promuovere la comunicazione diretta tra le parti al fine di realizzare la soluzione stragiudiziale delle controversie⁵⁹.

Rispetto al nostro legislatore quello argentino ha, poi, scelto di enumerare le materie giuridiche le cui controversie sono escluse dall'obbligo di espletamento del tentativo obbligatorio di mediazione; l'art. 2 della *Ley* del 1995 e poi l'art. 5 della *Ley* del 2010 precisano infatti che il procedimento di mediazione obbligatoria non sarà applicato nelle seguenti materie: cause penali, azione di separazione personale e divorzio, nullità di matrimonio, filiazione e patria potestà, ad eccezione delle questioni patrimoniali derivanti de *éstas*. In questo caso il giudice dovrà separare i due procedimenti, assegnando al mediatore la parte relativa al patrimonio. Sono poi esclusi: i processi di dichiarazione de incapacità e di riabilitazione; le cause in cui lo stato, le province, i municipi, la città autonoma di Buenos Aires o le sue entità decentralizzate siano parte; *Amparo, hábeas corpus e interdizione; Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación*. Ancora la *Diligencias preliminares y prueba anticipada*; i giudizi di successione e di volontaria giurisdizione; i *Concursos preventivos y quiebras*; *Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512* e, infine, i conflitti di competenza della giustizia del lavoro.

Il successivo articolo 6, invece, si preoccupa di precisare che per i processi di ingiunzione e per quelli di sfratto, il reclamante potrà optare o meno per il tentativo di mediazione fino al momento in cui *el requerido pueda cuestionar la vía*.

Per quanto riguarda la presentazione della domanda, l'art. 2 identifica quale unico requisito quello per il quale al momento della promozione della domanda giudiziale, questa dovrà essere accompagnata da un atto spedito e firmato dal mediatore interveniente. Si tratta, ovviamente, dell'atto di introduzione della mediazione, il cui contenuto è specificato dal successivo articolo, ossia: l'identificazione delle parti coinvolte; l'inesistenza o meno di un accordo di mediazione pregresso; la comparizione o la mancata comparizione del chiamato o dei terzi cui la domanda è

⁵⁹ “*Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia*”.

stata notificata correttamente, oppure se la notifica è non è andata a buon fine nel domicilio indicato; l'oggetto della controversia; il domicilio delle parti alle quali è avvenuta la notifica dell'udienza di mediazione; la firma delle parti, *los letrados de cada parte y el mediador interviniente*; infine l'attestato da parte del Ministero della Giustizia, della Sicurezza e dei Diritti umani della firma del mediatore interveniente nei termini stabiliti dalla regolamentazione della presente legge.

Anche i principi che reggono il procedimento di mediazione sono stati regolamentati dal legislatore che, all'art. 7, li ha elencati prevedendo che sia lo stesso mediatore a comunicarli alle parti al primo incontro. Ovviamente il fine di tale precisazione è quello di garantire un grado di conoscenza il più alto possibile a tutti coloro che interverranno nel procedimento di mediazione a qualsiasi titolo.

Tra i predetti principi vi rientra indubbiamente quello dell'imparzialità secondo il quale il mediatore deve essere imparziale rispetto agli interessi delle parti intervenute nel procedimento di mediazione pregiudiziale obbligatorio; mentre, rispetto alla mediazione volontaria, deve essere rispettata la volontà delle parti in conflitto di partecipare al procedimento in maniera del tutto volontaria. Inoltre in ogni procedimento di mediazione, sia esso volontario o meno, dev'essere rispettato il principio di uguaglianza delle parti, così come devono essere tenuti in particolare considerazione gli interessi dei minori e delle persone affette da incapacità.

Un altro aspetto che richiede particolare rispetto e cautela è quello della confidenzialità e della protezione delle informazioni divulgate dalle parti, dai procuratori delle stesse, ovvero dai terzi citati nel procedimento di mediazione pregiudiziale obbligatoria. L'importanza di tale ultimo principio è testimoniata dal fatto che al medesimo sono dedicati gli artt. 8 e 9 del testo di legge. In particolare, l'art. 8, dopo aver specificato che la confidenzialità del procedimento di mediazione è da riferirsi al contenuto dell'accordo e/o a qualsiasi altro materiale di lavoro che le parti hanno confezionato o valutato ai fini della mediazione, chiarisce che la confidenzialità non richiede alcun accordo espresso delle parti.

L'art. 9, invece, prevede che l'obbligo della confidenzialità cessa in due casi specifici: per dispensa espressa di tutte le parti intervenienti e nel caso in cui sia necessario evitare la commissione di un delitto o, nel caso in cui questo venga commesso, per impedirne la reiterazione. Tuttavia la norma si affretta a puntualizzare

che la cessazione di confidenzialità è da interpretarsi in senso restrittivo ed i casi citati devono essere considerati eccezioni.

Occorre inoltre vigilare sulla promozione della comunicazione diretta tra le parti, in modo tale da stimolare un'interazione positiva e cooperativa tra le parti per risolvere il conflitto; sulla celerità del procedimento in funzione dello stato di avanzamento della negoziazione e del termine fissato entro cui il tentativo dev'essere esperito.

Come nel caso italiano, anche quello argentino prevede che il mediatore possa farsi assistere da uno o più professionisti della materia oggetto di trattazione purchè ci sia il consenso preventivo di ciascuna parte coinvolta. Si tratta di soggetti, che al pari del mediatore avranno le medesime incombenze e responsabilità di questo.

I mediatori devono avere determinati requisiti, ossia: essere in possesso del titolo di avvocato ed essere iscritto all'albo da almeno tre anni; provare di essere in possesso della capacità che esige la regolamentazione; aver superato un esame di idoneità; essere regolarmente iscritti nel registro nazionale della mediazione; essere in possesso degli ulteriori requisiti che vengono stabiliti regolarmente.

Gli assistenti professionali del mediatore, invece, per essere tali dovranno essere in possesso delle capacità richieste dalla normativa, dovranno contare sull'iscrizione al registro nazionale della mediazione e, infine, essere in possesso degli ulteriori requisiti che vengono stabiliti regolarmente.

Il mediatore nel corso della mediazione dovrà dichiarare le cause che possono incidere sulla sua imparzialità, nel caso in cui ne venga a conoscenza.

Per quanto riguarda, invece, le cause di rikusazione dei mediatori, la normativa afferma che le parti possono ricusarli per gli stessi motivi menzionati nel caso precedente di cui all'art. 13, ma entro cinque giorni dalla comunicazione della designazione. In tal caso se la nomina del mediatore è avvenuta tramite sorteggio, immediatamente ne viene praticato uno nuovo; se il mediatore è stato proposto dal richiedente, il ricusato sarà rimpiazzato da colui che lo segue nell'ordine della proposta.

Ciascuna parte potrà ricusare il mediatore durante il procedimento di mediazione nel caso in cui avverta l'esistenza di cause sopravvenute che possano incidere sulla

sua imparzialità. Se il mediatore non accetta la ricsuzione, la questione sarà decisa con giudizio ordinario.

Al mediatore è fatto divieto di consigliare e/o patrocinare alcuna delle parti intervenute nella mediazione obbligatoria che, come tale, costituisce condizione di procedibilità della successiva azione ordinaria se non dopo un anno dall'iscrizione formale nel *Registro Nacional de Mediación*. La proibizione è assoluta in relazione al conflitto nel quale è intervenuto come mediatore.

Per quanto riguarda la designazione del mediatore, la norma ne prevede due differenti modalità: mediante l'accordo delle parti, quando le stesse provvedono alla nomina del mediatore mediante accordo scritto; il sorteggio nel caso in cui il richiedente la mediazione formalizza la richiesta di nomina prima della consegna del documento con il quale è proposta la domanda, corredata dai requisiti stabiliti dall'autorità giudiziaria.

Le tecniche di mediazione che si sono via via affermate in Argentina hanno condotto ad una vera e profonda cultura della mediazione. La scelta messa in campo è quella di introdurre la mediazione a vasto raggio, in ogni aspetto della vita sociale. Per tale ragione in questo sistema giuridico si è assistito alla diffusione della mediazione sociale e familiare: un esempio fondamentale di mediazione sociale è quella relativa ai rapporti tra condomini: in questo caso sono stati formati amministratori di condominio che, essendo a contatto quotidianamente con questo tipo di conflittualità e conoscendone spesso le cause scatenanti hanno molta più dimestichezza con la gestione della lite.

La legge sulla mediazione ha previsto anche l'introduzione di un codice deontologico il quale elenca i comportamenti ai quali devono attenersi i mediatori e rispetto ai quali possono essere previste delle violazioni al medesimo codice. Ad esempio, se il mediatore favorisce, anche solo involontariamente, una parte della mediazione suggerendo una possibile soluzione, qualora venga denunciato e la sua colpa provata, comporterebbe la cancellazione dall'albo tenuto presso il ministero della Giustizia.

Anche la formazione dei conciliatori è regolamentata ed è previsto un minimo di 40 ore.

6. Le ADR in Europa

I sistemi di ADR devono indubbiamente il proprio sviluppo all'evoluzione normativa cui si è assistito in tema di diritto europeo del consumatore la cui tutela è un principio costitutivo oltre che un valore progressivamente consolidato nel medesimo diritto. Del resto l'integrazione che l'Unione Europea ha attuato si è concretizzata innanzitutto con la fondazione della CEE, ossia uno spazio economico comune, privo di barriere interne e, proprio per questa ragione, concorrenziale, all'interno del quale il mercato può esplicare del tutto liberamente le proprie dinamiche, generando così profitto e prosperità. In questo nuovo quadro occorreva però introdurre degli argini normativi che consentissero di proteggere il consumatore, ossia l'attore imprescindibile delle dinamiche del mercato e destinatario -fin dagli inizi della legislazione comunitaria- di specifiche norme di tutela volte a favorire nel contempo una concorrenza efficiente.

L'analisi dell'evoluzione del diritto comunitario mostra che la tutela consumeristica è andata via via emancipandosi, fino ad occupare una specifica posizione ed una propria ed autonoma legittimazione. A tale proposito sono particolarmente significativi i più recenti sviluppi determinati dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona col quale la *“Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”* ha finalmente assunto valore giuridico⁶⁰.

L'art. 38, *protezione dei consumatori*, prevede che *“nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”*; si tratta di una tutela che era già prevista e poi espressamente riconosciuta quale *“diritto fondamentale”* dell'Unione Europea.

Inoltre, la disposizione secondo la quale *“nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori”*, è stata trasposta all'art. 12, collocato nella prima parte del Trattato sull'Unione europea (TUE), dedicata ai *“principi”* dell'Unione; questo dimostra come il consumatore è andato progressivamente guadagnandosi una propria autonoma ed importante considerazione nel diritto

⁶⁰ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

comunitario^{61 62}.

Nel quadro che si è appena delineato, quindi, assume un particolare rilievo per il tema oggetto del presente studio la disciplina comunitaria di tutela del consumatore che, nel tempo, ha assunto una fisionomia “a macchia di leopardo”, presentando specifici settori regolati con un alto grado di dettaglio, ma in assenza di un quadro complessivo di riferimento e/o di norme generali valide a prescindere dalla particolare tipologia di settore regolato⁶³. Questa frammentazione, nonché la relativa necessità di una direttiva-quadro in materia di tutela del consumatore, erano già stati segnalati nel Libro verde⁶⁴ sulla revisione dell’*acquis* relativo ai consumatori, proposto dalla Commissione europea l’8 febbraio 2007, cui ha fatto seguito una consultazione pubblica, conclusasi il 15 maggio 2007, sulla revisione delle leggi in materia di tutela dei consumatori.

⁶¹ G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6/2009.

⁶² Per quanto riguarda le forme concrete nelle quali la tutela del consumatore ha trovato espressione normativa, si richiamano: la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole; la Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa; la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; la Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; la Direttiva 99/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno; la Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 maggio 2005; il Regolamento (CE) n. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro; la Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori; la Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (cd. MIFID); la Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno; la Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la Direttiva 87/102/CEE; il Regolamento (CE) n. 924/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il regolamento (CE) n. 2560/2001.

⁶³ L. ROSSI CARLEO, *La codificazione dei diritti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo I, p. 70., p. 5. Secondo l’A. “la revisione in atto tenta dunque di attenuare o superare i differenti livelli di tutela, al fine di assicurare ai consumatori di ogni Paese comunitario un trattamento uniforme, sì da eliminare le differenze”.

⁶⁴ Si tratta dell’EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, COM (2006) 744, 08.02.2007, consultabile sul sito http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/.

Sulla base degli esiti della consultazione e della risoluzione del 16 luglio 2007 del Parlamento europeo, la Commissione Europea ha proposto -l'8 ottobre 2008- una “*direttiva sui diritti dei consumatori*” che riuniva quattro precedenti direttive (99/44/CE, 93/13/CE, 97/7/CE, 85/577/CE), formando così una base di previsioni⁶⁵ che, se da un lato, si affrancano da specifici settori⁶⁶ mirando a una tutela del consumatore *tout court*, dall'altra hanno previsto un'armonizzazione massima, senza lasciare margini di manovra finalizzati all'introduzione di deroghe agli stati membri.

Come già accennato, l'interesse da parte dell'unione europea nei confronti delle ADR è sempre stato molto vivo, tanto che la Commissione europea già nel 1993 aveva pubblicato il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico⁶⁷.

Nel 1998 è, poi, stata emanata la Raccomandazione 98/257/CE che ha esplicitato alcuni principi, ossia trasparenza, indipendenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza cui gli organi responsabili di ciascun ADR si devono attenere. La Raccomandazione ha come destinatari principali i sistemi di ADR di tipo decisorio/aggiudicativo, cioè quelle ADR in cui una terza parte risolve la controversia, assumendo una decisione rispetto alle differenti posizioni delle parti.

Nel 2000, due anni più tardi, il Consiglio osservava che numerosi sistemi di risoluzione stragiudiziale di tipo facilitativo/consensuale (come, ad esempio, la conciliazione), pur avendo dato buona prova di sé, tuttavia non rientravano nell'ambito di applicazione della citata Raccomandazione 98/257/CE⁶⁸. Il Consiglio aveva invitato la Commissione europea ad estendere i criteri della richiamata Raccomandazione, in modo tale da includervi anche tali differenti sistemi. La Commissione, quindi, seguendo le indicazioni del Consiglio, ha emanato la Raccomandazione 2001/310/CE, nella quale sono identificati i principi base cui

⁶⁵ L. ROSSI CARLEO, *La codificazione dei diritti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo I, p. 70. Secondo l'A. “*lo sviluppo del quadro normativo di protezione del consumatore, dopo un avvio lento, a partire dalla fine degli anni '80 ha subito un'accelerazione assai intensa, alla quale sembra far seguito, con l'inizio del nuovo millennio, una pausa di riflessione che nasce dall'esigenza di ritrovare una «coerenza» che l'eccessiva frammentazione legislativa rischia di far perdere*”.

⁶⁶ Cfr., in argomento, P. GAGGERO, *Il fenomeno della comunitarizzazione degli ordinamenti bancario e finanziario*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo II, pp. 568-570.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper on access of consumers to justice and the settlement of consumer disputes in the single market*, COM(93)576, 16.11.2003.

⁶⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Resolution on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes*, 2000/C 155/01, 25.05.2000.

devono ispirarsi gli ADR di tipo facilitativo/consensuale.

Le iniziative della Commissione si sono concretizzate dapprima nella predisposizione di un Libro Verde⁶⁹ relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (19 aprile 2002), per poi sfociare nell’emanazione della Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 con la quale è stata disciplinata la mediazione in materia civile e commerciale e che racchiude alcune importanti disposizioni che hanno imposto agli Stati membri l’obbligo di istituire sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie rispetto a determinate materie. Infatti, nello specifico settore dei servizi bancari e finanziari, le Direttive 2002/65/CE (sui servizi finanziari a distanza), 2007/64/CE (sui servizi di pagamento), 2008/48/CE (sui contratti di credito ai consumatori) hanno introdotto previsioni in materia di istituzione di sistemi di ADR e di informativa al pubblico, con un crescente grado di prescrittività: infatti, mentre la Direttiva 2002/65/CE stabilisce che gli stati membri “*shall promote the setting up or development of adequate and effective out-of-court complaints and redress procedures*”, le Direttive 2007/64/CE e 2008/48/CE prevedono un formale obbligo (“*member States shall ensure that adequate and effective out-of-court complaint and redress procedures [...] are put in place*”).

Inoltre con particolare riguardo alla materia di metodi di risoluzione stragiudiziale per le controversie transfrontaliere, non si può prescindere da due ulteriori iniziative della Commissione europea che hanno il fine di creare delle reti di cooperazione internazionale tra i vari sistemi di ADR: FIN-Net e ECC-Net, quest’ultima, tuttavia, senza uno speciale riferimento al settore bancario e finanziario⁷⁰.

Fin-Net è una rete di collaborazione che riunisce le ADR nazionali in materia di servizi bancari, finanziari e assicurativi facenti riferimento all’intero spazio della UE, oltre a Islanda, Liechtenstein e Norvegia ed è concepita in modo tale che ciascun ADR aderente possa fornire la propria assistenza per la risoluzione di controversie

⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, COM (2002) 196, 19.04.2002.

⁷⁰ Ecc-Net è una rete europea volta ad agevolare il consumatore nell’identificazione del competente ADR nelle controversie transfrontaliere, senza specifico riferimento al settore bancario e finanziario. In tale iniziativa si colloca anche la creazione e la gestione di un data-base degli ADR nei diversi stati. Maggiori informazioni possono essere ottenute sui siti http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm e [http:// ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm).

transfrontaliere. Essa trae origine da un'iniziativa della Commissione del 2001 ed il suo testo fondamentale si rinviene nel *Memorandum of Understanding*⁷¹ ai cui principi ciascun ADR nazionale si conforma.

Dal punto di vista organizzativo, la rete Fin-Net si compone di tre organismi: la rete degli ADR che sono membri di Fin-net (al gennaio 2009 contava 50 membri provenienti da 22 stati); una segreteria presso la Commissione europea -Direzione Generale *Internal Market and Services*-, la quale fornisce mezzi e personale per la gestione del sito internet e per le iniziative di collegamento tra i diversi ADR; un comitato guida -*steering committee*-, composto da nove ADR membri, nominati con un mandato biennale, per elaborare le scelte di *policy*.

L'operatività ed il successo sempre maggiore di Fin-Net sono dimostrati dall'incremento dei ricorsi gestiti, i quali sono passati da un totale di 335 nel 2001 -di cui 176 per il settore bancario- a 1.405 nel 2008 -di cui 659 per il settore bancario.

Nel periodo intercorrente tra i mesi di febbraio e giugno ed allo scopo di verificare il grado di raggiungimento dei propri obiettivi, nonché di valutare il livello di soddisfazione degli *stakeholders*, la Commissione europea, Direzione Generale *Internal Market and Services*, ha incaricato una società di svolgere una valutazione della rete Fin-Net i cui risultati sono compendati in un *report*⁷² che riporta anche alcune raccomandazioni volte a migliorarne l'efficienza; è stato, ad esempio, proposto l'incremento delle informazioni offerte, della visibilità e della conoscenza della rete stessa rete.

Successivamente la Commissione europea ha commissionato appositi studi relativi al fenomeno dello sviluppo delle ADR ed ha assunto ulteriori iniziative in materia, delle quali la principale è quella del dicembre 2008 che ha sottoposto a consultazione un documento in materia di sistemi di ADR relativi al settore dei servizi finanziari⁷³.

Dei già citati studi commissionati dalla Commissione particolare interesse riveste⁷⁴ quello dell'ottobre 2009 dedicato agli ADR nell'UE il quale, oltre ad aver

⁷¹ *Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area*, consultabile sul sito: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/en.pdf.

⁷² EUROPEAN COMMISSION, *Evaluation of FIN-NET*. Final report, June 2009.

⁷³ EUROPEAN COMMISSION, *Alternative Dispute Resolution in the area of financial services*.

⁷⁴ *Consultation document*, MARKT/H3/JS D(2008), 11.12.2008. (20) EUROPEAN COMMISSION -

offerto una valutazione complessiva dei sistemi adottati nei diversi ordinamenti nazionali, ha individuato talune *best practices* con riferimento ai principi enucleati nelle richiamate Raccomandazioni della Commissione.

Con riferimento ai principi di imparzialità ed indipendenza, si individua, tra l'altro, quale migliore prassi, che il *funding* dei sistemi di ADR sia pubblico, ovvero, se privato, che la gestione dei medesimi sia affidata a un terzo neutrale, ovvero assoggettata a *good governance and oversight systems*. È inoltre raccomandato che i criteri di nomina dei membri dell'ADR, insieme ai loro *curricula* ed alle loro eventuali dichiarazioni di conflitti di interesse, siano resi pubblici. La composizione dell'organo decidente deve essere tale da garantire una bilanciata rappresentanza delle parti ed assicurare requisiti di professionalità. Si raccomanda, inoltre, un costante aggiornamento dei membri dell'organo decidente e dello staff di supporto.

Riguardo al principio di trasparenza, si suggerisce che gli intermediari informino la propria clientela in merito all'esistenza ed alle modalità con le quali è possibile rivolgersi all'ADR, soprattutto nelle lettere con le quali respingono i reclami dei clienti insoddisfatti. Gli operatori dovrebbero inoltre essere incentivati a rispettare le decisioni dell'ADR, ad esempio mediante decisioni giuridicamente vincolanti, ovvero tramite la pubblicazione dei nomi degli intermediari che non si sono adeguati alle decisioni -c.d. *naming and shaming*: esperienze di questo particolare tipo di *enforcement* sono segnalate in Danimarca e Svezia e mostrano un elevato grado di efficacia. Sempre al fine di garantire la trasparenza, gli schemi ADR sono invitati a utilizzare un linguaggio semplice nei confronti del pubblico, oltre che a servirsi di una pluralità di forme – tra cui internet – per mezzo delle quali fornire informazioni.

In merito al principio del contraddittorio, sono richiamate le seguenti *best practices*: una flessibilità nell'acquisizione dei mezzi di prova, la possibilità di audizione dei consumatori che ne facciano richiesta, la possibilità per l'organo decidente di servirsi di esperti per i casi caratterizzati da un elevato tecnicismo, senza costi aggiuntivi per i clienti.

Con riferimento al principio di accessibilità ed efficacia, si raccomanda di evitare

DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, consultabile sul sito: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf.

un'eccessiva frammentazione dei sistemi, favorendo al contrario un unico punto di raccolta dei ricorsi, successivamente inoltrati all'ADR competente. Si segnalano, tra le *best practices*, processi interni di gestione dei ricorsi efficienti, con una programmazione dei carichi di lavoro, insieme al confronto costante con altri sistemi di risoluzione stragiudiziale. Si richiama l'esigenza che l'intero procedimento che porta alla decisione non duri oltre 90 giorni (a fronte di una durata media dei procedimenti attualmente pari a 127 giorni) e che per taluni casi, sia prevista una trattazione semplificata (cd. *fast track*). È inoltre raccomandata la possibilità di presentare il ricorso anche tramite e-mail o online e che i documenti dell'ADR siano tradotti almeno in tutte le lingue ufficiali dello Stato in cui esso opera.

6.1 Cenni ai sistemi nazionali

6.1.2 Il Lussemburgo

Con la legge del 24 febbraio 2012, pubblicata sul cd. *Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg du 4 mars 2012*, A-n. 37 il Lussemburgo ha modificato alcuni articoli del codice di procedura civile, dando così attuazione alla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008.

Va detto innanzitutto che il ricorso alla mediazione è facoltativo ed ammissibile per diritti disponibili e relativi alle controversie penali, familiari, commerciali e per le liti di vicinato⁷⁵.

L'art. 1251-2 al comma 1 definisce la mediazione chiarendo che con il medesimo termine si intende *“le processus structuré dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent volontairement par elles-mêmes, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur indépendant, impartial et compétent. La médiation peut être engagée par les parties, proposée par le juge o,u*

⁷⁵ Il Titre II – De la médiation prevede al Chapitre I – Principes généraux, art. 1251-1 prevede quanto segue: *“(1) En matière civile et commerciale, tout différend, à l'exception (i) des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer, (ii) des dispositions qui sont d'ordre public et (iii) de la matière relative à la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique, peut faire l'objet d'une médiation soit conventionnelle, soit judiciaire. (2) En matière de divorce, de séparation de corps, de séparation pour des couples liés par un partenariat enregistré, y compris la liquidation, le partage de la communauté de biens et l'indivision, d'obligations alimentaires, de contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien d'enfants et de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale”*.

sur demande des parties, ordonnée par un juge. Elle exclut les tentatives de conciliation faites par le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige”.

Il comma 2 si concentra, invece, sulla definizione di mediatore e sulla sua missione, ossia *“tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence. Le médiateur a pour mission d'entendre les parties ensemble, le cas échéant séparément afin que les parties arrivent à une solution du différend qui les oppose. Spécifiant immédiatement dopo che “Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois il peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent”.*

Il successivo art. 1251-3 al comma 1 fa luce su un punto essenziale e cioè che la mediazione non deve per forza essere affidata ad un mediatore abilitato; tuttavia occorre considerare che con la locuzione *“médiateur agréé”*, si deve intendere *“une personne physique agréée à cette fin par le ministre de la Justice”.*

I successivi commi 2 e 3 forniscono le istruzioni a coloro che volessero ottenere l'accreditamento come mediatori per una durata indeterminata; questi sono tenuti a farne domanda al Ministro della Giustizia che decide della domanda proposta dopo essersi confrontato con il procuratore generale dello Stato, dopo aver vagliato eventuali precedenti giudiziari, in seguito all'eventuale chiusura dell'inchiesta amministrativa e, infine, dopo aver valutato la sussistenza di alcuni requisiti da parte del richiedente, ossia: *“a) présenter des garanties d'honorabilité, de compétence, de formation, d'indépendance et d'impartialité; b) produire un extrait du casier judiciaire luxembourgeois ou un document similaire délivré par les autorités compétentes du pays de résidence dans lequel le demandeur a résidé les derniers cinq ans; c) avoir la jouissance des droits civils et l'exercice des droits politiques; et d) disposer d'une formation spécifique en médiation”*⁷⁶.

La mediazione può essere incardinata con differenti modalità: innanzitutto può

⁷⁶ On entend par «formation spécifique en médiation» au sens du point 2., lettre d) du paragraphe (2) du présent article, – un diplôme de master en médiation délivré par l'Université du Luxembourg ou par une université, un établissement d'enseignement supérieur ou un autre établissement du même niveau de formation, désigné conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un Etat membre de l'Union européenne; ou – une expérience professionnelle de trois ans, complétée d'une formation spécifique en médiation dont le programme est fixé par règlement grand-ducal; ou – une formation en médiation reconnue dans un Etat membre de l'Union européenne pour être désigné comme médiateur en matière civile et commerciale dans cet Etat membre.

essere avviata per volontà delle parti, oppure può derivare da un'apposita clausola contrattuale⁷⁷; ancora può essere proposta dal giudice, oppure ordinata da quest'ultimo dietro richiesta delle parti.

Non si tratta di un procedimento gratuito: i servizi di mediazione sono soggetti ad un corrispettivo convenuto tra il mediatore privato e le parti in controversia. Ogni parte è, infatti, tenuta a pagare gli onorari dei propri periti, degli eventuali interpreti o traduttori dei quali sia avvalga. Il procedimento viene avviato con la stesura di un apposito contratto la cui firma sospende il corso della prescrizione fino ad un mese dalla conclusione della procedura.

La durata della mediazione giudiziaria è, normalmente, pari a tre mesi, tuttavia tale termine può subire proroghe. Alla conclusione del suo incarico il mediatore informa il giudice sull'esito del procedimento, che può concludersi in un nulla di fatto, in un accordo parziale o totale.

L'accordo di mediazione non è firmato dal mediatore, a meno che le parti non lo richiedano⁷⁸ e può essere sottoposto all'omologazione del giudice competente che gli attribuisce efficacia esecutiva⁷⁹.

Non esiste un codice deontologico nazionale per i mediatori; essi sono tenuti al rispetto dei principi di imparzialità e riservatezza dettati dal codice etico europeo e, in caso di violazione degli stessi, il giudice o l'arbitro possono pronunciarsi sui danni cagionati⁸⁰.

⁷⁷ Art. 1251-5. (1) Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation en vue de résoudre d'éventuels différends que la validité, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourraient susciter. (2) Le juge du fond ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception doit être soulevée avant tout autre moyen de défense et exception. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin. (3) La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires. L'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation.

⁷⁸ Art. 1251-10. Lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par toutes les parties. Il est dressé en autant d'exemplaires que de parties. L'accord de médiation n'est pas signé par le médiateur, sauf demande expresse de toutes les parties. Cet écrit contient les engagements précis pris par chacune d'elles.

⁷⁹ Art. 1251-11. En cas d'accord total ou partiel, l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1251-8 à 1251-10 peut être soumis pour homologation au juge compétent qui lui donne force exécutoire conformément au chapitre IV du présent titre.

⁸⁰ Art. 1251-6. (1) Les documents établis, les communications faites et les déclarations recueillies au cours d'un processus de médiation ou en relation avec le processus de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Sauf accord de toutes les parties pour permettre l'homologation par le juge de l'accord de médiation, ni le médiateur, ni les personnes participant à l'administration du

Importante è la norma che prevede che il mediatore o chi partecipi all'amministrazione della procedura che testimoni in un processo commette reato.

In assenza di un organismo centrale incaricato della regolamentazione dei mediatori l'università di Lussemburgo offre uno specifico programma di formazione (master universitario) in mediazione. Il mediatore può essere certificato o meno, ma nelle mediazioni giudiziaria e familiare è necessario che possieda specifica certificazione, oppure che sia formalmente dispensato dall'obbligo della stessa.

In Lussemburgo non sono, in linea di principio, previste spese processuali per le giurisdizioni civili. L'inizio del processo civile, infatti, non comporta spese fisse diverse da quelle del costo degli atti che l'ufficiale giudiziario deve porre in essere e delle spese dell'avvocato. Possono tuttavia intervenire le spese di esecuzione della sentenza su richiesta della parte vincitrice. Secondo i principi del “*Regolamento interno del 16 marzo 2005 dell'Ordine degli avvocati di Lussemburgo*” i rappresentanti legali (gli avvocati) devono fornire informazioni preliminari (in francese per le fonti legislative e in inglese, tedesco, francese e lussemburghese per le informazioni orali date dai servizi di informazione e dagli organi) alle parti che, potenzialmente, sono interessate ad iniziare una controversia. Questa informazione deve permettere loro di comprendere i diritti e gli obblighi, le possibilità di vincita e le eventuali spese, comprese quelle in caso di soccombenza.

Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti trova applicazione anche alla mediazione. L'assistenza giudiziaria è, infatti, concessa in materia extragiudiziaria e giudiziale, non contenziosa o contenziosa, a tutte le parti in lite. Le modalità di

processus de médiation ne peuvent les utiliser, produire ou invoquer dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. (2) L'obligation de confidentialité peut être levée –pour permettre la divulgation du contenu de l'accord de médiation en vue de la mise en œuvre ou l'exécution dudit accord; et –pour des raisons impérieuses d'ordre public, notamment pour assurer l'intérêt des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. (3) En cas de violation de cette obligation de confidentialité par une des parties ou par une personne participant à l'administration du processus de médiation, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages- intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont d'office écartés des débats. Art. 1251-7. Sans préjudice quant aux obligations légales, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin dans une procédure judiciaire relative aux faits dont il a eu connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du code pénal s'applique au médiateur agréé et non agréé, ainsi qu'à toute personne participant à l'administration du processus de médiation.

applicazione delle presenti disposizioni sono fissate da un regolamento granducale (L. 21 giugno 2007). I titolari di questo diritto devono essere cittadini lussemburghesi, cittadini stranieri autorizzati a risiedere in Lussemburgo, i cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea o cittadini stranieri assimilati ai cittadini lussemburghesi in materia di assistenza giudiziaria per effetto di un trattato internazionale. I cittadini stranieri aventi domicilio o residenza in un altro Stato membro dell'Unione europea, tranne la Danimarca, hanno diritto al patrocinio a spese dello Stato (anche detto assistenza giudiziaria) per qualsiasi procedimento in materia civile e commerciale nelle cause transfrontaliere di cui alla direttiva 2003/8/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l'accesso alla giustizia.

6.1.3 La Spagna

Il 27 di luglio 2012 è entrata in vigore in Spagna la legge sulla mediazione civile e commerciale del 6 luglio 2012. Si tratta della *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁸¹ che ha abrogato il dettato del decreto reale del 5 marzo 2012 sulla medesima materia⁸². Il percorso che ha portato all'introduzione della nuova legge in Spagna è stato travagliato e complesso in quanto, proprio come in Italia, la necessità di far fronte alla crisi del sistema giudiziario, di attuare la direttiva comunitaria n. 52/07 e di diffondere la cultura della mediazione era molto importante.

Inoltre la Spagna doveva ottemperare al dettato della terza disposizione finale della legge 8 luglio 2005 n. 5, che ha ordinato al governo spagnolo di presentare al Parlamento un disegno di legge sulla mediazione che avesse il proprio fondamento nei principi stabiliti dalle disposizioni dell'Unione europea e, in ogni caso, nel rispetto della volontarietà, imparzialità, neutralità, riservatezza e dei servizi di mediazione creati dalle Comunità Autonome. Non meno importanti sono le priorità del Piano Strategico per l'ammodernamento della Giustizia 2009-2012 presentato dal Ministero della giustizia spagnolo, le quali consistono proprio nello sviluppo e nell'attuazione di nuovi meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, come la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato.

⁸¹ Reperibile on line all'indirizzo <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9112.pdf>

⁸² *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, reperibile on line all'indirizzo: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf>

Proprio in quest'ottica, cogliendo l'occasione di un ammodernamento della normativa, il 19 febbraio del 2010 il Consiglio dei Ministri Spagnolo ha licenziato un progetto di legge sulla mediazione civile e commerciale, *Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁸³, mentre nel 2011 il legislatore spagnolo ha attuato una revisione della disciplina dell'arbitrato⁸⁴.

Per quanto attiene al progetto di legge del 2010 sulla mediazione civile e commerciale, esso non è stato approvato dal Congresso, ma ha suscitato molto interesse: basti pensare che lo stesso Consiglio Generale del Potere Giudiziario⁸⁵ nel maggio 2010 ha recato un parere di addirittura 119 pagine⁸⁶. Tale progetto è stato sostituito da uno nuovo, pubblicato sul *Boletín Oficial de las Cortes Generales* il 29 aprile 2011, che ne ha riscritto alcune parti e modificandone altresì la struttura.

Nonostante la caduta del governo spagnolo, l'interesse per la mediazione e l'arbitrato non è scemata, anzi il Primo Ministro spagnolo del nuovo governo, Mariano Rajoi, all'indomani dell'insediamento ha evidenziato l'interesse per la ripresa del processo legislativo in materia di mediazione e di arbitrato⁸⁷, tanto che, nel marzo 2012 è stato emesso il *Real Decreto-ley 5/2012* che, nella realtà, è stato varato – così recita la relazione alla *Ley 5/12* – per evitare le sanzioni europee per la

⁸³ <http://www.mjusticia.es>. Cfr. anche B. M. CREMADES, *Ley de mediación y reforma de la Ley de Arbitraje*, 24 febbraio 2010 in www.diariojuridico.com.

⁸⁴ In successione le norme più rilevanti che hanno disciplinato l'arbitrato in Spagna sino ad oggi sono state: l'art. 1820-1821 CC; il regio decreto 3 febbraio 1881 sulla procedura civile (in vigore sino all'8 gennaio 2001); la l. 22 dicembre 1953; l'art. 3 della l. 5 dicembre 1988 n. 36; la l. 23 dicembre 2003, n. 60. Dobbiamo aggiungere che il 14 marzo 2011 il plenum del Congresso (Camera dei deputati) ha adottato con 340 voti a favore e 2 contrari il disegno di legge che integra la legge del 23 dicembre 2003 n. 60 e la legge 1° luglio 1985, n. 6 relativa al potere giudiziario (Cfr. <http://www.elderecho.com>). Il progetto che è stato all'esame del Senato (www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_09_31_207.PDF) dal 16 di marzo 2011 è stato approvato e pubblicato il 21 maggio 2011: *Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_2011.pdf. In pari data è stata anche pubblicata la *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/l_011_2011.pdf. Con quest'ultima norma si è cercato di migliorare la legge 60/03 alla luce dell'esperienza pratica maturata.

⁸⁵ In Spagna il Consiglio Generale del Potere Giudiziario (che corrisponde al nostro Consiglio Superiore della magistratura) è tenuto a dare pareri sui progetti di legge che investono la giurisdizione (art. 108,1 della legge del 1° luglio 1985 n. 6).

⁸⁶ http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho.

⁸⁷ Cfr. J. GOMEZ, *Incógnitas sobre la próxima legislatura*, 19 dicembre 2011, in <http://elcensurprocesal.blogspot.com/2011/12/incognitas-sobre-la-proxima-legislatura.html>.

mancata attuazione della direttiva 52/08⁸⁸.

La relazione che accompagna la legge spagnola afferma che l'essenzialità della neutralità che deve caratterizzare l'operato del mediatore al fine di agevolare la risoluzione del conflitto tra le parti in modo equo, consentendo il mantenimento dei rapporti sottostanti ed il controllo sulla soluzione finale del conflitto. Molto interessante è la definizione che l'ordinamento giuridico spagnolo dà della mediazione: un'istituzione ordinata alla pace giuridica che contribuisce ad inquadrare il ruolo dei tribunali nel settore civile e commerciale quale ultima *ratio*, nel caso non sia possibile comporre la controversia mediante la volontà delle parti.

Mentre la direttiva 2008/52/CE si limita a stabilire norme minime per favorire la mediazione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, la legge spagnola costituisce un regime generale applicabile a qualsiasi mediazione che si svolge in Spagna ed ha un effetto giuridicamente vincolante sulle mediazioni civili e commerciali.

Il legislatore spagnolo, come del resto il nostro, si è mosso sulla scorta del modello Uncitral sulla conciliazione in materia commerciale internazionale 24 giugno 2002; ne consegue, quindi, che il modello di mediazione spagnola si basa, a differenza di quello italiano, sulla volontarietà della libera scelta delle parti, oltre che sull'intervento attivo del mediatore, finalizzato a risolvere una controversia tra le parti stesse; tuttavia è importante ricordare che la volontarietà viene meno nel caso in cui in un contratto le parti abbiano deciso di introdurre una clausola di mediazione o compromesso di mediazione; in tal caso, infatti, le parti avranno l'onere di promuovere prima la mediazione. Le regole contenute nella legge valorizzano la flessibilità, il rispetto dell'autonomia delle parti ed il fatto che la volontà recepita da un accordo possa essere, se le parti lo desiderano, esternata in un atto pubblico avente efficacia di titolo esecutivo.

L'attività di mediazione si dispiega in diverse aree professionali e sociali le quali richiedono competenze specifiche che dipendono dalla natura del conflitto. Il mediatore, quindi, deve avere una formazione generale che gli consenta di svolgere il

⁸⁸Nell'estate del 2011 la Commissione Europea ha dato notizia che nove paesi non avevano ancora notificato le misure nazionali necessarie per dare piena attuazione alla direttiva. In relazione a ciò ha avviato una procedura legale inviando "lettere di costituzione in mora" a Repubblica Ceca, Spagna, Francia, Cipro, Lussemburgo, Paesi Bassi, Finlandia, Slovacchia e Regno Unito.

compito assegnatogli e, soprattutto, di fornire una garanzia inequivocabile alle parti circa la responsabilità civile in cui possono incorrere legalmente.

Il mediatore, che può essere unico o plurimo, ha quindi un ruolo centrale perché aiuta le parti a trovare una soluzione frutto del dialogo e volontaria secondo le loro intenzioni, accompagnandole in un procedimento deve essere di semplice svolgimento, rapido ed economico.

Per evitare, poi, che la mediazione si presti a tattiche dilatorie, la legge dispone che la prescrizione sia solamente sospesa e non interrotta.

Gli articoli della legge 6 luglio 2012 sono ripartiti in cinque titoli.

Nel titolo I, intitolato “*Disposizioni generali*”, si disciplina l’ambito spaziale e materiale della norma, la sua applicazione ai conflitti transfrontalieri, gli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza, e la normativa sulle istituzioni di mediazione.

Analizzando brevemente il contenuto della legge 5/12 occorre innanzitutto precisare che essa non si applica alla mediazione penale, a quella con le amministrazioni pubbliche, alla mediazione in materia di lavoro e a quella del consumo.

Il titolo II elenca i principi che reggono la mediazione, vale a dire: la scelta volontaria e libera, il principio di imparzialità, di neutralità e di riservatezza; a questi si aggiungono le regole attinenti al comportamento delle parti in mediazione, ossia il principio di buona fede e di rispetto reciproco, così come il suo dovere di cooperare e sostenere il mediatore.

Il Titolo III elenca i requisiti ed i principi dell’azione del mediatore; ispirandosi al modello del Codice europeo di condotta dei mediatori, per garantire il principio di imparzialità il legislatore ha illustrato le circostanze che il mediatore deve avere cura di comunicare alle parti.

Il Titolo IV disciplina il processo di mediazione che, come noto, è caratterizzato dalla semplicità e dalla flessibilità, in modo che le parti coinvolte nella mediazione possano fissarne liberamente le tappe fondamentali.

La norma si limita a stabilire i requisiti imprescindibili per il raggiungimento dell’accordo che non è necessario dato che si parte dal presupposto per il quale la mediazione si può risolvere semplicemente in un miglioramento delle relazioni.

Infine, il titolo V stabilisce la procedura per l'esecuzione degli accordi, mentre le disposizioni finali coordinano il procedimento di mediazione con altre leggi ed i procedimenti giudiziali.

Nel caso in cui sia già stato instaurato un procedimento giudiziale, la normativa concede alle parti coinvolte di tentare la risoluzione del conflitto attraverso la mediazione, conferendo altresì al giudice la facoltà di invitare le parti ad accordarsi e, a tal fine, di informarli della possibilità di ricorrere ad una mediazione.

Nel caso in cui sia instaurato un procedimento giudiziale la cui domanda abbia ad oggetto una richiesta che sia l'opposto dell'accordo frutto della mediazione, la domanda giudiziale stessa è dichiarata irricevibile; la stessa situazione si verifica nel caso in cui il giudizio è proposto nel corso della procedura di mediazione. In costanza di procedura, infatti, le parti possono solo esercitare *“las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos”*.

Infine gli aspetti più innovativi e significativi della nuova normativa sono i seguenti: innanzitutto, come già anticipato, la prescrizione, al pari della decadenza, è soltanto sospesa con l'instaurazione della procedura e non interrotta. A tale proposito la norma prevede che, se entro quindici giorni dalla ricezione della domanda di mediazione non viene firmato il verbale preparatorio della sessione costitutiva della procedura, il termine di prescrizione ricomincia a decorrere.

Inoltre a differenza di quello che accade nella maggioranza degli altri Stati, la mediazione non ha come sbocchi unicamente l'accordo o il non-accordo, ma può essere utilizzata semplicemente per migliorare le relazioni tra le persone.

Altro elemento peculiare della mediazione spagnola riguarda il fatto che le Camere di Commercio acquisiscano solo oggi la possibilità di essere anche Organismi di mediazione oltre che organi di arbitrato. Si estende poi la possibilità di svolgere mediazione (e pure di esperire l'arbitrato nazionale ed internazionale) anche agli Ordini professionali. Ancora nel procedimento di mediazione vi è un limite al divieto di testimonianza quando le parti rinunciano espressamente per iscritto al loro dovere di riservatezza e qualora, con sentenza motivata, la testimonianza venga richiesta dal giudice penale.

La mediazione inizia, poi, salvo diverso accordo delle parti, con una sessione

informativa tenuta dal mediatore: se tale sessione viene disertata ingiustificatamente ciò comporterà decadenza della domanda.

Se non vi sono problemi di imparzialità del mediatore e se le parti accettano i costi, le condizioni di svolgimento della procedura ed il valore di un eventuale accordo, alla sessione informativa segue quella costitutiva nella quale si sottoscrive, come accade nei paesi anglosassoni, l'accordo di mediazione che regola la procedura e che viene firmato dalle parti e dal mediatore. A ciò segue la vera e propria procedura. La normativa civile e commerciale ricalca in questa scansione quella precedente sulla mediazione familiare.

L'accordo di mediazione può essere parziale o totale e contro il dettato del medesimo potrà esercitarsi la sola azione di nullità per le cause di invalidità dei contratti. Esso viene omologato dal tribunale se raggiunto a giudizio in corso; prima e fuori dal giudizio può essere a richiesta di parte recepito da atto pubblico rogato da notaio, che è tenuto a controllare se sia stata rispettata la legge sulla mediazione e se l'accordo non sia contrario al diritto.

L'esecuzione dell'accordo intervenuto nel corso del giudizio può chiedersi al giudice che ha omologato l'atto o, se si tratta di mediazione intervenuta successivamente al giudizio, al tribunale di primo grado del luogo in cui è stato firmato l'accordo.

La Spagna è l'unico ordinamento che, in maniera lungimirante ed accorta, ha introdotto una norma a protezione del diritto dei disabili secondo la quale dev'essere garantita l'accessibilità degli ambienti, l'uso della lingua dei segni e dei mezzi di supporto per la comunicazione orale, Braille, l'uso della comunicazione tattile o di qualsiasi altro mezzo o sistema che permette alle persone con disabilità di partecipare a pieno titolo al procedimento di mediazione. Le medesime garanzie di accesso devono essere attuate anche quando si tratti di mediazione effettuata tramite mezzi elettronici.

Si specifica, poi, sempre opportunamente che non è possibile richiedere in causa gli atti di un perito raccolti in occasione di una mediazione o di un arbitrato; inoltre il giudice ha il potere di respingere la domanda di intervento del perito non solo quando si consideri inutile od irrilevante, ma pure quando sussista un dovere di confidenzialità collegato all'intervento del perito in un pregresso procedimento

di mediazione tra le parti.

Infine il mediatore ha l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa di responsabilità civile; oltre a questo l'accettazione dell'incarico di mediatore comporta che il professionista debba adempiere fedelmente l'incarico in quanto, in difetto, risponderà per eventuali danni causati. I danneggiati hanno azione diretta contro il mediatore e, se del caso, nei confronti dell'organismo di mediazione, indipendentemente dalle azioni di regresso che quest'ultimo può vantare contro i mediatori.

6.1.4 La Francia

La Francia ha recepito la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 dapprima con l'ordinanza n. 2011-1540 del 16 novembre 2011 ed in applicazione della L. 17 maggio 2011 relativa alla *simplification et d'amélioration de la qualité du droit* e quindi con il *décret* n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 *relatif à la résolution amiable des différends*.

La predetta ordinanza del 16 novembre 2011 ed il successivo decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 hanno reso, per la prima volta nella storia giuridica francese, una definizione di mediazione, ispirata dalla direttiva europea del 21 maggio 2008. Il testo definisce la mediazione come “*ogni procedimento strutturato in cui due o più parti tentano, con l'aiuto di un terzo, di conseguire un accordo, in vista della risoluzione amichevole delle loro controversie*”. E' quindi chiaro che quel terzo che, durante lo svolgimento di un processo strutturato, offre la propria professionalità a due o più parti in lite affinché le stesse tentino di pervenire ad un accordo è il mediatore.

Le parti sono libere di determinare, previo accordo col mediatore, le modalità di svolgimento della mediazione; in tal modo esse, malgrado il conflitto che le vede contrapposte, accettano di cercare, assieme al mediatore, una soluzione grazie all'impiego di modalità condivise.

Come si vedrà meglio in seguito, il mediatore può essere scelto con due modalità differenti, a seconda della tipologia di mediazione che le parti vogliono incardinare; nel caso della *médiation conventionnelle* che, prima dell'introduzione della nuova regolamentazione non aveva alcun quadro giuridico di riferimento, egli è scelto

direttamente dalle parti, trattandosi di una mediazione del tutto estranea ed indipendente da qualsiasi lite giudiziaria. Invece, nel caso della mediazione giudiziaria, il mediatore, previo accordo delle parti, è designato dal giudice presso il quale è stato incardinato il giudizio ordinario. E' bene specificare che questa tipologia di mediazione godeva già di un regime giuridico preciso, identificabile nella Legge dell'8 febbraio 1995.

La definizione di derivazione comunitaria appena introdotta in Francia ha indubbiamente maglie più larghe rispetto a quella prevista dalla già citata legge dell'8 febbraio 1995, nel senso che la mediazione "comunitaria" fa riferimento non solo alla mediazione in senso stretto, ma anche a quella condotta da un *conciliateur de de justice*.

Quindi, a differenza della normativa sul *conciliateur de justice*, previsto dal *décret du 20 mars 1978*⁸⁹, la recente ordinanza fissa una serie di regole che costituiscono la base di tutti i metodi alternativi di risoluzione delle liti⁹⁰.

Tornando alle modalità di scelta e nomina del mediatore mentre, come già anticipato, nell'ambito della *médiation conventionnelle* la scelta del professionista avviene liberamente tra le parti ed indipendentemente da ogni procedura giudiziaria; nel caso della mediazione cd. giudiziaria, così come già normativamente ben definita, la designazione del mediatore è compito del giudice adito, con accordo delle parti.

Passando ora ad una brevissima analisi per sommi capi del decreto francese, tra le note pubblicate nella prima pagina dello stesso si legge che esso crea, all'interno del codice di procedura civile francese, un libro (il V) dedicato ai metodi di risoluzione alternativi delle controversie al di fuori della procedura giudiziaria. Esso precisa le regole applicabili a ciascun metodo di risoluzione, ossia alla mediazione, alla conciliazione ed alle procedure partecipative; oltre a ciò il decreto ha anche l'onere

⁸⁹ Si ricorda che il *conciliateur de justice* è stato istituito dal *décret du 20 mars 1978* relativo ai conciliatori di giustizia; tale ruolo può essere rivestito da qualsiasi soggetto, sia esso persona giuridica o fisica.

⁹⁰ Ne emerge che il legislatore francese si è mosso nella direzione di favorire lo sviluppo della mediazione allargandone l'applicazione alle controversie interne, senza costringere l'ambito d'azione della stessa alle sole controversie transfrontaliere, come invece prevedeva la direttiva europea 2008/52/CE del 21 maggio 2008.

di dettare e precisare le modalità attraverso le quali l'avvocato che si trovi a dover condurre una procedura partecipativa può e deve agire.

Il predetto Libro V, “*la résolution amiable des différends*”, all’art. 1528, prevede che le parti in lite possono, su loro iniziativa e nel rispetto delle condizioni previste dal medesimo Libro, tentare di risolvere in un modo amichevole la lite che le vede coinvolte mediante l’assistenza di un mediatore, di un *conciliateur de justice*, ovvero dei propri avvocati, nel caso di una procedura partecipativa.

Il successivo art. 1529 prevede che le disposizioni contenute nel Libro V si applicano alle controversie insorte nell’ambito civile, commerciale, sociale o rurale, tenuto conto di quanto previsto dalle regole speciali di ciascuna materia e giurisdizione. Infine precisa che le disposizioni ivi dettate devono essere applicate alla luce dell’art. 2064 del *Code Civil* e dell’art. 24 della *loi du 8 février 1995* relativa all’organizzazione delle giurisdizioni e della procedura civile, penale ed amministrativa.

L’art. 1530, dedicandosi specificamente alla mediazione ed alla conciliazione convenzionali, ne riporta la definizione già nota, mentre il successivo art. 1531 prevede che la mediazione e la conciliazione convenzionali sono sottomesse al principio di confidenzialità di cui alle modalità previste dagli artt. 21-23 della L. 8 febbraio 1995.

Gli artt. 1532-1535 si occupano della *médiation convention elle* e quelli dal 1536 al 1541 regolamentano la *conciliation menée par un conciliateur de justice*.

La *médiation conventionelle* prevede che mediatore possa essere sia una persona fisica, sia una persona giuridica; in tale ultimo caso la persona fisica mediatore è designata con l’accordo delle parti.

Come in tutte le altre legislazioni studiate sin d’ora, anche quella francese prevede che il mediatore, per poter essere tale, non deve avere alcuna condanna o incapacità menzionata sul *bulletin* n. 3 del casellario giudiziario; egli, inoltre, deve possedere le capacità tecniche necessarie allo svolgimento della professione, acquisite mediante la propria esperienza lavorativa, ovvero con l’attestazione di frequenza di corsi idonei.

La domanda di omologazione dell’accordo raggiunto attraverso la mediazione, può essere presentata da tutte le parti congiuntamente, ovvero da una sola di esse, previo ed espresso accordo delle altre.

Il *conciliateur de justice* invita gli interessati, che possono farsi accompagnare da un altro soggetto scelto direttamente da loro, ad incontrarsi davanti a lui e, con l'accordo degli stessi, recarsi sul luogo in maniera tale da ascoltare tutte le persone la cui posizione può essere utile.

Il *conciliateur de justice* può farsi assistere da un altro *conciliateur de justice* della corte d'Appello e, nel caso in cui le parti si accordino, entrambe siglano il predetto accordo.

In caso di conciliazione, anche parziale, può essere redatto apposito verbale, parimenti siglato dalle parti e dal *conciliateur de justice*; la redazione del verbale in più copie è, invece, necessaria nel caso in cui la conciliazione ha quale effetto la rinuncia ad un diritto; una copia viene depositata, senza ritardo, presso il tribunale competente per mezzo del *conciliateur de justice*, mentre le restanti vengono consegnate alle parti.

L'omologazione può essere richiesta da qualsiasi parte vi abbia interesse, purchè il verbale di conciliazione scritto non preveda il disaccordo sul punto di una delle restanti parti coinvolte.

La *procédure participative*, come già anticipato, si caratterizza per il ruolo determinante dell'avvocato delle parti che, assieme ai propri assistiti, hanno il compito di cercare un accordo nel rispetto e nei termini temporali di cui alle condizioni fissate convenzionalmente.

Questa tipologia di procedura ammette l'intervento di un soggetto terzo, tecnico ed esperto di una materia specifica, remunerato dalle parti secondo quanto dalle stesse stabilito, il quale deve prestare la propria consulenza al fine di consentire alle parti di giungere ad una decisione.

Fedele alle indicazioni comunitarie, l'ordinanza francese identifica altresì la missione del mediatore e prevede alcune regole comuni finalizzate a garantire l'efficacia del procedimento di mediazione, tra le quali merita di essere citata quella secondo la quale, al fine di consentire alle parti di dialogare liberamente, “*il mediatore compie la sua missione con imparzialità, professionalità e diligenza. Salvo accordo contrario tra le parti, la mediazione è sottoposta al principio di confidenzialità*”; l'obbligo del rispetto del principio di confidenzialità perde la propria efficacia soltanto nel caso in cui sussista uno specifico accordo tra le parti,

oppure vi siano motivi di ordine pubblico o di protezione dell'interesse superiore di un soggetto minore.

Una critica all'ordinanza recentemente emanata si riferisce alla mancata previsione del criterio di indipendenza del mediatore, invece previsto nella legislazione previgente e ciò malgrado la delucidazione di tale omissione nella relazione rimessa al Presidente della Repubblica - laddove si legge che questa nozione, non prevista dalla direttiva, sarebbe già inclusa nella missione del mediatore e che, quindi, la nozione di imparzialità sarebbe di per sé sufficiente. Tuttavia si può replicare che imparzialità ed indipendenza costituiscono due nozioni distinte; mentre la prima, infatti, implica che il mediatore tratta le parti nello stesso modo, la seconda impone al mediatore l'assenza di legami con le parti.

La Francia, non ha introdotto l'obbligatorietà della mediazione come invece hanno fatto Italia, Romania e Bulgaria, con la conseguenza che la proposizione della domanda giudiziale in Francia non è subordinata al preventivo esperimento della mediazione.

Infine il ritardo con il quale la Francia ha recepito la direttiva europea in tema di mediazione non è da imputarsi ad un atteggiamento diffidente nei confronti dell'istituto medesimo; infatti le potenzialità degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie erano già note agli operatori del diritto sin dal 1998, anno in cui è stata promulgata la legge del 18 dicembre relativa all'accesso al diritto ed alla risoluzione dei conflitti alternativi all'offerta giurisdizionale ordinaria al fine di introdurre una maggiore organicità normativa che accompagnasse la flessibilità processuale.

6.1.5 La Germania

6.1.5.1 La nascita della figura del giudice-mediatore

Prima di concentrarsi sulla figura del giudice-mediatore sulla quale l'ordinamento giuridico tedesco ha puntato moltissimo, è bene precisare che essa, cd. *gerichtsinterne Mediation*, è, ancor prima che un'elaborazione teorica e oggetto di dibattiti dottrinali accesi, anzitutto un'esperienza pratica che prende le mosse dall'esperienza di alcuni tribunali che, a livello locale o al più regionale ed in via del tutto sperimentale, hanno iniziato ad offrire all'utenza la mediazione effettuata dal

giudice-mediatore come servizio giudiziale interno e valida alternativa alla causa ordinaria. Mentre l'idea di base era unica e si sostanziava nella volontà di elaborare e realizzare dei modelli di mediazione interni ai tribunali e basati su programmi di durata circoscritta e predeterminata, la stessa cosa non si può dire per i modelli adottati che erano, in realtà, diversi, distinguendosi da *Land* a *Land* per l'organizzazione, le forme ed modi di realizzazione. Il dato comune a tutti resta, comunque, l'atteggiamento estremamente positivo che i soggetti coinvolti, ossia le parti, i giudici e gli avvocati hanno agli stessi rivolto.

Poichè il *Land Niedersachsen* è stato la culla della *gerichtsinterne Mediation*, appare opportuno dare un rapido scorcio proprio alla sua esperienza.

Il programma ha preso il via nel settembre del 2002 in sei tribunali del *Land* e prevedeva che per ciascuno di essi fossero preposti alla mediazione due giudici-mediatori (tre nel Tribunale di Hannover in considerazione delle sue maggiori dimensioni), la cui formazione doveva essere arricchita dalle essenziali conoscenze di tecniche conciliative acquisite grazie alla partecipazione a corsi obbligatori di apprendimento appositamente creati.

Vedendo ora, seppur brevemente, i tratti tipici di questo modello di mediazione che verranno comunque ripresi oltre, è importante sin d'ora chiarire che la mediazione interna al tribunale non può e non vuole sostituire in alcun modo il rito ordinario al quale, semplicemente, si affianca alla stregua di possibilità suggerita dal giudice-mediatore medesimo, ovvero come scelta autonoma delle parti. Ovviamente, nel corso del procedimento di mediazione il rito ordinario rimane sospeso e, nel caso del raggiungimento di un accordo, è destinato ad estinguersi o a ricominciare nell'ipotesi di fallita conciliazione⁹¹.

⁹¹ La Baviera ha, invece, compiuto una scelta che, per certi aspetti, si discosta da quella del *Niedersachsen* e degli altri *Länder* che ne hanno seguito il modello. Gli otto tribunali che partecipano all'iniziativa partita nel 2005 consegnano al giudice ordinario il compito di dare effettività alla mediazione nelle cause pendenti che si adattino ad una risoluzione stragiudiziale. Quando il giudice investito della causa intravede la potenziale conciliabilità della controversia, rinvia le parti ad un c.d. *Güterichter*, ossia quel giudice appartenente al medesimo tribunale competente per la stessa controversia in corso che per l'occasione abbandona momentaneamente le sue competenze ordinarie di giudice e si dedica esclusivamente alla mediazione della lite. Al fine di svolgere correttamente il proprio ruolo, come già precisato, il *Güterichter* riceve una previa specifica formazione come mediatore. Questa particolare figura di giudice-conciliatore viene equiparata tramite l'applicazione analogica del § 278, comma 5°, ZPO alla figura di giudice delegato. Il modello è comunque volto alla promozione ed alla diffusione dei procedimenti amichevoli di risoluzione delle controversie in materia civile, in linea con la riforma del 2002 e con la medesima tendenza degli altri tribunali di molte regioni tedesche.

L'entusiasmo mostrato dai tribunali che hanno sperimentato la cd. *gerichtsinterne Mediation* non è tuttavia condiviso da una parte importante della dottrina, la cui posizione si è riflessa anche nella stesura della legge attuativa della direttiva comunitaria relativa alla mediazione in materia civile e commerciale. La dottrina, in particolare, evidenzia come, da un lato l'assenza di un supporto normativo a tale tecnica di origini giurisprudenziali per la risoluzione delle controversie non ne consentirebbe la sopravvivenza, mentre, dall'altro, come certi elementi propri della mediazione interna al tribunale siano in aperto contrasto con la natura originariamente extragiudiziale della mediazione.

Tenendo conto di quanto sin qui detto, è ovvio che, tra i metodi di risoluzione applicati e conosciuti dall'ordinamento tedesco, quello che merita indubbiamente di essere analizzato, nonostante la sua prossima estinzione da imputarsi alla recente evoluzione normativa, è proprio la *gerichtsinterne Mediation*, ossia, come si è già chiarito, la mediazione interna al tribunale. Essa, caratterizzandosi per la sua evoluzione storica, è amata dai giudici e sicuramente accolta con favore dagli utenti che si rivolgono al tribunale proprio per ottenere la tutela dei propri diritti.

Ma cosa s'intende con il termine *gerichtsinterne Mediation*? Con tale locuzione il legislatore tedesco designa una forma di mediazione che ha luogo nelle aule giudiziarie, è condotta da un giudice sempre diverso da quello competente a decidere della controversia ordinaria, effettivamente e realmente incardinata dal ricorrente o attore e vede quale caratteristica imprescindibile la sussistenza della disponibilità e del consenso delle parti medesime a che la controversia venga affrontata con un diverso tipo di procedimento e cioè la mediazione⁹². Va da sé che essa può essere introdotta dal giudice competente nel corso del giudizio ordinario pendente e, a tal proposito, si parla di *integrierte Mediation*⁹³; ancora la mediazione può essere

⁹² La dottrina tedesca parla a proposito di *gerichtsbezogene Mediation*: una mediazione sorta nel contesto giurisdizionale, perché iniziata a giudizio già instaurato. Solitamente la categoria della *gerichtsbezogene Mediation* viene poi suddivisa nelle due sottocategorie di *gerichtsnahe Mediation* e di *gerichtsinterne Mediation* (su cui v. più diffusamente *infra*); sul tema v. BAMBERGER, *Verfassungsrechtliche und politische Aspekte der Richtermediation*, in AA.VV., *Handbuch Mediation*, a cura di Haft e von Schlieffen, München, 2009, pp. 1035-1049; VON BARGEN, *Der Richter als Mediator*, ivi, pp. 934-959; VON BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008; WEITZ, *Gerichtsnahe Mediation in der Verwaltungs- Sozial- Finanzgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 2008.

⁹³ 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

condotta dal mediatore o da un terzo neutrale, ma non dal giudice dopo che questo stesso, investito della controversia, si sia accorto della conciliabilità della lite ed abbia perciò suggerito e caldeggiato la via della mediazione. In tal caso si parla di *gerichtsnahe Mediation*, cioè di mediazione che si affianca al procedimento giudiziale. Infine può essere il tribunale adito a proporre alle parti di mediare la controversia; in quest'ultimo caso la procedura verrà gestita da un giudice totalmente privo di potere decisorio ed estraneo al contenzioso precedentemente instaurato.

Riassumendo brevemente si può dire che si tratta di una figura di giudice-mediatore il cui unico compito è semplicemente quello di condurre le parti alla conciliazione della controversia, senza che il procedimento eventualmente incardinato conosca il merito della controversia nel contesto giurisdizionale.

Sulla base di quanto descritto è possibile ritenere che quest'ultima mediazione ne identifica gli estremi nella sua forma più semplice e pura e che, come tale, non può influenzare in alcun modo il giudizio ordinario; tuttavia la stessa risulta anomala in quanto il mediatore, cioè il giudice, assume una particolare qualifica ed una particolare circostanza, ossia quella di svolgersi entro le mura del tribunale⁹⁴. Per la verità questo tipo di mediazione è da apprezzare soprattutto alla luce della particolare figura del giudice-mediatore in quanto egli è in grado di plasmare il proprio lavoro compiendo un raffinato intreccio tra pubblico e privato, ponendo in azione, da un lato, il terzo neutrale che, in quanto giudice, ha una formazione tipicamente completa e di alto profilo che caratterizza proprio il giurista a tutto tondo. E' facile comprendere come proprio questa caratteristica non può che ispirare nelle parti la fiducia necessaria perché vi sia la determinazione ad abbandonare il processo civile ordinario tedesco, noto perché estremamente efficiente ed affidabile, per preferire la mediazione, connotata dalla rapidità, dall'economicità e della riservatezza.

Tuttavia, come nel caso della mediazione italiana di cui al D.Lgs n. 28/2010, il terzo giudice-mediatore non può in nessun caso interferire nella scelta delle parti mediante l'imposizione di scelte, né può trasmettere le informazioni ed i documenti acquisiti nel corso del procedimento al giudice competente a conoscere il giudizio

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 (v. Trossen, *Integrierte Mediation*, in AA.VV., *Handbuch*, cit., pp. 987-1005).

⁹⁴ Anche l'esperienza italiana ha visto lo sviluppo e il successivo venir meno di un progetto simile denominato "Progetto Conciliamo" la cui sede si trovava all'interno del tribunale di Milano.

incardinato in seguito al fallimento della mediazione.

Delineati i caratteri salienti e le componenti positive di tale figura di mediazione, occorre ora indicarne le maggiori criticità che emergono innanzitutto con riferimento alla compatibilità ed alla legittimità costituzionale del ruolo di mediatore con il ruolo del giudice quale figura di diritto pubblico, ossia individuo che incarna il potere dello Stato e che è investito del compito di applicare la legge tramite l'esercizio della giurisdizione. Il dubbio e l'incertezza sono legittimi proprio in ragione dell'assenza di una fonte dell'ordinamento giuridico tedesco; in particolare ci si chiede se la mediazione quale attività del giudice rientri a pieno titolo nel suo potere giurisdizionale ai sensi dell'art. 92 GG e del § 4, comma 1°, *Deutsches Richtergesetz* (DRiG), oppure se l'esercizio della mediazione possa rientrare tra le attività meramente formali ed amministrative della giustizia ai sensi del comma 2°, n. 1 del menzionato § 4 DRiG che fa riferimento con un'accezione del tutto generica ad “*altri incarichi attribuiti al giudice dalla legge*”.

Dunque la problematica centrale dell'intera discussione ruota attorno al fatto che la *gerichtsinterne Mediation* di cui si sta trattando è condotta dal giudice-mediatore che, come già chiarito, è un soggetto differente dal giudice competente a conoscere ed a pronunciarsi sui fatti di causa, nonché totalmente estraneo al giudizio.

Prescindendo in questa sede dai dibattiti dottrinali che si sono accesi attorno alla questione appena illustrata, ma che saranno il motivo scatenante dell'evoluzione normativa alla quale si dedicherà il paragrafo successivo, si ritiene utile precisare soltanto che la norma è stata oggetto di riforma nel 2002 ed è stata concepita e formulata con il chiaro intento di incoraggiare la risoluzione in via amichevole delle controversie insorte ed il cui procedimento è stato incardinato innanzi al tribunale effettivamente competente, mediante l'attribuzione al giudice ordinario di un nuovo compito, ossia quello di segnalare alle parti i vantaggi di una soluzione amichevole e, quando ciò sia possibile, di realizzare la conciliazione delle parti, per dirla all'italiana.

Al fine di trovare una soluzione ai problemi rappresentati dalla dottrina, il *Deutscher Richterbund*, Associazione Nazionale Magistrati, nel novembre 2009 ha proposto l'opzione di considerare la mediazione interna al tribunale come un'attività giudiziale *sui generis* che, nel caso in cui sussistano circostanze particolari, deve

seguire le regole ordinarie sull'esercizio della giurisdizione. Il suggerimento dell'Associazione nazionale magistrati, inizialmente era stato accolto dal legislatore tedesco che nei progetti iniziali di legge sulla mediazione aveva riconosciuto in modo ufficiale l'esistenza della *gerichtsinterne Mediation* (art. 1, § 1, comma 1°, n. 3, *Gesetzentwurf*) alla quale riservava uno spazio di operatività all'interno dei vari rami della legislazione, introducendo in alcuni corpi normativi degli appositi articoli di legge che prevedessero, appunto, la possibilità per le parti in contenzioso di rivolgersi al giudice mediatore (artt. 3, 4 e 5 *Gesetzentwurf*).

Tuttavia, come si accennava inizialmente, pare che la tendenza prevalente sia quella di voler eliminare la *gerichtsinterne Mediation* dal novero delle previsioni normative, facendola così ripiombare nella antecedente situazione di assenza di legittimazione, per condannarla in definitiva, con molta probabilità, all'estinzione.

Se si guarda ai principi fondamentali del giudizio civile emerge però che la figura del giudice mediatore consente a questi stessi di assumere un proprio ruolo all'interno del processo di mediazione e, per converso, considerando i principi fondamentali della mediazione, attraverso la figura e l'opera del giudice mediatore, questi sono in grado di assumere sfumature per certi aspetti differenti rispetto al caso in cui il mediatore non sia anche giudice⁹⁵.

⁹⁵In primis è complicato assicurare il pieno rispetto del principio di volontarietà della mediazione a causa di condizionamenti emozionali delle parti coinvolte; inoltre la mediazione sorge in una sede giurisdizionale su suggerimento ed indicazione del giudice della causa e, a tale proposito, si è constatato che la scelta della mediazione può venire indotta nell'individuo dalla paura di contraddire l'autorità giudiziaria o di subirne un trattamento sfavorevole a causa del proprio diniego espresso innanzi alla proposta di negare. Proseguendo occorre evidenziare che, mentre nel procedimento giurisdizionale ordinario è il giudice ad essere responsabile per la decisione a base della sentenza, nella mediazione, in forza del principio di auto-responsabilità, sono le parti stesse a dover chiarire quali siano gli interessi percepiti come prevalenti e maggiormente bisognosi di tutela, nonchè a dover collaborare nell'elaborazione della soluzione al conflitto; mentre i compiti del giudice-mediatore in corso di mediazione sono in particolare quello di valutare l'applicabilità e l'idoneità del procedimento alle circostanze del caso concreto e quello di evitare di ricondurre troppo presto le parti al giudizio ordinario, senza attendere che la mediazione abbia esaurito tutte le sue potenzialità. Altro punto debole della mediazione interna al tribunale, con riferimento al rispetto del principio di auto-responsabilità, è quello dell'intervento attivo del giudice-mediatore in quanto è ben possibile che egli avanzi delle proposte di soluzione della controversia che, poi, le parti saranno libere di accettare o meno. Tuttavia, se il mediatore è un giudice, si presenta il rischio che la sua funzione di giudice abbia un notevole peso sulle scelte individuali delle parti, anche se è innegabile, per converso, la vantaggiosità del *know-how* di giudice del mediatore, in vista del successo della mediazione. Logica conseguenza è che, proprio per non negare al giudice-mediatore la possibilità di suggerire utili spunti per l'elaborazione di una soluzione soddisfacente, senza però al tempo stesso svuotare la responsabilità individuale che ciascuna parte ha nella conclusione del procedimento di mediazione, è imprescindibile il rispettare di certe regole di condotta in base alle quali egli deve cancellare dalla propria mente le azioni più tipiche e le iniziative più istintive proprie della sua professione quotidiana, dovendo altresì

6.1.5.2 La direttiva n. 2008/52/Ce e la normativa tedesca sulla mediazione

La direttiva n. 2008/52/Ce ha definitivamente spinto il legislatore tedesco a dedicare un'apposita disciplina *ad hoc* sulla mediazione, al pari degli altri paesi dell'Unione europea. La norma, *Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, c.d. *Mediationsgesetz*, prende le mosse anzitutto dal *Referentenentwurf* del Ministero della giustizia del 5 agosto 2010 e prosegue con le proposte riviste nel corso del 2011 dal governo e dal *Bundesrat*, in particolare dal mese di gennaio al mese di marzo 2011.

modificare il proprio comportamento abituale per cedere il passo ad un'attività molto diversa, che si sostanzia nel semplice aiuto e sostegno alle parti in conflitto. Un ulteriore compito del giudice-mediatore, in vista di una possibile esecutività dell'accordo concluso in mediazione, è quello di controllarne la conformità alla legge. E' evidente che, a questo punto, egli è chiamato a svolgere un ruolo attivo e di vigilanza finalizzato al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento e, più in generale, sulle norme giuridiche vigenti. La mediazione interna al tribunale viene instaurata solo quando entrambe le parti ne facciano richiesta e tutti i partecipanti siano d'accordo circa la sua conduzione. Sarebbe contrario alla stessa natura della mediazione un procedimento iniziato contro il volere di uno dei due litiganti, o per imposizione di un'autorità estranea al conflitto. Certamente anche l'oggetto e i temi da affrontare, nonché i soggetti da coinvolgere nel procedimento, sono determinati dalle libere scelte delle parti. Quanto all'esito della mediazione, il principio dispositivo si manifesta sotto più aspetti. Il procedimento può interrompersi e concludersi per volere anche di una sola delle due parti, non più disposta a proseguire sulla strada della mediazione. Laddove invece la mediazione abbia successo, le parti possono scegliere liberamente tra diverse alternative: la formulazione di un accordo transattivo, la rinuncia unilaterale alla propria pretesa, il riconoscimento del diritto altrui. La stessa decisione di attribuire all'accordo conclusivo forza esecutiva è subordinata alla volontà espressa delle parti. Anche il principio della domanda sembra essere operativo, pur essendo meno vincolante per il giudice-mediatore rispetto al giudice ordinario, atteso che il primo è autorizzato ad indurre le parti ad estendere l'oggetto delle controversie oltre alla domanda originaria in vista della migliore soluzione al conflitto. Un discorso a parte, invece, va affrontato relativamente al principio di pubblicità, vero e proprio pilastro dell'ordinamento democratico e dello Stato di diritto che assicura la trasparenza e l'affidabilità del procedimento giudiziale, consentendo ai cittadini di verificare la reale indipendenza e neutralità del giudice. Ebbene, il principio di pubblicità non opera nella mediazione, sebbene questa venga condotta da un giudice e questo in ragione del fatto che tale procedimento esige una riservatezza piena, funzionale alla creazione di un'indispensabile atmosfera di fiducia. Altro ancora è, invece, il discorso intorno alla regola processuale della celerità e della concentrazione del procedimento, la quale costituisce per l'ordinamento giuridico tedesco un principio generale di diritto che, come tale, vincola sia il giudice che le parti a limitare la durata del processo entro la misura strettamente necessaria alle esigenze del caso concreto. La mediazione interna al tribunale non contraddice il principio di celerità e concentrazione; anzi, se la mediazione ha successo, l'ordinamento guadagna in termini di risparmio di tempo e di risorse, proprio perché la questione non viene affrontata dal tribunale. Da ultimo resta da analizzare il principio del contraddittorio, costituzionalmente garantito ai sensi dell'art. 103, comma 1°, GG e che, in quanto tale, dev'essere rispettato anche dal giudice che abbia il dovere di condurre la mediazione. Il principio del contraddittorio opera anche nella *gerichtsinterne Mediation* e vincola il mediatore. Ma poiché il giudice-mediatore è privo di potere decisorio, la regola si manifesta in modo differente rispetto al rito processuale ordinario, con la conseguenza che il principio del contraddittorio obbliga il giudice-mediatore a creare le condizioni affinché le parti riescano a comunicare tra loro in modo chiaro e pacato e, conseguentemente, siano in grado di elaborare e razionalmente le proprie posizioni nel conflitto.

La parte iniziale della normativa risponde all'esigenza di fornire una definizione chiara ed una regolamentazione specifica a ciascuna forma di mediazione, sia a quella extragiudiziale, *gerichtsnahe Mediation*, sia a quella iniziata in pendenza di giudizio, *gerichtsinterne Mediation*, figure che sono espressamente ammesse dalla direttiva comunitaria ai sensi dell'art. 3, lett. a). Con particolare riferimento alla mediazione interna al tribunale, alla luce degli accesi dibattiti dottrinali, è emersa la necessità di far luce sul suo fondamento normativo e sulla sussistenza o meno in capo al giudice-mediatore di attribuire direttamente alla conciliazione raggiunta forza esecutiva, senza dover necessariamente instaurare un nuovo, autonomo e successivo procedimento giudiziale di omologazione.

Date queste premesse, la disciplina contenuta nelle proposte di legge via via elaborate, composte e confezionate 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 *standard* minimi qualitativi obbligatori da rispettarsi nella formazione del mediatore ed infine sulla sostanziale equiparazione della mediazione interna al tribunale con quella ordinaria extragiudiziale, legittimandone così l'esistenza nell'ordinamento giuridico.

Inizialmente la posizione del legislatore era di deciso favore all'inserimento e all'integrazione della *gerichtsinterne Mediation* nell'ordinamento giuridico tedesco, essendo essa considerata un procedimento veloce, effettivo, economicamente conveniente e di facile realizzazione. Già nella primavera 2011 il Parlamento in prima lettura iniziava la discussione per l'approvazione della *Mediationsgesetz* e richiedeva il parere della Commissione giustizia.

Il testo recante la proposta di legge sulla mediazione è, poi, stato approvato dal Parlamento in seconda e terza lettura il 15 dicembre 2011 ed è entrato definitivamente in vigore nell'anno 2012. Esso contiene due punti di fondamentale importanza. Da un lato, accanto al mediatore semplice, dal quale si esige soltanto una generica conoscenza del diritto della mediazione e del ruolo del diritto nella mediazione, viene a collocarsi la nuova figura del c.d. *zertifizierter Mediator*. Coloro che intendessero acquisire tale titolo devono seguire una formazione specifica sulle materie elencate dal § 5 MedG, secondo quanto verrà poi dettagliatamente previsto

dal regolamento di prossima emanazione, cui il § 6 MedG fa esplicito riferimento. La durata minima del percorso formativo viene fissata a 120 ore e l'insegnamento di tipo sia pratico che teorico viene fornito da istituti di formazione a loro volta certificati a norma di legge.

Lo scopo di questa esplicita regolamentazione in tema di standard qualitativi è di realizzare la tutela dei consumatori (cioè le parti in lite nella controversia da mediare), necessaria per contribuire in modo determinante all'effettiva diffusione ed affermazione della mediazione nell'ordinamento giuridico tedesco all'attuale momento storico. Se è vero infatti che in Germania i consociati nutrono una forte fiducia nel processo e nel giudice data l'efficienza del primo e l'elevato grado di competenze del secondo come logica conseguenza affinché davvero la mediazione possa diventare la normale alternativa al rito giudiziale ordinario occorre che anche il procedimento di mediazione e il mediatore raggiungano un grado elevato di organizzazione e di preparazione.

Di maggiore interesse per il tema affrontato nel presente scritto, è sicuramente il secondo punto toccato dalla modifica della proposta di legge sulla mediazione, in rapporto con la versione originaria dell'inverno 2011. Seguendo i suggerimenti avanzati dalla Commissione giustizia, il Parlamento intende trasformare la *gerichtsinterne Mediation* nel ben diverso modello del *Güterichter*, in modo tale da favorire la mediazione esterna al tribunale, altrimenti messa in pericolo dalla forte concorrenza della *gerichtsinterne Mediation* il cui vantaggio principale, come si è detto, è quello di essere una mediazione di tipo pubblicistico, direttamente gestita in tribunale dal giudice-mediatore ed alleggerita dai costi elevati, spesso gravosi, propri di un servizio offerto da un professionista privato.

Ciò lo si farebbe senza eliminare totalmente la mediazione dal contesto giudiziale. Infatti verrebbe ancora garantito uno spazio di operatività alle tecniche mediative e conciliative nei tribunali, per mezzo della sopra citata figura del *Güterichter*. Costui conosce ed utilizza i numerosi metodi e le utili tecniche della mediazione, ma al contempo mantiene fermo -e ciò lo differenzia del giudice-mediatore della *gerichtsinterne Mediation*- il proprio ruolo specifico ed istituzionale di giudice. Egli deve adoperare e far emergere, al fine della conciliazione della lite, valutazioni e prospettive tipicamente giuridiche, nonché avanzare proposte di

risoluzione della controversia, esercitando così un potere di natura senz'altro giuridica. A tale scopo il *Güterichter* può altresì prendere visione degli atti del giudizio. Ecco che non si è più in presenza dell'istituto della mediazione propriamente intesa, in quanto si fuoriesce così dai confini netti che la definizione classica dà alla mediazione.

La scelta politica è perciò quella di circoscrivere lo spazio di operatività dell'istituto esclusivamente al di fuori del tribunale, sicché la sola mediazione possibile e riconosciuta è quella che in precedenza si è definita *außergerichtliche Mediation*. Con questa ripartizione si fa definitivamente luce, sotto il profilo giuridico, sui diversi ruoli che, da un lato, vedono l'operatività del giudice, che possiede il potere normativamente riconosciutogli ex § 278, comma 5°, ZPO di conciliare la controversia in sede di giudizio; dall'altro lato si collocano i professionisti privati che detengono il monopolio dell'esercizio della mediazione così come propriamente intesa. In ogni caso, il legislatore tedesco ha previsto un regime transitorio di operatività della *gerichtsinterne Mediation* dall'entrata in vigore della *Mediationsgesetz* per un arco di tempo circoscritto, al fine di assicurarle una graduale uscita di scena e consentire che la sostituzione del giudice-mediatore col *Güterichter* non sia traumatica, né per l'organizzazione interna delle corti né per le parti di una lite.

Del resto la decisione di sostituire la *gerichtsinterne Mediation* con il modello di conciliazione davanti ad un *Güterichter* sembra voler risolvere le perplessità che la dottrina tedesca aveva mostrato con riguardo all'istituto in esame; eppure tale decisione è stata accolta con estrema delusione da parte della già citata Associazione Nazionale dei Magistrati, *Deutscher Richterbund* che vede appunto in tale scambio di figure la fine del procedimento di mediazione davanti al giudice-mediatore, finora tanto apprezzato dai cittadini e dai giudici stessi. Occorre però evidenziare anche che questa stessa scelta è stata contestata dallo stesso *Bundesrat*, che vorrebbe tornare allo *status quo ante* e, allo scopo, il 10 febbraio 2012 ha deciso di convocare la *Vermittlungsausschuss*, ora incaricata di aiutare le forze politiche a risolvere il netto contrasto di opinioni sorto in tema di *gerichtsinterne Mediation* che -come si è già detto- sarebbe, secondo l'opinione del *Bundesrat*, da mantenersi nella disciplina di prossima emanazione e da eliminarsi secondo la posizione assunta dal Parlamento, in

modo tale da raggiungere l'accordo sul testo normativo finale di definitiva emanazione⁹⁶.

⁹⁶ Sul tema sono interessanti le riflessioni condotte da L.M. PALIERO, *La mediazione in Germania: recenti prospettive*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2012, 03, 889 -al cui articolo peraltro si rinvia per un approfondimento sullo sviluppo della mediazione in Germania- che qui di seguito si riportano fedelmente. “*La gerichtssinterne Mediation in Germania, così come si presentava fino all'emanazione della direttiva n. 2008/52/Ce e all'elaborazione della legge sulla mediazione, innegabilmente mancava di una completa e formale base normativa e di una collocazione sistematica all'interno dell'ordinamento giurisdizionale tedesco. Per questo si presentava come una realtà frammentaria, perché limitata ad esperienze locali ed interne ai singoli tribunali regionali, e non generalizzata, perché legata alle scelte amministrative della giustizia locale di ciascun Land. Erano quindi del tutto legittime le perplessità e le critiche che la dottrina tedesca soleva muovere all'istituto, con riferimento in particolare alla totale assenza di un esplicito sostegno normativo (64). Eppure sembra davvero eccessivamente drastica la virata che la Mediationsgesetz fa attualmente, determinando in questo modo la cancellazione di un'esperienza così interessante spunto per riflessioni sulla esportabilità o meno di un tale modello anche in altri ordinamenti giuridici e così utile, effettiva e vantaggiosa nella prospettiva non solo dei consociati, ma anche degli stessi giudici (65). Se è vero che la ratio della norma di conversione della direttiva n. 2008/52/Ce è quella di rafforzare la mediazione, al fine di consentirne una più ampia diffusione nel processo civile, ecco che anche la gerichtssinterne Mediation se congruamente normata e sufficientemente generalizzata potrebbe contribuire in modo determinante all'affermazione della mediazione come normale alternativa al processo ordinario. Né varrebbe di per sé ad ostacolarne l'emancipazione nell'ordinamento giuridico tedesco la momentanea assenza di un referente normativo che legittimi il giudice, potere istituzionale, alla mediazione, funzione invece di origini contrattuali-privatistiche. Se infatti è vero che già la conciliazione è ampiamente riconosciuta e praticata come compito tipico del giudice in forza dello stesso corpo normativo tedesco (si pensi al più volte menzionato § 278 ZPO), non pare allora azzardato superare le perplessità della dottrina spazzata dal vuoto normativo in materia di gerichtssinterne Mediation colmando la lacuna con la medesima Mediationsgesetz, al cui interno si potrebbe riconoscere esplicitamente la conduzione della mediazione ad opera del giudice-mediatore, privo di potere decisionale, quale nuova forma di gestione dei conflitti da parte del potere giurisdizionale. Questa era in realtà la scelta originaria dei primi progetti di legge, i quali, al più, avrebbero potuto essere corretti approfondendo maggiormente la disciplina dell'istituto (66), senza la reale necessità di rimuoverlo drasticamente dall'ordinamento giuridico. Il cambiamento nelle scelte del legislatore da ultimo emerso fa sorgere il sospetto che la volontà politica sia più che quella di potenziare gli strumenti di diffusione della mediazione, concentrando l'attenzione e le energie sulla sola mediazione extragiudiziale (concepita quindi nella sua forma classica), quella di soddisfare le esigenze degli avvocati che vorrebbero conquistarsi il monopolio sulla mediazione come parte integrante e stabile della propria professione. Non pare azzardato dunque ipotizzare che la repentina inversione di tendenza degli ultimi mesi sia dovuta non tanto ad una riflessione critica ed approfondita sul piano dottrinale, ma piuttosto alle pressioni che la lobby degli avvocati, desiderosi di sbarazzarsi di un così pericoloso ««antagonista»» (rectius: concorrente) nell'esercizio della professione, hanno esercitato sul legislatore. Convertendo infatti la gerichtssinterne Mediation nel ben diverso Güterichtermodell, si è di fatto esclusa la potenziale forte concorrenza che davvero la prima poteva fare alla mediazione ordinaria, in quanto meccanismo economicamente più conveniente (essendo il servizio di mediazione interna al tribunale esente da qualunque imposta) ed affidabile (essendo la figura del giudice, per formazione e struttura, altamente ««competente»» e ««qualificata»»). È come se fosse stata accantonata l'idea che la gerichtssinterne Mediation sia in realtà uno strumento di emancipazione della mediazione stessa all'interno dell'ordinamento giuridico. Un'altra nota critica è che il Güterichter sembra quasi fuori contesto nella Mediationsgesetz di prossima emanazione, dato che costui è legato alle proprie esperienze e conoscenze di giudice ed è chiamato ad esercitare anche valutazioni di diritto; e pare inoltre figura pleonastica nella legislazione tedesca, essendovi già, dalla riforma del 2002, qualcosa di simile ed analogo nelle dinamiche disegnate dal § 278 ZPO. Se è vero che rischia di chiudersi così in modo improvviso e drastico l'esperienza della gerichtssinterne Mediation in Germania, resta comunque il fatto che tale forma di mediazione spicca nel contesto giuridico europeo per la sua originalità e per i suoi innegabili vantaggi. L'assegnazione ad un giudice del ruolo di mediatore*”

Capitolo II

Dal generale al particolare. Il panorama delle ADR in Italia e la normativa sulla mediazione

*“Solo due volte nella vita
sono stato sull’orlo della rovina:
una volta quando ho perso una causa,
un’altra quando l’ho vinta”*

Voltaire (1694 – 1778)

1. Il ruolo delle ADR nel sistema italiano. Dall’esperienza nel campo del diritto del lavoro all’attuale mediazione. Cenni

innalza esponenzialmente le probabilità di successo della mediazione. Se si considera che la fiducia che le parti nutrono nel terzo neutrale è una delle variabili dalle quali dipende il buon esito del procedimento conciliativo, emerge allora tutta la potenzialità della mediazione interna al tribunale. Chi più di un giudice ha le capacità di affrontare i termini di una controversia? Chi più di lui è terzo e neutrale, preparato e professionalmente competente? Chi più di un’istituzione pubblica, il cui unico interesse è quello della preservazione della giustizia e della pace sociale, può affrontare le dinamiche conflittuali con ragionevolezza ed allo stesso tempo con umanità e consapevolezza delle cose del mondo? Le difficoltà interpretative e di legittimazione sul piano istituzionale tengono vivo il dibattito circa il riconoscimento della mediazione quale competenza propria e connaturata del giudice; ma un’esplicita statuizione del legislatore sul punto avrebbe rimosso ogni incertezza e perplessità. Le difficoltà pratiche che si possono riscontrare nelle regole procedurali adottate dai singoli tribunali regionali sono in realtà facilmente superabili attraverso una disciplina omogenea e completa di livello federale. L’impressione generale è che la Germania, scegliendo di fare a meno della gerichtsinterne Mediation, si spogli di un prezioso strumento a disposizione del giudice e a vantaggio delle parti. Forse ed in definitiva più che valorizzare la mediazione in sé, la tendenza è stata quella di valorizzare il mediatore quale ulteriore categoria professionale privata, deputata alla risoluzione delle controversie civili e commerciali. Resta solo un quesito che potrebbe emergere a conclusione della trattazione dell’argomento in esame e che merita una piccola riflessione. Può la mediazione interna al tribunale, così com’è stata interpretata ed attuata in Germania e così com’è stata descritta nelle pagine che precedono, essere importata nel sistema giudiziario italiano? A prima vista nulla vi osterebbe; né probabilmente una simile costruzione incontrerebbe l’opposizione del ceto forense, il quale, in realtà, potrebbe preferire la mediazione svolta da un giudice che eserciti tale compito in modo oculato ed esperto, rispetto a quella svolta dalla nuova categoria professionale concorrente dei mediatori, introdotta col d.lgs. n. 28 del 2010. Non essendovi difficoltà teoriche a tale sviluppo dell’istituto, il punto è capire se ci potrebbero essere difficoltà pratiche. La risposta più realista sembra dover essere affermativa. Lo stato di disorganizzazione in cui attualmente versano i tribunali italiani, unitamente all’eccessivo carico di lavoro e al numero insufficiente di giudici, porta a concludere per l’impossibilità di un efficiente allestimento di uffici di giudici-mediatori appositamente ed esclusivamente preposti allo svolgimento della mediazione. Ed altrettanto difficilmente si riesce ad immaginare che i giudici del tribunale ordinario abbiano la possibilità materiale di dedicare il proprio tempo e le proprie risorse ad una previa preparazione teorica alla mediazione. Queste difficoltà pratiche, in sé non vertiginose, diventano ostacoli insormontabili in una realtà giudiziale come la nostra”.

Nel sistema italiano la materia che ha fatto da battistrada al sistema della mediazione, o com'era chiamata prima del D.Lgs 28/2010, conciliazione, è indubbiamente il diritto del lavoro.

Il mondo delle relazioni industriali con il termine “mediazione” indica l'attività di composizione dei conflitti collettivi posta in essere, prevalentemente, da organismi statali. Siamo, com'è evidente, in un ambito del diritto completamente differente da quello delle liti civili e commerciali delle quali si è sino ad ora trattato. Infatti la composizione dei conflitti collettivi di lavoro può rientrare nell'alveo delle funzioni amministrative discrezionali mediante le quali essa “*cura in modo immediato gli interessi pubblici che assume nei propri fini*”⁹⁷. Autorevole dottrina⁹⁸ sostiene infatti che la mediazione, così come intesa, proprio perché si confronta con soggetti che, pur relazionandosi tra loro, di fatto occupano posizioni economiche e sociali nettamente distinte, sembra avere il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, così come chiarito dall'art. 3 della Carta costituzionale, limitano, di fatto, l'uguaglianza dei cittadini, mediante la ricerca di soluzioni che abbiano come scopo ultimo il raggiungimento della tutela di alcuni principi costituzionali come quello del lavoro cui fa riferimento l'art. 35 Cost., l'utilità sociale dell'iniziativa privata ex art. 41 Cost., l'elevazione economica e sociale del lavoro di cui all'art 46 Cost. e, infine, la creazione delle condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, da intendersi come diritto alla creazione mediante l'intervento statale, di occasioni di impiego.

La disciplina legislativa prevista dal nostro ordinamento giuridico non lascia posto al termine mediazione. Il nostro legislatore ha immaginato di affidare interamente al Ministero del lavoro ed ai suoi organismi periferici, la funzione compositiva, racchiusa tra la conciliazione delle vertenze individuali e collettive demandata agli uffici provinciali del lavoro.

Vista la laconicità della normativa ed in assenza di indicazioni più specifiche⁹⁹, dall'interpretazione normativa sembra possano emergere due fondamentali indicazioni: la prima secondo la quale le differenti locuzioni sembrano non indicare distinti modelli compositivi; la seconda fa emergere una organizzazione compositiva

⁹⁷ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo – Principi generali*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 13.

⁹⁸ B. VENEZIANI- L. BELLARDI, *Mediazione (dei conflitti)* in *Digesto Comm.*, Torino 1993, Vol. IX, pp. 361 ss.

che, a seconda dell'ampiezza territoriale del conflitto, organizza la propria struttura. Così, gli uffici provinciali conciliano i conflitti collettivi che si sono sviluppati nel territorio provinciale, quelli regionali compongono quelle interprovinciali e, successivamente, quelli la cui conciliazione in sede provinciale non è andata a buon fine.

Ma quali sono i metodi, o meglio moduli compositivi, attraverso i quali l'intervento amministrativo privato e pubblico si articola ed agisce nei contesti delle relazioni industriali? Essenzialmente essi sono la conciliazione formale ed informale, l'arbitrato e la commissione di inchiesta.

Se è vero che le figure dell'arbitrato e della commissione di inchiesta –delle quali si dirà meglio poco oltre- sembra possano muoversi all'interno di un confine normativo ben determinato, così non è per le attività di conciliazione e mediazione.

Al di là delle formule utilizzate, ciascun modello citato utilizza una tecnica di regolamentazione e gestione dei conflitti tra interessi collettivi, la cui effettività si basa sulla volontà preventiva delle parti di ricorrervi, oltre alla presenza di variabili eterogenee come il contesto politico-sociale, alle condizioni del mercato del lavoro, all'ideologia del sistema di relazioni industriali e la sua struttura interna. Il ruolo del compositore, avendo a che fare con la sfera politica da un lato e con le rivendicazioni dei lavoratori, dall'altro non può essere considerato alla stregua di un semplice tecnico con compiti specifici attribuitigli dalla legge, ma è da considerare piuttosto un compositore che svolga, essenzialmente, un ruolo politico.

Il modello della conciliazione informale vede la presenza di un terzo che arriva alla conclusione di un accordo nell'ambito aziendale o sindacale e mediante la costituzione di una base comune che preveda la presenza di accordi scritti e di clausole mediante le quali una sola parte o entrambe assumono obblighi dai contenuti vari, come ad esempio l'impegno alla pace sindacale.

La conciliazione formale, invece, è la conciliazione vera e propria nella quale il terzo, aiuta le parti nella conclusione e nella stesura dell'accordo finale al quale si addiuvano, senza che il terzo aggiunga alcunché di propria iniziativa, nella sede nella quale si è svolta l'attività di composizione della vertenza.

La mediazione orienta, o arbitrato informale, prevede una serie di interventi compositi a più ampio raggio che vanno dalla proposta di piani di incontro che

contengono le volontà delle parti e la proposta del terzo mediatore, sino a quella di avanzamento diretto o indiretto di originali proposte mediatrici.

Tuttavia il mediatore, nello svolgimento del suo ruolo, ben potrebbe svolgere il proprio ruolo rivestendo, in momenti differenti, determinati ruoli e non per forza uno solo; questo significa che, contrariamente a quanto avviene nell'ambito della composizione delle controversie nell'ambito civile e commerciale dove il mediatore può al massimo passare da una mediazione valutativa ad una facilitativa laddove questo gli è concesso dal proprio organismo, nell'ambito della mediazione vertente su aspetti giuslaburistici, la prospettiva cambia radicalmente ed il terzo può, nell'arco di una singola vicenda, rivestire più ruoli trovandosi a essere mediatore, arbitro e conciliatore, dando così vita ad un processo compositivo completo.

Il passaggio del contenzioso in materia di lavoro, avvenuto nel 1998, dalle pubbliche amministrazioni al giudice civile e prima ancora al TAR, ha offerto al legislatore italiano l'occasione di prevedere strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria, quali la conciliazione stragiudiziale e l'arbitrato, per definire il contenzioso senza ricorrere al giudice obbligatoriamente.

Tra i due predetti strumenti, la conciliazione stragiudiziale ha avuto la meglio in quanto si è preferito rivalutare un istituto già esistente nell'ordinamento ed utilizzato in differenti occasioni, sia in materia di lavoro che in altri settori.

Del resto la storia del tentativo di conciliazione in materia di lavoro ha registrato una costante oscillazione tra obbligatorietà e facoltatività, tanto più che il nostro ordinamento aveva già effettuato una scelta in proposito mediante la L. 11 agosto 1973, n. 533 che ha riformato il processo del lavoro; altre legislazioni speciali hanno introdotto il tentativo di conciliazione, tra cui: la L. 11 maggio 1990, n. 108 ed il D.Lgs 3 febbraio 1993, n. 29; infine la svolta significativa si ebbe con il D.Lgs n. 80/1998 il quale, riformando il codice di rito, ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione per tutte le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. allargando, quindi, lo spettro d'azione del tentativo medesimo, non più solamente obbligatorio per i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

In tal modo, esattamente com'è avvenuto con il recente decreto legislativo, il legislatore dell'epoca ha ritenuto di dover subordinare l'accesso alla giurisdizione ordinaria ad un preventivo tentativo di risoluzione stragiudiziale del contenzioso,

nella speranza che tale tentativo riuscisse ad evitare l'intasamento delle aule giudiziarie.

Il D.Lgs n. 80/1998, poi trasfuso nel T.U. 165/2001, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* – modificato da ultimo con il decreto legge 13 agosto 2011, n. 13 convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148- ha riformato il tentativo di conciliazione seguendo un duplice binario: incidendo sul codice di rito mediante la trasformazione prima da facoltà in obbligo del tentativo di conciliazione, integrando e completando la normativa sulla conciliazione già contenuta nel precedente D.Lgs n. 29/1993, quindi riportando nuovamente il tentativo di mediazione ad una procedura facoltativa.

La norma ora vigente, infatti, così recita: “*Articolo 55. Responsabilità, infrazioni e sanzioni, procedure conciliative. 1. Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, sino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2. 2. Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. La pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro. 3. La contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento, da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura*

conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo. Il contratto collettivo definisce gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione. 4. Fermo quanto previsto nell'articolo 21, per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente ai sensi degli articoli 55-bis, comma 7, e 55-sexies, comma 3, si applicano, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo, le disposizioni di cui al comma 4 del predetto articolo 55-bis, ma le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3. ...”

2. La conciliazione giudiziaria in Italia e il ruolo delle CCIAA, Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura

Facendo seguito all'analisi in tema di diritto del lavoro che, come si è già avuto occasione di precisare, è la branca del diritto che ha sviluppato maggiormente il tentativo di conciliazione delle liti, è ora importante analizzare un'altra grande ed importante realtà che da tempo si adopera per offrire un servizio di media-conciliazione a tutti coloro che ne abbiano necessità; si tratta delle Camere di Commercio, ossia di quel sistema camerale che ha saputo guadagnarsi una posizione di assoluto rilievo nell'ambito dello sviluppo delle ADR grazie anche alla spinta che L. 29 dicembre 1993, n. 580, *Riordino delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura*, ha dato, riconoscendo esplicitamente agli Enti camerali la possibilità di costituire “*commissioni...conciliative per la risoluzione delle controversie fra imprese e fra imprese e consumatori ed utenti*”.

In seguito a tale legge sono stati effettuati numerosi interventi che hanno contribuito a rafforzare il ruolo delle Camere di Commercio all'interno del panorama delle ADR, come ad esempio la L. 481/1995, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*. Inoltre l'istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (ossia la legge istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) ha previsto la possibilità di rimettere alle commissioni arbitrali e conciliative delle Camere di Commercio la risoluzione di controversie tra utenti e gestori del servizio; ancora la L. 281/1998 “*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*” consente alle associazioni dei consumatori e degli utenti, agli organismi pubblici indipendenti ed alle organizzazioni riconosciute in altro Stato

dell'Unione europea ed inserite nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie di comportamenti lesivi degli interessi collettivi dei consumatori, di attivare una procedura di conciliazione camerale, prima di adire le vie giudiziarie servizi di conciliazione.

Tuttavia sembra che la spinta maggiore alla costituzione di Servizi di conciliazione presso ciascuna camera di commercio sia derivata dalla L. 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura nelle attività produttive.

Inoltre la L. 135/2001, *Riforma della legislazione nazionale del turismo* dispone all'art. 4, c. 3 che le Camere di commercio costituiscono commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti inerenti la fornitura di servizi turistici.

Le Camere di Commercio hanno ottenuto il diritto all'iscrizione tra quegli enti pubblici o privati che danno garanzia di serietà ed efficienza e sono abilitate a costituire organismi per la gestione di tentativi di conciliazione, su istanza delle parti interessate e con specifico riguardo alle controversie societarie ex D.Lgs 17 gennaio 2003, n. 5.

La legislazione italiana, per il riconoscimento di questo nuovo ruolo alle Camere di Commercio, ha ottenuto il supporto di quella europea la quale, attraverso delle raccomandazioni¹⁰⁰, ha elencato i principi cui si devono attenere gli organi extragiudiziali competenti per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, ovvero: indipendenza, trasparenza, rispetto del contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza.

2.1 La procedura di conciliazione offerta delle Camere di Commercio prima dell'introduzione del D.Lgs n. 28/2010

La conciliazione, come noto, presuppone l'esistenza di una controversia tra le parti e, nella maggior parte dei casi, queste ultime non hanno inserito nel contratto che le lega una clausola conciliativa, o con particolare riferimento alla realtà odierna, di mediazione¹⁰¹.

¹⁰⁰ Racc. 1998/357/CE e 2001/301/CE.

¹⁰¹ Ovviamente oggi, per le materie di cui all'art. 5 D.Lgs n. 28/2010, il tentativo è obbligatorio, quindi non è necessaria alcuna clausola di mediazione all'interno dei contratti stipulati tra le parti.

Ne consegue che, di regola, la libera volontà delle parti di espletare il tentativo di conciliazione presso le Camere di Commercio è sovrana.

Quella adottata dal sistema camerale è la conciliazione facilitativa, contrapposta alla valutativa che prevede un ruolo più incisivo del conciliatore il quale è chiamato a proporre alle parti una o più ipotesi di accordo. Un esempio di conciliazione valutativa si rinviene all'art. 40, c. 2 del D.Lgs n. 5/2003, *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366*, laddove si indica che *“il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungano un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare...”*

Non ci sono norme legislative che, sino all'entrata in vigore del D.Lgs 5/2010, hanno disciplinato la procedura media/conciliativa; è quindi essenziale fare riferimento alle norme dettate da ogni singolo servizio di conciliazione, caratterizzate da un elevato grado di elasticità e dalla volontà di favorire il più possibile il risultato sostanziale dell'accordo conciliativo tra le parti.

Nella maggior parte dei casi il servizio di mediazione è uniforme ed attivabile per qualsiasi tipologia di controversia commerciale, comprese quelle in materia di subfornitura e le istanze proponibili dalle associazioni dei consumatori ed utenti; tuttavia alcuni servizi ponevano limiti di valore economico, territoriale o di tipologia delle liti.

L'iter della conciliazione prevedeva che, se la controparte accettava di partecipare, veniva nominato un conciliatore, scelto sulla base della natura della controversia, tra l'elenco dei nominativi istituito presso ogni Servizio di conciliazione; quindi veniva fissato l'incontro per la discussione tra le parti ed il conciliatore.

Il procedimento poteva concludersi in diversi modi: con il raggiungimento di un accordo tra le parti; con il mancato accordo, reso impossibile dal comportamento di una o di entrambe tutte le parti coinvolte; con l'abbandono dell'incontro di una delle parti durante la fase di conciliazione e, infine, quando la parte che riceve l'invito a conciliare non fa pervenire l'accettazione nel termine stabilito o non si presenta agli incontri.

Se le parti raggiungevano un accordo, questo avveniva nella maggior parte dei casi, nella prima seduta e solo raramente si perveniva a successivi incontri. L'accordo prevedeva la sottoscrizione di un verbale di conciliazione che definiva la controversia ed ogni altro aspetto che le parti avevano trattato e che risultava importante ai fini dell'accordo medesimo, nell'ottica del mantenimento del rapporto per il futuro.

L'accordo conciliativo, per essere valido, essendo un contratto tipico e caratterizzato dalla presenza nel proprio schema di tratti caratterizzanti alcuni schemi tipici contrattuali, richiede la sottoscrizione delle sole parti, dato che la firma del Segretario e del conciliatore, avevano –ed hanno- una funzione *lato sensu* notarile¹⁰². Al contrario, se le parti non raggiungevano alcun accordo, si redigeva comunque un verbale nel quale si dava atto che le parti, pur essendosi incontrate, non avevano trovato alcuna soluzione che risolvesse la controversia tra loro insorta.

Con specifico riguardo alla summenzionata funzione notarile del conciliatore e del segretario, occorre specificare che il Regolamento per il servizio di conciliazione, all'art. 6 poneva già una distinzione tra il verbale di conciliazione, che veniva sottoscritto dalle parti e dal conciliatore e dava atto dell'esito dell'incontro, ed il documento separato, redatto solo in caso di esito positivo e riprodotto i termini dell'accordo.

Il documento separato, contenente l'accordo conciliativo veniva sottoscritto solo dalle parti. Il D.Lgs n. 28/2010 ha riprodotto esattamente tale regola, tant'è che l'art. 11, “*Conciliazione*”, afferma che nel caso in cui il mediatore formula la proposta di conciliazione, di propria iniziativa, ovvero su richiesta delle parti, “*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*”.

2.2 La procedura di mediazione offerta dalle Camere di Commercio dopo l'introduzione del D.Lgs n. 28/2010

¹⁰² Della funzione notarile dell'accordo di conciliazione si tratterà più ampiamente oltre, *cfr* CAP. II, par. 11.1

Le Camere di Commercio stanno vivendo, come del resto la maggior parte delle istituzioni, un momento di riflessione e di adattamento alla realtà che la crisi del sistema economico, e più in generale sociale, porta con sé. Alla 136° assemblea di Unioncamere è stato affrontato il tema del progetto di ridisegno dell'organizzazione territoriale delle Camere di commercio e di ridefinizione ed accorpamento delle funzioni mediante una molteplicità di azioni, ossia la razionalizzazione per mezzo della quale rendere il sistema camerale più efficiente; il contenimento dei costi attraverso economie di scala; il miglior utilizzo delle risorse umane; la rimodulazione dei budget per liberare ulteriori risorse da mettere a disposizione delle azioni di supporto alle imprese¹⁰³.

Nel comunicato stampa di riferimento si legge che il ridisegno approvato dall'Assemblea di Unioncamere muove dalla considerazione che la comunità di riferimento delle Camere di Commercio sono le imprese, che operano in un mercato "aperto", non vincolato dai confini territoriali di natura amministrativa. Questo fa sì che le logiche di riassetto basate unicamente sull'estensione del territorio e sulla popolazione, utilizzate finora, non risultino adeguate alle Camere di commercio, per le quali si dovrebbero prioritariamente seguire criteri di aggregazione economica e di equilibrio di bilancio¹⁰⁴.

A fronte della crisi della giustizia statale italiana che, sin dagli anni '90 iniziava a farsi sentire, il legislatore, preoccupandosi di non aggravarla, ha incentivato l'utilizzo di strumenti differenti che consentissero il componimento delle controversie mediante l'organizzazione ed il lavoro di enti pubblici che fossero in grado di

¹⁰³ *"Il sistema camerale – ha sottolineato il presidente di Unioncamere, Ferruccio Dardanella – è pienamente consapevole di dover raccogliere la sfida della competitività e dello sviluppo del Paese, e che ciò comporta la riorganizzazione dei propri servizi e un riordino complessivo dei propri assetti istituzionali. Ciò che ci proponiamo è di rispondere in modo ancora più efficace ed efficiente alle istanze delle imprese, da cui unicamente derivano le risorse economiche di cui il nostro sistema dispone"*.

¹⁰⁴ Per questa ragione, la proposta approvata dall'Assemblea di Unioncamere persegue l'obiettivo: di definire con decreto del Ministero dello Sviluppo economico la circoscrizione territoriale di competenza di ciascuna Camera di commercio; di riorganizzare la rete camerale prevedendo come condizione necessaria che ciascuna Camera di commercio sia in grado di auto-sostenersi, potendo contare su un sufficiente equilibrio economico per adempiere a tutti i compiti istituzionali assegnati dalla legge; di garantire al tempo stesso un'adeguata diffusione territoriale, in modo da salvaguardare la vicinanza funzionale al tessuto imprenditoriale. Il percorso così individuato consentirebbe, secondo i vertici della Camera di commercio, di definire la circoscrizione territoriale di ogni Camera sulla base del grado di omogeneità dei territori e soprattutto della tipologia di tessuto economico che li contraddistingue. Contestualmente alla riorganizzazione territoriale, l'Assemblea di Unioncamere ha approvato anche uno schema di razionalizzazione del sistema, basato sull'accorpamento a livello regionale, interregionale e nazionale di alcune funzioni.

amministrare in modo adeguato i procedimenti e che avessero un buon riscontro con l'utenza ed una reputazione generale indiscutibilmente valida.

Infatti la L. 29 dicembre 1993 n. 580 *“Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”* ha conferito l'incarico di incentivare degli strumenti alternativi alle controversie ordinarie; infatti l'art. 2, c. 4, lett. a) della predetta legge afferma che *“Le Camere di commercio possono tra l'altro: promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti”*. Dato che anche prima dell'emanazione della L. 580/1993 molte delle camere di commercio presenti sul territorio ricoprivano la funzione di istituzione arbitrale, l'intento dell'intervento normativo, inserendosi in un contesto di più ampia portata, mirava ad incentivare l'utilizzo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ambito dell'Unione Europea.

I servizi offerti dalla Camere di commercio non sono destinati soltanto alle imprese, ma, come evidenzia la norma, anche ai consumatori ed agli utenti quali singoli soggetti che facciano richiesta di attivazione del servizio.

Tuttavia, proprio in seguito all'emanazione della L. 580/1993 le Camere di commercio hanno potenziato i propri servizi di amministrazione dei procedimenti arbitrali ed hanno creato gli sportelli per la conciliazione, destinati prevalentemente alla risoluzione delle liti nel sistema consumeristico.

Gli interventi normativi successivi alla legge di riordino delle Camere hanno certamente rafforzato il ruolo di tali enti nel settore della risoluzione stragiudiziale delle controversie, oltre ad aver attribuito ad esse competenze in settori specifici.

Da ultimo, anche le disposizioni in materia di servizi di pubblica utilità, telecomunicazioni, subfornitura nelle attività produttive, Codice del consumo, turismo e *franchising* hanno previsto espressamente l'utilizzo della conciliazione o dell'arbitrato al fine di comporre le liti ed i dissensi che possono insorgere tra gli operatori del settore, compresi i consumatori, attribuendo un ruolo centrale alle Camere di commercio nell'amministrazione dei relativi procedimenti.

Certamente la professionalità delle Camere di Commercio è stata raggiunta anche grazie al ruolo svolto da Unioncamere, ossia l'Unione Italiana delle Camere di Commercio: i due organismi, agendo congiuntamente, hanno istituito un sistema

organizzato e coordinato creando una buona qualità del servizio di mediazione, arbitrato e conciliazione.

Venendo ora all'analisi del servizio di conciliazione offerto dalle Camere di Commercio, sulla base del *Vademecum sulla conciliazione delle Camere di Commercio*¹⁰⁵, sommariamente è importante ricordare che con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28 del 2010, il tradizionale procedimento di conciliazione ha trovato un'organica disciplina legislativa, assumendo il più appropriato nome di "mediazione".

Il servizio di mediazione delle Camere di commercio offre la possibilità di raggiungere la composizione delle controversie civili e commerciali, vertenti su diritti disponibili, tra due o più soggetti, tramite l'assistenza di un mediatore indipendente, imparziale e neutrale.

La mediazione è una forma di risoluzione delle controversie, caratterizzata dalla rapidità, dalla semplicità, dalla riservatezza, dall'economicità. Come si è già avuto modo di ricordare *ex ante*, è rapida, perché sono brevi i tempi intercorrenti fra la presentazione della domanda ed il primo incontro tra le parti e perché il procedimento deve concludersi entro quattro mesi dal deposito della domanda. La mediazione è semplice perché il procedimento si svolge senza alcuna formalità e le parti sono libere di decidere se farsi assistere da un difensore o da un consulente di fiducia; è riservata, perché tutti coloro che intervengono nell'ambito del procedimento sono tenuti alla riservatezza rispetto a quanto emerso. Inoltre tutte le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso della procedura non possono essere utilizzate, in alcun modo, nell'eventuale giudizio successivo, salvo il consenso della parte dichiarante o da cui provengono le informazioni. Inoltre la mediazione è economica perché rispetto alle ordinarie procedure giudiziali i costi sono contenuti e comunque predeterminati. Il procedimento di mediazione è disciplinato da un Regolamento¹⁰⁶ che ne prevede l'inizio su iniziativa di parte, in virtù di un'apposita clausola contrattuale o statutaria, su invito del giudice (c.d. mediazione delegata) o, qualora la legge preveda l'obbligo di esperire un tentativo di mediazione prima di

¹⁰⁵ <http://www.unioncamere.gov.it/P42A524C419S143/Vademecum-sulla-conciliazione-delle-Camere-di-commercio.htm>

¹⁰⁶ Si veda il regolamento Unioncamere all'indirizzo internet: http://www.unioncamere.gov.it/uploaded/Generale/Attivita/Giustizia_Alternativa_Reg_Mercato/2011_regolamento_mediazione.pdf

proporre l'azione giudiziale, in via obbligatoria.

A partire dal 21 marzo 2011 il previo tentativo di mediazione è condizione di procedibilità in materia di: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, contratti bancari, contratti finanziari. Inoltre, dal 21 marzo 2012 il tentativo di mediazione è stato reso obbligatorio anche in materia di: condominio, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

In tutti i predetti casi, la mediazione ha inizio con la presentazione di una domanda (modulo – tipo Unioncamere) presso la segreteria dell'Organismo di mediazione. Le parti possono scegliere liberamente l'organismo. In caso di più domande, la mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata presentata e comunicata alla controparte la prima domanda.

Il tentativo di mediazione civile ha una durata massima stabilita dalla legge e deve quindi concludersi entro 120 giorni, in tal modo è possibile svolgere il tentativo di mediazione senza aggravio dei tempi della giustizia ordinaria.

Per attivare la procedura occorre presentare alla Segreteria dell'Organismo di mediazione della Camera di commercio o altro Organismo, iscritto presso il Registro del Ministero di giustizia, il modulo di domanda di mediazione, copia dei documenti ritenuti rilevanti, che saranno depositati presso la segreteria del servizio (in tante copie quante sono le parti, oltre ad una copia per il conciliatore) e dalla stessa messi a disposizione delle parti invitate, copia di un documento di identità in corso di validità della parte istante.

A seguito della presentazione della domanda, la segreteria dell'organismo fissa il giorno dell'incontro di mediazione e trasmette la domanda all'altra parte, che dovrà, utilizzando l'apposita modulistica, aderire al tentativo di mediazione. La segreteria individua inoltre il mediatore, all'interno di un elenco costituito da persone che hanno ricevuto un'apposita formazione in tecniche di mediazione e ne dà comunicazione alle parti.

Il mediatore che accetta la nomina dà assicurazione di non avere rapporti con alcuna delle parti che possano compromettere la sua imparzialità, firmando

un'apposita dichiarazione in tale senso.

Dal momento della comunicazione alla controparte, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale.

All'incontro di mediazione devono presentarsi personalmente i diretti interessati, che possono farsi assistere da un difensore, un rappresentante delle associazioni dei consumatori o di categoria, oppure da un professionista o da altra persona di fiducia.

È prevista, in caso di necessità, la possibilità di designare con apposita procura un rappresentante.

Il mediatore deve fare la proposta se le parti concordemente glielo richiedono. Se la proposta non viene accettata e il processo davanti al giudice viene iniziato, qualora la sentenza corrisponda alla proposta, le spese del processo saranno a carico della parte che ha rifiutato ingiustificatamente la soluzione conciliativa.

Qualora la mediazione porti alla composizione amichevole della controversia, il mediatore redige un verbale contenente il testo dell'accordo, sottoscritto anche dalle parti che se omologato dal Tribunale costituisce titolo esecutivo.

In tutti i casi in cui la conciliazione non riesce (compresa l'ipotesi di mancata partecipazione di una delle parti all'incontro), il mediatore redige comunque un verbale; dalla mancata partecipazione alla mediazione, infatti, il giudice può desumere argomenti di prova nell'eventuale giudizio successivo.

I soggetti fra cui è sorta una controversia possono, peraltro, anche presentare una domanda congiunta di mediazione. La mediazione può svolgersi, inoltre, anche secondo modalità telematiche.

I costi del servizio di mediazione sono definiti dal Regolamento del Ministero di Giustizia n. 180 del 18 ottobre 2010 (art. 16, comma 4, tabella A)¹⁰⁷. È richiesto il pagamento delle spese di avvio, ammontanti a 40,00 € oltre IVA, che devono essere versate dalla parte istante all'atto della presentazione della domanda e dalla parte che accetta di partecipare all'incontro all'atto del deposito della risposta e comunque prima dell'incontro; per quanto riguarda il verbale di accordo, lo stesso è esente dall'imposta di registro sino alla concorrenza del valore di 50.000 euro; infine è previsto un beneficio fiscale con credito di imposta fino a 500 euro in caso di conciliazione e di 250 euro anche in caso di mancato accordo.

¹⁰⁷ A tale proposito si veda la tariffa standard di Unioncamere.

3. Il decreto legge 22 dicembre 2011, n. 212: la composizione delle crisi da sovraindebitamento

Come già si è ricordato parlando del sistema camerale, l'incedere della crisi economica, unitamente all'ansia di un *Italian default* ed alla volontà di offrire un nuovo volto di efficienza e rigore per il Paese, hanno favorito una nuova presa di posizione governativa su molte problematiche normative che non trovavano soluzione, con inevitabili inceppamenti nel processo di innovazione legislativa. Tra essi vi è indubbiamente il problema del sovraindebitamento che, tuttavia, ha visto la luce grazie al decreto legge 22 dicembre 2012 n. 212, volto ad introdurre un concordato per le crisi di sovraindebitamento¹⁰⁸.

Il Governo Monti, denunciando l'esigenza di un intervento senza altre dilazioni temporali ed al fine di alleggerire il carico della giustizia civile, coordinandola con i procedimenti di mediazione, da un lato, e di introdurre un trattamento delle crisi economiche individuali, ha preso a riferimento i progetti di legge già esaminati ed ha proposto un decreto legge finalizzato ad introdurre il concordato per le persone fisiche sovraindebitate.

Pur non conoscendo un dramma da sovraindebitamento, il sistema italiano vede tuttavia aggravarsi il problema anno dopo anno. Di fronte a questo scenario il predetto e lungo silenzio legislativo ha lasciato alquanto sorpresi, poiché ha esposto tanto i consumatori sovraindebitati, quanto i creditori ad una situazione di inefficienza assai significativa. In buona sostanza, è mancata un'attenzione per il consumatore sovraindebitato, poiché le azioni nel diritto interno si sono ridotte essenzialmente ad un incremento dell'apparato informativo nei contratti di credito, lasciando del tutto privo di soluzioni idonee il fronte processuale. Quest'ultimo aspetto, unitamente alle evoluzioni del *safety net*, ha avuto l'effetto di ledere al contempo anche la posizione dei creditori che, a loro volta, hanno visto i propri crediti rimanere spesso insoddisfatti, a fronte di azioni esecutive costose ed infruttuose.

Le proposte di legge e, da ultimo, la disciplina sulle crisi da sovraindebitamento previste dal D.l. 212/2011, si collocano nell'impegno di tutti gli stati europei di

¹⁰⁸ Il testo è stato discusso ed approvato nel Consiglio dei Ministri presieduto da Mario Monti il 16 dicembre 2011.

trovare una soluzione normativa al problema, mediante una disciplina *ad hoc* che tenga conto della necessità di coordinamento con la fase preventiva del sovraindebitamento stesso, ossia la messa in atto di azioni culturali e di educazione finanziaria che rivestono un ruolo essenziale, fermo restando che il sovraindebitamento è, prima di tutto, un problema di risorse effettive e non di spesa¹⁰⁹.

Nelle more di un'attuazione in concreto dei testi normativi approvati, è degna di nota l'esperienza maturata sul territorio, frutto sia di una spontanea attivazione degli enti benefici ed associativi, sia -in alcuni casi- di accordi tra tali enti e le amministrazioni locali, spesso coadiuvati da specifici interventi normativi a livello regionale o comunale. In particolare, ci si riferisce all'adozione di leggi regionali e di progetti condotti anche con l'ausilio delle associazioni del volontariato. Un esempio mirabile in tal senso è la legge regionale della Liguria – Legge 16 febbraio 2010 n. 6 – Interventi in materia di usura e sovraindebitamento¹¹⁰. Attraverso la stessa, al fine di consentire uno sviluppo economico e sociale libero da condizionamenti illegali, la regione promuove misure di sostegno per prevenire e combattere i fenomeni dell'usura e del sovra indebitamento.

La normativa dispone che la regione istituisca il Fondo regionale di prevenzione del fenomeno dell'usura e di solidarietà alle vittime del reato di usura siano esse imprenditori o comuni cittadini. Il predetto fondo è ripartito in due quote. La prima è destinata a finanziare misure a sostegno delle vittime del reato di usura a titolo di indennizzo dei danni subiti a causa e in conseguenza del reato. La seconda quota è destinata a finanziare i seguenti settori: interventi integrativi ed ulteriori a favore di confidi; altre iniziative finalizzate all'accesso al credito, attraverso l'erogazione di contributi a favore di enti locali, anche in forma associata. Ancor più significativo appare il riferimento al fatto che sia istituito un osservatorio regionale sui fenomeni dell'usura, del sovraindebitamento e dell'accesso al credito, quale organo di consulenza della Giunta¹¹¹. Anche la formulazione finale dell'articolo 6 è degno di

¹⁰⁹ Per un approfondimento erudito sul tema si consulti C. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, Milano, 2012

¹¹⁰ In G.U. 47 del 27-11-2010.

¹¹¹ Si prevedono inoltre contributi a favore dei fondi costituiti dai Confidi per la prevenzione del fenomeno dell'usura. La Regione, quindi, integra con un proprio contributo i fondi speciali antiusura dei Confidi. I Confidi interessati presentano domanda di contributo alla Regione entro il 31 gennaio di

nota in quanto accresce la possibilità di intervento nell'educazione presso le scuole al fine di creare una cultura della buona spesa; cultura che, in Inghilterra, è trasmessa ai cittadini mediante l'insegnamento di una specifica materia sin dalle scuole elementari. È prevista anche l'istituzione di un osservatorio a cui partecipa chi si occupa del settore, riconoscendo così importanza fondamentale alla cultura della prevenzione¹¹².

Detto quanto sopra, occorre segnalare alcuni degli aspetti fondanti della nuova disciplina che si discosta, anche significativamente, dai testi precedentemente discussi, nonostante rimangano da definire ancora numerosi aspetti¹¹³. In primo luogo, il decreto presenta la disciplina come uno strumento a duplice finalità: ossia quella di deflazionare il contenzioso civile, con particolare riferimento alle procedure derivanti dal recupero forzoso di crediti, e di fronteggiare le situazioni di crisi economiche di piccole imprese e famiglie, consentendo di concordare con i creditori un piano di ristrutturazione dei debiti che possa condurre all'esdebitazione definitiva.

ogni anno. Contestualmente alla concessione del contributo si provvede all'anticipazione del 50% dell'importo concesso. Il restante 50% viene erogato dopo la comunicazione del legale rappresentante del Confidi di aver impegnato almeno il 40% del contributo concesso. All'Osservatorio sono inoltre attribuiti i seguenti compiti: promuovere campagne di sensibilizzazione e informazione sul territorio regionale riguardo le problematiche dell'usura, anche usufruendo di uno spazio sul sito internet della Regione, finalizzate essenzialmente alla prevenzione del fenomeno. Ancora: raccogliere dati costantemente aggiornati in ordine all'entità del fenomeno dell'usura in Liguria e alle categorie particolarmente a rischio. E, infine, individuare nuovi ambiti e modalità di intervento rispetto alle azioni poste in essere dalla Regione per contrastare il fenomeno. Per favorire il conseguimento delle finalità del testo normativo la Giunta può promuovere la stipula di specifiche convenzioni con gli istituti bancari.

¹¹² Il testo finale dell'art. 6 così recita: *Art. 6- Osservatorio regionale sui fenomeni dell'usura e del sovraindebitamento e sull'accesso al credito: 1. Entro, sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, è istituito l'osservatorio regionale sui fenomeni dell'usura e del sovraindebitamento e sull'accesso al credito, quale organo di consulenza della giunta regionale per le attività di cui alla presente legge. 2. All'osservatorio sono inoltre attribuiti i seguenti compiti: a) promuovere, anche in collaborazione con gli enti locali, campagne di sensibilizzazione e informazione sul territorio regionale riguardo le problematiche dell'usura e del sovraindebitamento, nonché sostenere attività di educazione all'uso corretto del denaro, soprattutto in ambito scolastico, anche usufruendo di uno spazio sul sito internet della regione, finalizzate essenzialmente alla prevenzione del fenomeno; b) raccogliere dati costantemente aggiornati in ordine all'entità del fenomeno dell'usura in Liguria e alle categorie particolarmente a rischio; c) individuare nuovi ambiti e modalità di intervento rispetto alle azioni poste in essere dalla regione per contrastare il fenomeno". Si consideri che nella costituzione dell'osservatorio viene prevista una partecipazione importante delle diverse parti sociali, tra cui le associazioni dei consumatori".*

¹¹³ Manca, infatti, una chiara identificazione dei presupposti per l'individuazione dell'ambito soggettivo della procedura, così come non del tutto chiaro risulta il percorso di eventuale esdebitazione.

Una significativa novità riguarda l'applicazione soggettiva del procedimento che non è pensato con esclusiva attenzione al consumatore, ma si rivolge a tutti i soggetti che, in quanto esclusi dall'applicazione delle procedure concorsuali, non godono di quelli che appaiono ormai come veri e propri benefici di tali procedure, dunque la sospensione delle azioni esecutive e la possibilità di una parziale esdebitazione, seppur frutto di una negoziazione con i creditori. In ragione di ciò è ovvio che il decreto si rivolge *in primis* ai piccoli imprenditori e consumatori, con il fine di elidere una evidente discriminazione consentita dalle norme vigenti.

Tuttavia, come si anticipava, il problema dell'applicazione soggettiva risente, probabilmente, di una certa fretta nell'approvazione del testo. L'applicazione alle persone fisiche ed agli altri soggetti non sottoposti a procedure concorsuali deve essere, in realtà, indotto attraverso un'analisi di più articoli del testo, in quanto non vi è una disposizione dedicata: il comma 2 lett. b) offre solo una definizione di consumatore, con un rinvio al codice del consumo, l'art. 11, comma 2 dedicato alle spese di procedura, indica che in caso di crisi da sovraindebitamento del consumatore i costi sono ridotti, lasciando così chiaramente intendere che la procedura ha un'applicazione più ampia. Del resto, che la procedura si applichi anche a imprenditori e ad imprese non soggette alla legge fallimentare si desume anche dall'individuazione delle modalità di svolgimento della procedura; se si considera, ad esempio, le modalità di presentazione della domanda, esse prevedono che, in caso di un debitore che svolga attività di impresa, dovrà essere corredata dalla documentazione contabile (art. 4, comma 3).

Altre significative novità riguardano l'individuazione e le funzioni degli organismi di composizione della crisi. Infatti, di essi verrà composto un registro presso il Ministero della giustizia, secondo quanto prevede l'art. 10 del decreto; inoltre la norma effettua un coordinamento con la diffusione della mediazione in sede civile, in quanto prevede che gli organismi di mediazione iscritti nell'apposito registro ministeriale ex d.lgs. 28/2010 siano iscritti di diritto nel registro degli organismi di composizione della crisi (art.10, comma 4).

La fase giurisdizionale rimane comunque centrale: il tribunale in composizione monocratica è, infatti, chiamato ad intervenire sia nella fase iniziale della procedura stessa, poiché la domanda è da depositarsi presso il tribunale ove ha residenza la

persona fisica, ovvero ha sede la società sovraindebitata. Inoltre il tribunale prende le decisioni più rilevanti in relazione alla possibile sospensione delle azioni esecutive ed alle altre ipotesi di moratorie previste. L'organismo di composizione della crisi, continua il proprio ruolo in quanto collabora, di fatto, con il tribunale per la risoluzione dei problemi che possono emergere in fase di esecuzione dell'accordo. In buona sostanza, il convincimento che se ne trae è che il procedimento rimane assai complesso, a meno di un intervento di particolare efficacia degli organismi di composizione della crisi che evitino, in via preventiva ovvero con un controllo ed un accompagnamento del debitore, il verificarsi di situazioni problematiche. In ogni caso, il fine di riduzione del carico giurisdizionale difficilmente potrà essere raggiunto.

La disciplina prevede anche la possibile individuazione di un fiduciario, al quale sia affidata la gestione del patrimonio del debitore per la liquidazione, la custodia e l'amministrazione. Anche in tal caso, la normativa si distacca, altresì sul piano terminologico, dal modello fallimentare in quanto non parla di un curatore, ma di un fiduciario. Il riferimento sul piano contenutistico rimane comunque quello del *bankruptcy trustee*, che nei Paesi anglosassoni e di *common law* nordamericano assume un ruolo centrale nella gestione degli *assets* del debitore.

4. L'ABF. Arbitrato Bancario e Finanziario

L'Arbitrato bancario e finanziario è uno strumento stragiudiziale di gestione delle controversie tra gli intermediari finanziari e i propri clienti che è divenuto operativo nel nostro ordinamento il 15 ottobre 2009 e la cui introduzione è dovuta al particolare favore di cui le ADR godono negli ultimi anni. La sua figura, che peraltro identifica un sistema aggiudicatorio e non conciliativo, si innesta in quella serie di strumenti ritenuti utili alla tutela della clientela nel quadro della regolamentazione bancaria e finanziaria.

E' infatti un elemento ormai acquisito quello per il quale l'impiego di efficienti metodi di risoluzione stragiudiziale delle liti¹¹⁴ è in grado, oltre che di abbassare i costi del sistema giudiziario e di decongestionare le aule giudiziarie, di favorire il

¹¹⁴ M. BIANCO, S. GIACOMELLI, C. GIORGIANTONIO, G. PALUMBO, B. SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, *Rivista di politica economica*, settembre 2007, 3-53 in cui gli autori fanno riferimento ai cd. strumenti di *redress* che siano in grado di ottenere una risposta rapida, efficace ed economica.

mantenimento dei rapporti commerciali, basati su una fiducia reciproca tra le parti in lite. Nel caso specifico dell'ABF, istituito in applicazione dell'art. 128-*bis* del Testo unico Bancario - TUB¹¹⁵, esso ha un'importanza fondamentale per la vigilanza e l'efficienza del sistema bancario e finanziario, in quanto contribuisce a generare un maggior rispetto dei principi di correttezza e trasparenza nelle relazioni con il pubblico e costituisce un utile presidio dei rischi reputazionali e legali a beneficio sia del singolo intermediario, sia del sistema finanziario in generale¹¹⁶.

L'evoluzione normativa che il TUB ha portato con sé ha segnato il passaggio da un sistema la cui gestione alternativa delle controversie era lasciata ad iniziative di

¹¹⁵ Tale articolo ha stabilito l'obbligo, per le banche e gli intermediari finanziari, di aderire a sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie. Sin d'ora si anticipa che la disciplina di attuazione è contenuta nella delibera del C.I.C.R. n. 275 del 29 luglio 2008 e nelle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in data 18 giugno 2009, Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, a cui si affianca la normativa in tema di trasparenza e correttezza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari contenuta nel provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, *Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009. In particolare, la nuova disciplina ha introdotto l'obbligo per gli intermediari di stampare e mettere a disposizione della cliente- la un'apposita Guida concernente l'accesso all'Arbitro Bancario Finanziario, nonché di darne notizia nei principali strumenti di pubblicità (documento contenente i principali diritti del cliente e fogli informativi). Inoltre, è stato introdotto l'obbligo per gli intermediari di dotarsi di presidi organizzativi, tra cui l'istituzione di un ufficio reclami che garantisca i tempi massimi di risposta (comunque non superiori a 30 giorni dalla ricezione del reclamo del cliente) e, nel caso il reclamo sia ritenuto infondato, offra un'illustrazione chiara ed esauriente delle motivazioni del rigetto, nonché le necessarie indicazioni circa la possibilità per il cliente di adire l'ABF.

¹¹⁶ Per un approfondimento si consiglia lo studio di G. BOCCUZZI, a cura di *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Banca d'Italia, n. 68/2010, p. 11 in cui si legge quanto segue. *L'ordinamento finanziario italiano persegue la stabilità degli intermediari, quale obiettivo prioritario della supervisione finanziaria. L'evoluzione del modello di vigilanza ha progressivamente esteso gli obiettivi alla tutela della clientela, attraverso la trasparenza e la correttezza dei comportamenti degli intermediari, che concorrono a rafforzare la fiducia della clientela, considerata preconditione della stabilità degli intermediari. L'Arbitro Bancario Finanziario contribuisce a garantire l'effettività della tutela della clientela. Il suo assetto normativo e le scelte organizzative che sono state adottate nel nostro Paese si inseriscono in un quadro articolato di sistemi di ADR esistenti in ambito internazionale. È dunque parsa opportuna un'analisi comparata a livello europeo per verificare se e in che misura le opzioni seguite trovano corrispondenza nei sistemi degli altri Paesi, anche allo scopo di trarre da quelle esperienze insegnamenti utili al fine di eventuali interventi di fine-tuning sulle caratteristiche del nostro sistema. Inoltre è importante segnalare che nel periodo dal 15 ottobre 2009 al 31 marzo 2010 sono pervenuti al sistema stragiudiziale 1.052 ricorsi. In media, il tasso mensile di crescita è stato pari al 26,5 per cento. Le controversie hanno riguardato prevalentemente il sistema bancario, che ha assorbito l'87 per cento circa dei ricorsi; seguono, in ordine di importanza, le finanziarie iscritte nell'elenco di cui all'art. 107 del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 (7 per cento) e Poste Italiane S.p.a (4 per cento). A meno dell'1 per cento si attestano le controversie relative a società finanziarie iscritte nell'elenco di cui all'art. 106 del menzionato decreto. La distribuzione dei ricorsi risulta essere concentrata in capo a un numero ristretto di gruppi bancari. L'oggetto dei ricorsi riguarda principalmente problematiche relative a conti correnti, mutui e credito al consumo, carte di pagamento e trasparenza. In questi termini, M. CARADONNA, A. BOSSI, *L'arbitrato bancario e finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela* in Riv. dottori comm. 2010, 02, p. 273 ss.*

autoregolamentazione degli intermediari ad un assetto connotato da un'impronta più marcatamente pubblicistica.

Facendo un passo indietro si può vedere come dei tentativi di costituzione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie erano già stati effettuati nel 1993 con l'iniziativa assunta dall'Associazione Bancaria Italiana di costituire l'Ombudsman - Giurì bancario, successivamente evolutosi nel Conciliatore Bancario Finanziario, la cui operatività era estesa all'intero campo dell'intermediazione bancaria e finanziaria, compresi i servizi di investimento.

Proprio l'esperienza del Conciliatore Bancario Finanziario ha costituito il punto di partenza per il disegno dei meccanismi organizzativi e funzionali dell'Arbitrato Bancario Finanziario; tuttavia questa figura non è venuta meno in quanto ha mantenuto e mantiene un ruolo essenziale all'interno dell'organizzazione dell'ABF, essendo considerato il punto di collegamento con gli intermediari; esso inoltre svolge funzioni proprie –di conciliazione e arbitrato in materia di servizi bancari, finanziari, di investimento e di Ombudsman per i soli servizi di investimento.

Occorre sin da subito chiarire che, a dispetto del nome che è stato dato a questo istituto, di tutto si tratta fuorchè di un arbitrato inteso nei termini del codice di procedura civile vigente, il quale, all'art. 808, *Clausola compromissoria*, prevede “1. *Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell'articolo 807, commi primo e secondo. 2. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità [114, 822, 829, 834] ovvero dichiarare il lodo non impugnabile. 3. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.*

Essendo un metodo di risoluzione delle controversie *sui generis*¹¹⁷, fondato principalmente sul prestigio e sulla *moral suasion* della Banca d'Italia quale istituzione primaria, la decisione che conclude il procedimento non ha la medesima efficacia vincolante che, invece, caratterizza la sentenza giudiziale, così come stabilito dal Libro II, *Del processo di cognizione*, Capo III, *Della decisione della causa*, artt. 275 ss. c.p.c, o il lodo arbitrale di cui all'art. 824 - bis c.p.c., *Efficacia del lodo*, il quale recita “*Salvo quanto disposto dall’art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria*”.

Il concetto appena esposto risulta ancor più chiaro leggendo il paragrafo 4 della Sesta sezione BdI, *disposizioni della Banca d'Italia*: “*Resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela di propri diritti ed interessi*”.

Nonostante la decisione emessa dall'ABF debba essere motivata, essa deve assomigliare ad un parere qualificato e, laddove possibile, contenere “*indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti*” (par. 4 prec. cit.). Inoltre è importante evidenziare che, il fatto che la decisione non sia vincolante per le parti, non significa che essa non possa produrre alcun effetto in capo alle parti; si consideri ad esempio che se l'utente non si ritiene soddisfatto della decisione dell'ABF e si rivolge alla magistratura ordinaria, nel caso in cui la pronuncia giudiziale abbia il medesimo contenuto di quella dell'ABF, il giudice potrebbe anche applicare l'art. 91 c.p.c condannando l'utente al pagamento delle spese del giudizio. Ancora, se l'intermediario si uniforma alla decisione dell'ABF e il cliente accetta tale adempimento, tra le parti si crea un contratto vero e proprio che produrrà gli effetti tipici previsti dal codice civile.

L'origine normativa dell'arbitrato bancario e finanziario si rinviene all'art. 128-bis del D.Lgs n. 262 - cd. *legge sul risparmio*, che ha imposto agli intermediari bancari e finanziari l'adesione a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i propri clienti; la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente – di cui si dirà oltre- sono, invece, rimesse ad

¹¹⁷ Per un approfondimento si consulti M. CARADONNA, A. BOSSI, *L'arbitrato bancario finanziario quale strumento di gestione delle liti tra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dottori comm.* 2010, 02, 283.

una delibera del CICR, su proposta della Banca d'Italia, in modo tale da assicurare l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti coinvolti.

Le caratteristiche principali della procedura dell'ABF sono la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela, oltre alla struttura del procedimento che dev'essere consono alla garanzia offerta al cliente di poter adire in qualunque momento ogni altro mezzo di tutela offerto dal nostro ordinamento.

La delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 ha dettato la disciplina dei nuovi sistemi stragiudiziali delineandone il campo di applicazione, la struttura e le regole fondamentali per lo svolgimento della procedura.

Alla Banca d'Italia spettano la nomina dei membri dell'organo decidente, lo svolgimento delle attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative. L'ABF, infatti, è un organismo completamente autonomo, indipendente ed imparziale che non cerca di far conciliare le parti, ma, in pochi mesi, decide quale delle due ha torto e quale ha ragione, ad eccezione dei casi nei quali si dichiara incompetente poiché l'oggetto del contendere non può essere sottoposto al suo giudizio. Parimenti la decisione dell'ABF non può essere paragonata al lodo dell'arbitrato irrituale, che, come noto, ha il medesimo valore di una sentenza di primo grado che, come tale, dev'essere eseguita. La decisione dell'ABF, infatti, può non essere rispettata dall'intermediario ma, in tal caso, il suo comportamento viene reso pubblico con le modalità di cui si dirà oltre, con gli evidenti danni all'immagine che ne seguirebbero. Parimenti il cliente, qualora non sia soddisfatto dell'esito del procedimento, potrebbe adire il tribunale ordinario, senza che alcun pregiudizio sia stato arrecato alla tutela dei propri diritti. Infatti la presentazione del ricorso comporta una sola voce di costo, ossia il versamento di Euro 20,00 da parte del ricorrente a titolo di contributo alle spese di procedura.

Come già chiarito, l'ABF tratta le controversie tra gli intermediari finanziari e la propria clientela; va da sé, quindi, che non tutti possono accedere a questo strumento, essendo lo stesso riservato soltanto a coloro che sono identificati quali "clienti", ossia: il soggetto che ha in essere o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari; oppure il cedente nelle operazioni di factoring, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento.

Per contro, i soggetti privati che hanno le caratteristiche predette possono presentare istanza all'ABF solo per le controversie esistenti tra gli stessi e le banche, gli intermediari finanziari di cui agli artt. 106 e 107 TU che operano nei confronti del pubblico; gli istituti di moneta elettronica; Poste Italiane S.p.a. in relazione all'attività di Banco Posta; banche ed intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del T.U.

Occorre, poi, precisare che gli intermediari bancari e finanziari sono tenuti ad aderire all'ABF, costituendo l'adempimento di quest'obbligo una condizione per lo svolgimento della medesima attività bancaria e finanziaria. L'opposto vale, invece, per gli intermediari aventi sede in uno stato membro dell'UE che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, purchè aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero che rientri nella cd. rete Fin.Net promossa dalla Commissione Europea. A tali fini, gli intermediari in questione sono tenuti a comunicare alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono o al quale sono sottoposti nel Paese d'origine.

Per quanto riguarda, poi, le controversie sottoponibili all'ABF¹¹⁸ si evidenzia innanzitutto come lo stesso non tratti quelle relative a comportamenti od operazioni anteriori al primo gennaio 2007, le controversie che siano già oggetto di procedimenti giudiziari, tentativi di conciliazione e decisioni arbitrali. Il ricorso all'ABF, come si ricorderà oltre, è, invece, possibile in caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa. In tal caso il ricorso può essere proposto entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione, anche qualora sia decorso il termine di 12 mesi di cui alla sezione VI, paragrafo 2 che indica nel Dettaglio i termini entro i quali il cliente può attivare il ricorso presso l'ABF. Restano, parimenti, escluse le controversie relative ai servizi, alle attività di investimento ed alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del

¹¹⁸ F. MAIMERI, *L'arbitrato bancario finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'imperio legislativo*, in *Scritti in onore di Francesco Caproglione*, Tomo I, Padova, 2010, p. 414 ss.; E. QUADRI, *L' "arbitrato bancario e finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, fasc. 6, 2010, p. 308; S. RUPERTO, *L' "arbitrato bancario e finanziario"* in *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 3, pt. I, 2010, p. 331 ss; G. GUIZZI, *L'arbitrato Bancario Finanziario nell'ambito delle decisioni dell'ABF*; in *Le Società*, fasc. 10, 2011, p. 1218 ss; F. AULETTA, *Arbitrato bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società*, fasc. 1, 2011, p. 86 ss; B. DE CAROLIS, *L'arbitrato bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 70, 2011, p. 21, consultabile sul sito internet ufficiale della Banca d'Italia, (www.bancaditalia.it);

d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che stabilisce l'esclusione dell'applicazione del titolo VI del T.U. ai servizi ed alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni ed ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo.

In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. e, con particolare riferimento alle azioni collettive risarcitorie di cui all'art. 140-bis del Codice del Consumo, la controversia si intende sottoposta all'autorità giudiziaria dal momento in cui il consumatore o utente aderisce all'azione collettiva.

4.1 ABF e mediaconciliazione

Come già ricordato più e più volte, la mediazione o conciliazione che dir si voglia, costituisce uno dei principali metodi di ADR e, come tale, ha la propria finalità nella risoluzione non contenziosa delle controversie. Essendo possibile la contemporanea azione delle due procedure in relazione ad una medesima controversia, è opportuno valutare l'operatività di ognuna e, a tale fine, occorre considerare, oltre alle disposizioni della BdI, anche l'art. 60 della legge 69/2009 che, come noto, ha delegato il Governo a varare una disciplina generale in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Come si ricorderà, l'art. 5 del D.Lgs 28/2010 prevedeva che chiunque volesse esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di contratti bancari e finanziari, doveva esperire il tentativo di mediazione ai sensi del decreto stesso, oppure espletare *“il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate”*¹¹⁹. Va da sé che la predetta norma contiene un rinvio espresso alla normativa che regola l'ABF, in

¹¹⁹ A questo proposito si consiglia l'analisi condotta da: G. FINOCCHIARO, *La specialità della conciliazione presso la Consob non esclude l'uso di alcune regole sulla mediazione*, in *Guida al diritto*, fasc. 15, 2010, p. 102 ss; C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. dell'econ.*, fasc. 1, 2011, p. 121 ss; L. ORLANDO, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie, finanziarie. L'alternatività tra procedura di mediazione ai sensi del D.Lgs 28/2010 e la cd. “conciliazione obbligatoria”*, 2011, p. 1, consultabile sul sito internet www.mondoadr.it; A. MELLUCCIO, *La nuova disciplina della mediazione (d.lgs 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Temi romana*, fasc. 1-3, 2010, p. 103 ss;

questo caso costituita da un comma relativo allo svolgimento della procedura di cui alla Sezione VI.a, paragrafo 3 delle disposizioni della BdI, di cui si dirà più compiutamente oltre. La predetta norma prevede che *“Il collegio, d'ufficio o su istanza di parte dichiara l'interruzione del procedimento qualora consti che in relazione alla medesima controversia è stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione. In tal caso le parti possono fare rinvio alla documentazione già presentata in occasione della precedente procedura di ricorso”*.

Pertanto, finchè il D.Lgs n. 28/2010 era pienamente in vigore, cioè sino alla pronuncia della Corte Costituzionale del dicembre 2012, spettava al singolo utente la facoltà di avvalersi del tentativo di conciliazione o della procedura di ABF, dovendo comunque uno dei due essere esperito, pena l'improcedibilità del successivo giudizio innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria o dell'arbitrato.

Nel caso in cui l'utente avesse scelto la mediazione e la stessa si fosse conclusa con un accordo, l'ABF non avrebbe potuto successivamente pronunciarsi perché l'accordo di conciliazione ha effetto novativo; al contrario laddove il tentativo non avesse riscontrato successo, l'utente avrebbe potuto ricorrere all'ABF o alle azioni ordinarie.

Alcuno di questi problemi si sarebbe, ovviamente, posto nel caso in cui fosse stata scelta per prima la procedura di ABF che, a prescindere dai contenuti della decisione finale, non avrebbe impedito al cliente di tentare successivamente una procedura di conciliazione o i rimedi ordinari¹²⁰.

¹²⁰ Per approfondire l'argomento si consiglia lo studio di: F. MAIMERI, *Specificità del modello ordinatorio dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. CAPRIGLIONE, M. PELLEGRINI, *Atti del seminario tenutosi nell'Università LUISS Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Padova, 2011; C. CONTI, *Il Conciliatore Bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Bancaria*, fasc. 4, 2007, p. 10 ss; A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Le Società*, fasc. 1, 2007, p. 8 ss; N. SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *I contratti*, fasc. 4, 2009, p. 423 ss; T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato della Consob*, in *Riv. arb.*, fasc. 4, 2007, p. 675 ss; S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. Civ. prev.*, fasc. 1, 2010, p. 9 ss; F. CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *I contratti*, fasc. 12, 2008, p. 1181 ss; A. NASCOSI, *La nuova camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Le nuove leggi civ. e comm.*, fasc. 5, 2009, p. 963;

4.2 La struttura dell'ABF

La struttura dell'ABF è molto snella e la sua competenza territoriale dipende dall'ubicazione del domicilio che il ricorrente indica nel proprio ricorso. Attualmente i collegi sono così ripartiti sul territorio: un collegio ha sede a Milano competente per le seguenti regioni: Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle D'Aosta, Veneto; un collegio con sede a Roma e che copre come competenza le seguenti regioni: Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria. Il collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero; un collegio con sede a Napoli che è competente per le seguenti regioni: Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

Ogni collegio è composto da 5 soggetti: il presidente e due membri, tutti e tre scelti dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari ed infine uno designato dalle associazioni rappresentative dei clienti.

Il presidente rimane in carica cinque anni, mentre gli altri membri tre. Il mandato è rinnovabile una sola volta e la nomina ufficiale è effettuata da Banca d'Italia con provvedimento specifico.

I membri del Collegio vengono nominati in base al possesso di requisiti di esperienza, professionalità, integrità ed indipendenza, oltre al rispetto del requisito di onorabilità¹²¹.

¹²¹ Possono rivestire la carica docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, possono essere professionisti iscritti ad albi professionali nelle stesse materie, ma che abbiano un'anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza o altri soggetti che siano in possesso di una comprovata esperienza e competenza in materia bancaria, finanziaria e di tutela del diritto dei consumatori, valendo quindi anche le esperienze maturate nel campo dell'arbitrato o della conciliazione. Inoltre, al fine di garantire una presenza costante ed attiva, i componenti del collegio vengono valutati anche in base al numero ed alla gravosità di altri incarichi ricoperti, all'età anagrafica del componente, alla prossimità del luogo di residenza o di domicilio con il luogo del Collegio. Non si dimentichi, poi, che non possono aspirare alla nomina di componenti dell'organo decidente coloro che siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura; coloro che abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; coloro che abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; coloro che siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; coloro che siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; ancora, coloro che nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti; infine, non possono essere nominati componenti coloro che ricoprono cariche politiche.

Per quanto riguarda, invece l'organizzazione materiale dei compiti che l'ABF è chiamato ad assolvere, è importante sin d'ora menzionare la Segreteria tecnica, che è stata creata appositamente dalla Banca d'Italia al fine di consentire ai Collegi di svolgere la propria attività. In particolare la segreteria è deputata alla ricezione dei ricorsi presentati dagli utenti ed all'apertura dei relativi fascicoli, alla ricezione della documentazione facente riferimento agli intermediari, ossia le controdeduzioni e documenti relativi alla procedura oggetto del reclamo che gli stessi vogliono inviare. Essa, inoltre, è chiamata ad accertare la completezza, la regolarità e la tempestività della documentazione presentata dalle parti e, ove ne ravvisi l'esigenza, chiede alle parti le necessarie integrazioni, fissando un termine per la loro produzione. Esso svolge, in realtà, una vera e propria funzione "filtro"¹²².

4.3 Il procedimento dell'ABF e le sue decisioni

Al fine di capire il funzionamento dell'ABF e le modalità decisionali occorre fare riferimento alle cd. già citate Bdl, ossia le disposizioni di Banca d'Italia, in particolare alla sezione VI di queste stesse.

Il par. 1 della VI Sezione prevede una condizione preliminare e necessaria ai fini dell'accesso alla procedura dell'ABF che si sostanzia nella presentazione, da parte del consumatore, di un reclamo scritto ed inviato all'intermediario; parimenti agli intermediari finanziari è richiesto di provvedere all'istituzione, nel caso in cui gli stessi non vi abbiano ancora provveduto, di adeguate strutture organizzative e procedurali interne mediante idonei uffici reclami o individuando un responsabile per la gestione dei reclami della clientela che ha l'onere di tenersi sempre aggiornato sugli orientamenti dell'ABF, soprattutto al fine di poter valutare gli eventuali reclami recapitati dai clienti.

¹²² Altri compiti affidati alla segreteria attengono all'attestazione dell'irricevibilità del ricorso in caso di palese incompletezza, irregolarità o intempestività dello stesso, dandone comunicazione alle parti; alla cura della formazione del fascicolo che viene reso disponibile a ciascun componente il collegio prima della riunione in cui viene discusso il ricorso; all'istruzione del ricorso per il collegio ed alla conseguente predisposizione di una relazione da consegnare a ciascun componente del collegio prima della riunione in cui viene discusso il ricorso; alla fissazione del calendario delle riunioni del collegio, alla convocazione dei membri del collegio e all'informazione agli stessi dell'agenda dei ricorsi da trattare; all'assistenza alle riunioni del collegio ad alla redazione del verbale; all'invio delle comunicazioni alle parti che si rendano necessarie nel corso della procedura; infine all'esecuzione degli effetti stabiliti nei casi di accertati inadempimenti da parte degli intermediari

L'intermediario è tenuto a pronunciarsi sul reclamo ricevuto dall'utente entro 30 giorni dalla ricezione, indicando i tempi previsti per l'adempimento di quanto richiesto, in caso di accoglimenti della richiesta da parte della banca. In caso di mancata risposta entro il termine suindicato, ovvero in caso di risposta insoddisfacente, il cliente può presentare ricorso all'ABF purchè non siano trascorsi più di dodici mesi dalla presentazione del reclamo stesso inviato all'intermediario.

Il ricorso prevede alcuni requisiti: innanzitutto dev'essere redatto per iscritto e firmato utilizzando la modulistica pubblicata sul sito internet dell'ABF, alla cui segreteria tecnica competente per territorio può essere inviato direttamente, oppure presentato in qualsiasi filiale aperta al pubblico della Banca d'Italia che provvederà, quindi all'inoltro alla sede competente.

Una volta depositato il ricorso, il cliente ha anche l'onere di informare tempestivamente l'intermediario inviando allo stesso una copia del documento mediante posta elettronica certificata o raccomandata r/r in modo tale che la ricezione sia certa.

Entro i successivi trenta giorni decorrenti dalla ricezione della copia del ricorso, l'intermediario può trasmettere alla segreteria tecnica le proprie controdeduzioni, ossia le osservazioni sul ricorso incardinato, unitamente a tutta la documentazione ritenuta utile alla valutazione del ricorso medesimo. Se il ricorrente ne ha fatto richiesta, la segreteria tecnica gli invia copia delle controdeduzioni¹²³.

La fase istruttoria ha carattere prettamente documentale e, come già ribadito, viene svolta dalla segreteria tecnica territorialmente competente. Il collegio si pronuncia sul ricorso entro i 60 giorni successivi e decorrenti dalla data del deposito delle controdeduzioni, oppure dalla data di scadenza del termine per il loro deposito. Il predetto termine può essere sospeso una o più volte nel caso in cui si rendano necessarie delle integrazioni documentali.

Può accadere che nel corso del procedimento, l'intermediario decida di sottoporre la controversia all'autorità giudiziaria ordinaria, ovvero al giudizio arbitrale; in questo caso la segreteria richiede al ricorrente una manifestazione di interesse alla

¹²³ Passando al II paragrafo della VI Sezione delle Disposizioni BdI, esso stabilisce che, qualora il ritardo o la mancata produzione della documentazione da parte dell'intermediario impedisca all'ABF di pronunciarsi sul merito della controversia, la mancata cooperazione dell'intermediario verrà valutata ai fini di quanto previsto dal paragrafo 5 della Sezione.

continuazione del procedimento e, se la manifestazione non perviene alla segreteria entro 30 giorni dalla richiesta, il collegio dichiara l'estinzione del procedimento, mentre nel caso opposto il procedimento prosegue sino alla sua naturale conclusione che si concreta nella decisione.

Quest'ultima viene raggiunta a maggioranza dei voti espressi dai componenti del Collegio sulla base delle disposizioni legislative, dei regolamentari applicabili e dei codici di condotta e nei successivi 30 giorni decorrenti dalla sua pronuncia è comunicata alla parti e, nel caso in cui abbia accolto in tutto o in parte la richiesta avanzata dal ricorrente, fissa un termine entro il quale l'intermediario deve adempiere attuando la decisione.

Nel caso in cui l'intermediario non ottemperi, la segreteria tecnica provvede alla pubblicazione dell'inadempimento sul proprio sito internet e su due quotidiani di ampia diffusione nazionale, a spese interamente a carico dell'intermediario. Allo stesso procedimento si provvederà allorchè la mancata cooperazione dell'intermediario abbia impedito di pervenire alla decisione del ricorso.

5. Le proposte di legge in Italia prima del D.Lgs n. 28/2010

Il 5 marzo 2002 è stata presentata alla Camera dei deputati una proposta di legge di iniziativa parlamentare, A.C. 2463 On. Cola e altri che aveva lo scopo di disciplinare per la prima volta in Italia la conciliazione stragiudiziale professionale quale mezzo di risoluzione alternativa delle controversie.

Il predetto disegno di legge aveva lo scopo di incentivare l'utilizzo della conciliazione stragiudiziale, mediante l'affidamento della stessa a soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario per la soluzione delle controversie nel tentativo di ovviare ai costi e ritardi della giustizia ordinaria e, dall'altro, di rispondere in maniera più specifica a quelli che appaiono essere le reali esigenze ed i reali interessi delle parti.

I soggetti coinvolti in una controversia, nel caso in cui la legge fosse stata approvata, sarebbero rimaste libere di condurre la conciliazione stragiudiziale al di fuori delle previsioni della stessa, senza giovare, peraltro, dei vantaggi della legge per le conciliazioni da essa disciplinate.

Altre proposte di legge erano già state presentate nelle precedenti legislature senza che però ne fosse compiuto o, addirittura, in qualche caso, iniziato l'esame parlamentare. Si tratta delle proposte A.C. 694, A.C. 4567 e A.C. 4806.

In particolare la seconda delle summenzionate proposte di legge, di iniziativa dell'Onorevole Folena recava titolo "*Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato*" e disciplinava la conciliazione facoltativa innanzi alle camere di conciliazione istituite presso ogni tribunale, la conciliazione facoltativa innanzi ad altri organismi, alcuni casi di conciliazione obbligatoria ed i casi di conciliazione o arbitrato delegati dal giudice.

Un altro disegno di legge, mai esaminato, è il n. 7185, "*norme in materia di accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversie e per l'abbreviazione dei tempi del processo civile*"; esso conteneva disposizioni in tema di conciliazione, di risoluzione non contenziosa delle controversie, oltre a norme per l'abbreviazione dei tempi del processo civile e per la deflazione del contenzioso.

Altri progetti di legge presentati sono il n. 541, il 2538, il 2877 ed il 3559, peraltro simili al 2463, presentato dall'On. Cola, ma molto meno convincenti.

Vista l'importanza e la completezza della proposta dell'On. Cola, si ritiene indispensabile fare un breve cenno ai contenuti della stessa.

Essa si compone di 22 disposizioni suddivise in quattro capi: il Capo I, artt. 1-5, contiene delle disposizioni di carattere generale e stabilisce i principi internazionalmente riconosciuti in tema di conciliazione stragiudiziale.

Infatti l'art. 1 definisce la conciliazione stragiudiziale professionale come metodo per la risoluzione consensuale delle controversie civili che vertono su diritti disponibili; l'art. 2 la definisce, poi, come una procedura in cui un terzo soggetto neutrale, diverso dal giudice competente, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti coinvolte in una controversia al fine di promuoverne la risoluzione consensuale tramite un accordo. Questa definizione segue modelli internazionali già collaudati e, in particolare, la definizione della *Uniform Mediation Act* degli Stati Uniti, elaborato dalla *National Conference of Commissioners Uniform State Laws* e della *American Bar Association*.

Inoltre la definizione di cui al progetto di legge in esame è coerente con la definizione della Legge modello UNCITRAL del 28 giugno 2002, UNCITRAL

Model Law on International Commercial Conciliation; quantunque quest'ultima sia più completa e precisa: "...conciliation means a process... whereby parties request a third person or persons ("the conciliator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute".

Il successivo art. 3 definisce i principi generali che caratterizzano la procedura di conciliazione stragiudiziale professionale; si tratta di una procedura di conciliazione improntata ai principi riconosciuti a livello internazionale, ossia di informalità, concentrazione e oralità. Il ricorso alla procedura è volontario, non prevede l'assistenza di un difensore, salvo diversa previsione contenuta nello statuto dell'organismo di conciliazione per controversie di eccezionale importanza o di elevato valore economico. Inoltre, caratteristica importante, il progetto di legge esclude che il conciliatore possa proporre decisioni vincolanti in merito alla controversia.

L'art. 4 precisa inoltre che alle conciliazioni amministrate con le procedure disciplinate dalla legge da uno degli organismi di cui agli artt. 9 e 10, ossia Organismi privati di conciliazione, Camere di conciliazione presso i tribunali e Camere di conciliazione -presso le camere di commercio- per le controversie tra consumatori e imprese, siano riconosciuti gli effetti di cui all'art. 1, ossia efficacia di titolo esecutivo dell'accordo conciliativo che, a sua volta, distingue tra il caso in cui il verbale, o meglio accordo conciliativo, sia redatto presso le camere di conciliazione presso i tribunali di cui all'art. 9 o dalle camere di conciliazione per le controversie tra consumatori e imprese di cui all'art. 10, e gli incentivi di cui all'art. 13 che, in riferimento a esenzione dell'imposta di bollo, di registro, deducibilità dei costi di conciliazione dalle imposte sul reddito delle persone fisiche e giuridiche, riduzione alla metà dell'importo dovuto a titolo di contributo unificato.

L'art. 5 sancisce un altro principio inderogabile della conciliazione: quello della riservatezza della procedura. Salvo diversa concorde volontà delle parti, ogni elemento risultante dalla procedura di conciliazione dev'essere riservato e la relativa diffusione al pubblico deve essere vietata, così come la diffusione al pubblico, la

riproduzione, l'esibizione e, in generale, l'utilizzabilità in giudizio come elemento o argomento di prova.

Inoltre è fatto divieto al conciliatore, ai suoi ausiliari o collaboratori ed a chiunque altro venga a conoscenza del procedimento di conciliazione, per ragioni di ufficio o di servizio, di testimoniare su fatti e circostanze relative alla medesima procedura di conciliazione.

Il capo II (artt. 6-11) disciplina gli organismi e le procedure di conciliazione.

Gli organismi privati di conciliazione di cui all'art. 7 devono rispettare due ordini di requisiti:

1. che i conciliatori appartenenti agli stessi abbiano frequentato un apposito corso di formazione sulle tecniche di conciliazione, di durata non inferiore a quaranta ore, con superamento di un esame finale ed abbiano svolto il ruolo di assistente in almeno dieci conciliazioni; 2. che il conciliatore cui è affidata la controversia abbia adeguata competenza nella materia oggetto del contendere.

Per quanto riguarda, invece, gli organismi pubblici di conciliazione di cui ali artt. 9 e 10, viene richiesto che essi adottino, nei rispettivi statuti, le misure idonee ad assicurare: 1. Che i conciliatori iscritti nei propri elenchi abbiano frequentato un apposito corso di formazione sulle tecniche di conciliazione di durata non inferiore a trenta ore, con superamento di esami finali ed abbiano svolto il ruolo di assistente in almeno tre conciliazioni; 2. Che il conciliatore cui è affidata la controversia abbia adeguata competenza nella materia oggetto del contendere. Inoltre è stabilito che gli organismi pubblici possano stipulare tra loro convenzioni per la gestione compiuta dell'attività di conciliazione ed avvalersi, tramite accordi di diritto privato, dei servizi offerti dagli organismi privati di conciliazione di cui all'art. 7.

La predetta possibilità di consorzarsi e di avvalersi di servizi offerti dagli organismi privati, rappresenta una forte novità rispetto alle proposte di legge precedenti. La norma riflette la constatazione che le camere di conciliazione presso le Camere di Commercio, organismi pubblici già attivi, non avevano sino a quel tempo prodotto grandi risultati, salvo poche eccezioni.

I successivi commi dell'art. 6 stabiliscono alcuni principi comuni a tutti gli organismi di conciliazione, sia privati che pubblici: essi sono tenuti a fornire informazioni chiare ed accurate sulla natura dei servizi offerti e le relative tariffe,

nonché sulla formazione, l'esperienza ed i requisiti dei propri conciliatori; sono tenuti a comunicare l'esistenza di qualsiasi relazione con le parti che potrebbero ragionevolmente compromettere la propria imparzialità ed indipendenza, in particolare: ogni interesse economico o di altro tipo in relazione all'esito della controversia ogni legame, finanziario, aziendale o professionale rilevante, esistente con le parti, inclusi gli accordi contrattuali che rinviando all'organismo di risoluzione delle controversie; richiedono ai propri conciliatori di sottoscrivere un apposito codice etico, indipendentemente dall'applicabilità agli stessi di altri codici etici professionali. Sono tenuti a conformarsi ai principi indicati nella raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organismi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

Il successivo art. 7 disciplina le caratteristiche degli organismi privati di conciliazione i quali devono essere costituiti nella forma di società per azioni, devono offrire la massima garanzia di efficienza e trasparenza e devono avere ad esclusivo oggetto l'erogazione di servizi di risoluzione delle controversie, incluse la consulenza e la formazione. Inoltre il capitale sociale dev'essere conferito per oltre il 50% da soggetti iscritti agli albi degli avvocati e dei dottori commercialisti, nonché, eventualmente, da altre categorie professionali, come ad esempio i giuristi di impresa, individuate con decreto del Ministero della Giustizia.

Infine l'art. 7 prevede all'ultimo comma che gli organismi privati di conciliazione ottengano la certificazione ISO 9000 entro 18 mesi dalla loro iscrizione al registro di cui al comma 5, a pena di cancellazione dallo stesso.

L'art. 8 rimette all'autonomia delle parti la disciplina della procedura da seguire presso gli organismi privati di conciliazione, lasciando loro la più ampia flessibilità per modificarla, d'accordo con l'organismo ed il conciliatore incaricato, sempre nel rispetto dei principi generali degli artt. 3 e 6.

L'art. 9 prevede l'istituzione, presso ogni tribunale, di una camera di conciliazione istituita dal consiglio dell'ordine degli avvocati, con sede in presso il Tribunale e si avvale dell'organizzazione del consiglio stesso, nonché delle strutture e del personale degli uffici giudiziari del circondario del medesimo tribunale.

Agli statuti di queste camere di conciliazione viene riconosciuta un'ampia autonomia; solo le stesse dovranno tenere un elenco di conciliatori cui potranno accedere gli iscritti dell'ordine da almeno cinque anni. Tali camere di conciliazione potranno, inoltre, istituire anche elenchi speciali formati da altre persone dotate dei requisiti di cui all'art. 6, c. 2, lett. a), che siano particolarmente esperte in specifiche materie. In tal caso però, non ci sarà necessità di essere iscritti a nessun ordine professionale.

L'art. 10 disciplina le camere di conciliazione presso le Camere di Commercio per la risoluzione delle controversie di valore non superiore a 25.000 Euro tra consumatori e imprese. Gli statuti di queste camere di conciliazione potranno estendere la loro competenza alle controversie di valore superiore, purchè siano tra consumatori o un'associazione di consumatori ed imprese.

Anche in questo si prevede l'elenco dei conciliatori, ma, a differenza delle camere di conciliazione presso i tribunali, potranno accedervi anche semplici laureati in giurisprudenza, in scienze politiche ed in economia.

L'art. 11 disciplina la procedura presso le camere di conciliazione, cioè gli organismi pubblici di conciliazione: la procedura può essere avviata prima o durante il giudizio di merito; il conciliatore sente le parti, anche separatamente, può prendere visione di documenti, ascoltare persone informate e procedere ad una sommaria istruzione. La mancata presentazione di una parte può essere valutata nell'eventuale giudizio di merito; al termine della conciliazione il conciliatore formula una proposta di conciliazione che può anche essere rifiutata dalle parti.

Anche in questo caso occorre ribadire, come del resto per la conciliazione nelle controversie societarie, che il conciliatore non deve formulare la proposta, ma aiuta le parti a esporla. Il comma 8, inoltre, afferma che il giudice può valutare, nell'eventuale giudizio di merito, le posizioni assunte dalle parti davanti al conciliatore, in sede di decisioni sulle spese processuali.

Il Capo III contiene le disposizioni dirette ad incentivare il ricorso alla conciliazione: l'art 12 disciplina li effetti del verbale, ovvero dell'accordo di conciliazione, conferendogli valore di titolo esecutivo, previa omologazione quando è redatto presso gli organismi privati di conciliazione.

L'art. 13 prevede incentivi fiscali, al pari di quanto previsto nella conciliazione delle controversie societarie: l'accordo conciliativo ed ogni atto o documento relativo alla procedura è esente da qualsiasi imposta o bollo; le spese di conciliazione sono fiscalmente deducibili; la riduzione alla metà dell'importo dovuto a titolo di contributo unificato in caso di azione giudiziaria successiva.

La norma di cui all'art. 14, che introduce l'obbligo per l'avvocato di informare il cliente di tutte le possibilità conciliative della controversia, sia prima di procedere alla proposizione del giudizio, che nel caso dell'introduzione dello stesso; inoltre se l'avvocato ed il proprio assistito decidono comunque di agire in giudizio senza aver previamente esperito un tentativo di conciliazione, dovranno, a pena di improcedibilità dell'azione, sottoscrivere uno stampato, predisposto dal consiglio dell'ordine, nel quale daranno atto di avere valutato negativamente tale opportunità.

Sempre al fine di incentivare l'uso della conciliazione, l'art. 15 prevede che il giudice, se ritiene che vi siano margini di successo della conciliazione, invita le parti a rivolgersi ad uno degli organismi previsti dalla legge.

L'art. 16 specifica che la presentazione dell'istanza di conciliazione provoca l'interruzione del termine di prescrizione di cui all'art. 2943 c.c; inoltre l'art. 17 prevede che le imprese possano attestare nella pubblicità il loro impegno preventivo, inserito nelle condizioni generali di contratto, a negoziare la risoluzione di eventuali controversie e a partecipare alle procedure di conciliazione previste dalla legge.

L'art. 18 affida al Ministero della Giustizia il compito di coordinare le informazioni e di siti telematici, oltre alla promozione di tutte le iniziative informative per mettere i cittadini e le imprese a conoscenza delle procedure conciliative.

L'art. 19 istituisce la commissione nazionale per la promozione della risoluzione consensuale delle controversie, i cui componenti sono designati dal Ministero della giustizia, dal Ministero per le attività produttive, dal CSM, CNF, dalle camere di conciliazione presso i tribunali, Unioncamere, cui sono affidati tre compiti: 1) vigilanza sul perseguimento delle finalità ispiratrici della legge; 2) realizzazione di studi e proposte sulla conciliazione, promozione di progetti pilota per l'ulteriore sperimentazione della conciliazione stragiudiziale professionale presso gli organismi giurisdizionali; 3) promozione, d'intesa con il Ministro dell'Istruzione,

dell'università e della ricerca, dell'insegnamento universitario finalizzato alla conciliazione e delle opportunità professionali connesse.

Inoltre è previsto che il Ministro della Giustizia riferisca al Parlamento sullo stato di attuazione della legge e sull'attività della Commissione.

Infine è affidato al Ministero della Giustizia il compito di adottare le disposizioni regolamentari di attuazione della legge, entro sei mesi dall'entrata in vigore.

6. La pronuncia della Corte Costituzionale sull'obbligatorietà ex art. 5 D.Lgs 28/2010 della mediazione

6.1 Le considerazioni in fatto della Consulta

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 272/2012 del 6/12/2012 ha deciso sull'impugnazione dell'art. 5, c. 1, primo, secondo e terzo periodo e 16, c. 1 del D.Lgs 4/3/2010, n. 28 (come ormai noto si tratta dell'attuazione dell'art. 60 delle L. 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali); art. 2653, comma 1, n. 1 C.C; art. 16 del decreto ministeriale 18/10/2010, n. 180, come modificato dal decreto ministeriale 6/7/2011, n. 145, ossia il regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs 4 marzo 2010 n. 28.

Si tratta di impugnazioni effettuate mediante ricorsi promossi dal Giudice di Pace di Parma con ordinanza 1 agosto 2011, dal TAR per il Lazio con ordinanza 12 aprile 2011, dal giudice di Pace di Catanzaro con due ordinanze: la prima del 1 settembre e la seconda del 3 novembre 2011, ancora dal Giudice di Pace di Recco con ordinanza del 5 dicembre 2011, dal Giudice di Pace di Salerno con ordinanza del 19 novembre 2011, dal Tribunale di Torino con ordinanza del 25 gennaio 2012, dal Tribunale di Genova con ordinanza 18 novembre 2011¹²⁴.

Circoscrivendo l'ambito dell'analisi che ci si appresta ad effettuare all'ordinanza

¹²⁴ I giudizi di legittimità qui descritti sono rispettivamente iscritti ai nn. 254 e 268 del registro ordinanze 2011 ed ai nn. 2, 19, 33, 51, 99 e 108 del registro ordinanza 2012 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 51 e 54, prima serie speciale, dell'anno 2011 e nn. 5, 8, 11, 15, 22 e 23, prima serie speciale dell'anno 2012.

del TAR Lazio¹²⁵, con la quale sono state sollevate le questioni di legittimità

¹²⁵ Con il seguente P.Q.M. la Camera di Consiglio, riunitasi in data 9 marzo 2012, della I Sez. del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio si è pronunciato sui ricorsi n. 10937/2010, proposto - tra altri - dall'O.U.A., Organismo Unitario dell'Avvocatura italiana, Associazione Avvocati per la mediazione e n. 11235/2010, proposto dall'UNCC, Unione Nazionale delle Camere Civili, disponendo quanto segue: "1) riunisce i ricorsi n. 10937 del 2010 e n. 11235 del 2010, connessi oggettivamente e parzialmente connessi soggettivamente; 2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice); 3) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza; 4) dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale; 5) ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 9 marzo 2012". Leggendo l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale emergono alcuni elementi la cui analisi è senza dubbio necessaria ai fini di una maggior comprensione del Tar Lazio. Tralasciando le questioni di carattere pregiudiziale che, ai fini dell'analisi che qui ci occupa, non rivestono un'importanza decisiva, appare essenziale ricostruire il quadro normativo della controversia. Il Tar Lazio, inizia la propria ricognizione normativa proprio dall'invito formulato agli Stati membri del Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e delle conclusioni adottate dal Consiglio nel maggio 2000 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, nonché del Libro verde presentato dalla Commissione nell'aprile 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie nelle predette materie, la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea che ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale e che regola la materia con 14 articoli. Con particolare riferimento ai "considerando" della direttiva essi delineano la generale impostazione conferita all'oggetto della regolazione, ossia la mediazione, sia con specifico riferimento alle finalità, che alle caratteristiche. In particolare il Tar Lazio ricorda il quinto considerando, secondo il quale l'obiettivo di garantire un miglior accesso alla giustizia giudiziale e stragiudiziale, in particolare la disponibilità del servizio di mediazione, è un contributo rilevante ai fini del corretto funzionamento del mercato interno, nel contesto della politica dell'Unione europea, volta ad istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Del resto, proprio alla luce del sesto considerando, la mediazione è ritenuta una modalità di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale rapida e conveniente, essendo la procedura che la caratterizza, concepita per assecondare e soddisfare le esigenze delle parti in lite, così che i rapporti tra le stesse non muoiano e gli accordi raggiunti in mediazione abbiano maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente. Il settimo e l'ottavo considerando chiarisce il contesto giuridico all'interno del quale la mediazione è chiamata a muoversi e ne delinea gli elementi chiave che, sotto un profilo sostanziale, dovrebbe essere attuata soltanto a livello transfrontaliero, senza tuttavia vietare a ciascuno stato membro di estenderla anche ai procedimenti di mediazione cd. interni. Parimenti è specificato che la mediazione non dovrebbe essere applicata "ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti ed obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritti di famiglia e del lavoro"; "alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione dei periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia. Per quanto riguarda, poi, gli elementi chiave a caratterizzanti la mediazione, i considerando mettono in rilievo anche la distinzione radicale tra il giudice ed il mediatore, la possibilità di introdurre l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, senza tuttavia impedire alle parti

di esercitare il loro diritto di accesso alla giustizia, da intendersi quale sistema giudiziario vero e proprio, o ancora senza che alle stesse non venga impedito, nell'incoraggiare una mediazione, di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione con particolare riferimento ai termini di prescrizione e decadenza dei diritti fatti valere. Ancora la fissazione di un termine massimo di durata per il procedimento di mediazione, la riservatezza dello stesso, soprattutto in riferimento all'eventuale e successivo procedimento giudiziale o arbitrale, all'esecutività dell'accordo raggiunto e steso per iscritto, ad eccezione dell'ipotesi dello stesso di contrasto con il diritto nazionale. Infine si ricordano l'assistenza del mediatore, la sua formazione, l'introduzione di meccanismi di controllo della qualità offerta dai centri di mediazione, la flessibilità del procedimento e l'autonomia delle parti, oltre all'efficacia, all'imparzialità e la competenza della mediazione. Dall'analisi contenuta nella pronuncia del II Tar Lazio che analizzando i 14 articoli che compongono la direttiva particolare interesse suscita l'art. 5 dedicato al ricorso alla mediazione che prevede testualmente quanto segue: "L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia..." e che "la presente direttiva lascia 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, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario"; ancora l'art. 8 prevede che gli stati membri adottino regole interne che non impediscano, alle parti che scelgono la mediazione al fine di dirimere una controversia, l'avviamento di un procedimento giudiziale o arbitrale in relazione alla controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza. Con l'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, il nostro legislatore ha delegato il Governo ad adottare uno o più provvedimenti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria ed in conformità ai principi e criteri direttivi enunciati al comma 3 della medesima legge. La predetta delega è stata esercitata con il D.Lgs 4 marzo 2010, n. 28 e, successivamente, con il decreto ministeriale 18 ottobre 2010 n. 180 è stato adottato il regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi. E proprio il decreto n. 180/2010 è l'atto di cui i ricorrenti hanno chiesto l'annullamento mediante la proposizione dei ricorsi oggetto di analisi. Sostanzialmente e in breve, il Tar Lazio si è posto la necessità di verificare se le scelte effettuate dal nostro legislatore delegato, con particolare riguardo alle prime tre disposizioni dell'art. 5 D.Lgs n. 28/2010, possano essere ascritte all'art. 60 della L. 69/2009. Come si è già dato atto, la direttiva 21 maggio 2008, la n. 2008/52/CE afferma chiaramente che il campo privilegiato di applicazione delle disposizioni comunitarie sulla mediazione in materia civile e commerciale è rappresentato dalle controversie transfrontaliere, anche se nulla dovrebbe ostacolare gli Stati membri all'estensione della stessa ai procedimenti di mediazione interni. Detto più esplicitamente, il fine della normativa comunitaria è quello di fornire un servizio di mediazione in relazione alle controversie transfrontaliere nelle materie civili e commerciali al fine di rispondere efficacemente, o almeno così si auspica, alla necessità di superare le problematiche solitamente e squisitamente proprie di tali tipologie di controversie, quali l'individuazione dell'ordinamento statale applicabile e del giudice competente, in tal modo si contribuirebbe ad una soluzione rapida ed efficace delle ragioni del contendere, che altrettanto indubbiamente è elemento necessario al corretto funzionamento del mercato interno, tenuto altresì conto che la materia degli scambi commerciali non è estranea alla composizione amichevole delle controversie. Allo stesso tempo il legislatore comunitario non oppone alcun divieto all'introduzione di norme nazionali che introducano la mediazione quale strumento tendenzialmente generale di risoluzione delle controversie, mediante l'esercizio di un'opzione estensiva dell'istituto che ne comporti l'applicazione anche a controversie che esulino dal campo dei rapporti transfrontalieri e che ricadono esclusivamente nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri. Secondo le attribuzioni proprie dell'ordinamento nazionalmente attualmente vigente, l'eventuale adesione di carattere puramente discrezionale, a quest'ipotesi ampliativa, non può che essere ricollegata in capo alla fonte primaria, secondo quanto stabilito dagli artt. 111 e 117, lett. l) ed m) Cost. E', quindi, opportuno verificare se le scelte effettuate dal legislatore delegato, con particolare riferimento ai primi 3 commi dell'art. 5 D.Lgs 27/2010 possano trovare legittima giustificazione nella lettera dell'art. 60 L. 69/2009. Il Collegio tuttavia chiarisce che esso non rinviene nella legge delega alcun elemento che consenta di ritenere che

costituzionale, è importante evidenziare sin da subito che, sostanzialmente, la Consulta conferma l'incostituzionalità del tentativo obbligatorio di mediazione per il solo profilo dell'eccesso di delega, rimanendo, invece, ogni altro profilo assorbito con la conseguenza che il vizio formale della mancata previsione della cd. obbligatorietà nella legge delegante è, pertanto, confermato e la palla passa di nuovo al legislatore.

Per le ragioni appena esposte, la disciplina rimane in vigore, unitamente agli effetti ed agli sgravi fiscali, per le mediazioni volontarie, per quelle delegate e per quelle esperite in quanto previste da un'apposita clausola contrattuale.

la regolazione della materia andasse effettuata secondo le indicazioni normative di cui ai primi 3 commi del predetto art. 5 e ciò in quanto l'art. 60 della legge 60/09 non costituisce né un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega, né un'attività di recepimento o di coordinamento normativo fisiologico, sia che si tratti di un semplice recepimento di una direttiva comunitaria, sia che si tratti della riforma del processo civile. Ai fini di una positiva valutazione della costituzionalità della previsione, tenuto conto il silenzio del legislatore delegante in proposito, sarebbe necessario quantomeno che l'art. 60 lasciasse trasparire elementi in tal senso univoci e concludenti, ma così non è. Inoltre, con particolare riferimento al comma 2, "nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria", nonché alla lettera c) del comma 3 "disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria", possa essere inteso quale delega al Governo a compiere ogni e qualsivoglia scelta occasionata dalla normativa e che, comunque, il Governo non è nemmeno stato chiamato espressamente a recepire. Inoltre l'accesso alla giustizia potrebbe non essere ritenuto di per sé escluso, nonostante l'obbligatorietà della mediazione quale azione di procedibilità della domanda giudiziale in ragione del fatto che l'art. 24 Cost. "non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale. Tuttavia il Tar Lazio specifica altresì che la possibilità, per definizione, porta con sé un significato differente dal concetto di obbligatorietà e l'accentuazione di questa differenza non può essere superflua, soprattutto con riferimento all'operatività del professionista che, dal punto di vista deontologico, può determinare conseguenze pregiudizievoli in base all'ordinamento civile, segnatamente al risarcimento del danno, amministrativo, per le sanzioni disciplinari, e pubblicistico che richiedono l'esatta individuazione del precetto presidiato dalle sanzioni. Anche la giurisprudenza comunitaria in tema telecomunicazioni, invocata al fine di giustificare l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, invocata dalle parti resistenti non coglie nel segno in quanto, a questo proposito, a nulla vale la considerazione per la quale il legislatore nazionale introduce l'obbligatorietà sottoponendo l'esercizio di diritti fondamentali a restrizioni compatibili con l'interesse generale, a condizione che essi siano perseguiti in modo non sproporzionato o inaccettabile. Del resto non è vero che l'unico limite posto al decreto delegato è quello della possibilità di accesso alla giustizia in quanto nell'art. 60 sono ricompresi elementi di carattere positivo univoci e concludenti tra cui il rapporto tra mediazione e processo che è molto diverso da quello poi assunto dall'art. 5, comma 1. Quanto poi all'affermazione secondo la quale ai fini dell'introduzione del meccanismo obbligatorio sono state scelte materie che fanno riferimento a rapporti particolarmente conflittuali, come quelli legati al risarcimento del danno, e caratterizzate da maggior complessità e durata, essa non pare deporre a favore della tesi sostenuta dai ricorrenti. Infine, anche tenendo conto delle materie bancaria e creditizia per i quali è già previsto un procedimento conciliativo, il problematico contesto delineato ex ante non muta in ragione del fatto che i predetti elementi si profilano di assoluta neutralità in relazione alle questioni dibattute dal Tar Lazio.

Partendo dall'ordinanza TAR Lazio del 12 aprile 2011, con la quale il medesimo tribunale ha sollevato in riferimento agli artt. 24 e 77 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e dell'articolo 16, comma 1 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, lo stesso premette che l'ordinanza è stata emessa nell'ambito del procedimento relativo ai due ricorsi, successivamente riuniti, presentati, il primo, dall'OUA, Organismo unitario dell'avvocatura italiana, dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, dall'Unione regionale dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati della Campania, dal Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Lagonegro; dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Larino; dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Campobasso; dall'AIAF, Associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e i minori. Nell'ambito del giudizio a quo, *ad adiuvandum*, sono intervenuti l'Associazione degli avvocati romani, l'Associazione Agire e informare, i Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e di Salerno, mentre, *ad opponendum*, sono intervenuti l'associazione Avvocati per la mediazione; ADR Center S.p.a; L'Associazione italiana dei dottori commercialisti ed esperti contabili e l'Unione nazionale giovani dottori commercialisti.

Il secondo ricorso è, invece, stato proposto dall'Unione Nazionale delle Camere Civili (UNCC) che, con il medesimo, ha proposto domanda di annullamento del decreto del ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico, n. 180 del 2010, e *“la dichiarazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 D.Lgs n. 28 del 2010, in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost”*.

6.1.1 I motivi di ricorso sostenuti dai ricorrenti. L'assenza di criteri per l'individuazione e la selezione degli organismi di mediazione, l'assenza di professionalità del mediatore, la controversa natura dell'introdotta obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di mediazione

Il rimettente (TAR o giudice *a quo*), con riguardo al primo ricorso, riferisce alla Corte Costituzionale che i ricorrenti lamentano l'assenza nel D.m. n. 180/2010 di criteri volti ad individuare e selezionare gli organismi di mediazione in ragione dell'attività squisitamente giuridica che gli stessi sarebbero chiamati a svolgere,

caratteristica che, oltretutto, sarebbe richiesta sia dalla normativa comunitaria, sia dalla legge delega 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

A tale proposito i ricorrenti rilevano che l'art. 4 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE, descrive determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, prevedendo e promuovendo una gestione della mediazione che, in relazione alle parti, sia efficace, imparziale e competente; mentre l'art. 60, lettera b) della medesima legge delega, annovera, tra i principi ed i criteri direttivi, la previsione che la mediazione sia svolta da organismi professionali ed indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione.

Proprio al fine di sostenere la censura dagli stessi proposta, i ricorrenti osservano che l'art. 4 del regolamento, nel disciplinare l'iscrizione degli organismi di mediazione -che ne abbiano espresso la volontà e che possono essere costituiti sia da enti pubblici che da enti privati-, si limita a prevedere, al comma 2, alcuni parametri di natura amministrativo-economico-finanziaria, tra cui la capacità finanziaria ed organizzativa, il possesso di polizza assicurativa, la trasparenza amministrativa e contabile, quindi a prescrivere al comma 3 una verifica di tipo "aggiuntivo" sui requisiti di qualificazione dei mediatori che viene demandata al responsabile del procedimento, senza alcun riferimento alle competenze giuridiche che sarebbero oggettivamente richieste all'attività di mediazione.

Ebbene, secondo i ricorrenti gli elementi descritti ed introdotti dal legislatore delegato interno al fine di descrivere le caratteristiche della mediazione - ossia che il criterio selettivo scelto dal legislatore delegato interno, laddove dispone all'art. 4, comma 3, lett. a) e b) del Regolamento impugnato, che il mediatore dev'essere in possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale, oppure dev'essere iscritto ad un ordine o ad un collegio professionale e, secondo quanto previsto alla lett. b, che lo stesso deve avere una specifica formazione ed uno specifico aggiornamento almeno biennale acquisiti presso uno degli enti di formazione di cui all'art. 18 del D.M. già citato *ex ante*- non sarebbero in alcun modo in grado di garantire a coloro che si rivolgono ad un mediatore l'apporto professionale di una figura che dovrebbe portare nel proprio bagaglio

culturale un'idonea capacità professionale; al contrario, la normativa così come prescritta avrebbe la limitata funzione di delineare un'area generica attinente al solo ambito della formazione culturale che, lo si è visto, sarebbe privo di una specifica qualificazione e perizia nell'ambito giuridico e professionale; caratteristiche queste che, invece, sarebbero necessarie in ragione della tipologia di prestazione che il mediatore si trova a dover rendere.

In effetti, non si può non condividere quanto affermato dai ricorrenti laddove evidenziano dapprima come questa riflessione sia ancor più pregnante in relazione alle materie rispetto alle quali l'art. 5 D.Lgs 28/2010 prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale e quindi fanno notare che il procedimento di mediazione dovrebbe essere gestito con l'ausilio di professionisti che svolgono la professione legale in quanto si tratta di un istituto che prevede alcune peculiarità che vale la pena ricordare qui di seguito.

Innanzitutto il procedimento di mediazione che non si sia concluso positivamente incide sulle spese del giudizio civile ordinario successivamente instaurato, così come previsto dagli artt. 13 D.Lgs n. 28/2010 ed ai sensi dell'art. 60, lettera p) della L. 69/2009¹²⁶; inoltre il verbale dell'accordo conclusivo del procedimento di mediazione, non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e sottoposto ad omologazione, ha efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per iscrizione di ipoteca giudiziale, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs citato. Infine l'avvocato che abbia assunto l'incarico professionale è tenuto, al momento dell'assunzione medesima, di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi della mediazione, così come previsto ai sensi dell'art. 4, comma 3 D.Lgs 28/2010 e art. 60, lett. p) della L. 69/2009, nonostante lo svolgimento dell'attività di mediazione sia, poi, demandata ad altre categorie professionali non meglio definite.

Il TAR inoltre riferisce che i ricorrenti ritengono che la mancata previsione di idonei criteri di valutazione della competenza degli organismi di mediazione avrebbe la conseguenza di porre in palese contrasto, non tanto con l'art. 16 del D.Lgs n.

¹²⁶ Ricordando il contenuto dell'art. 13, esso prevede che, quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa alla quale la parte vincitrice del processo non abbia aderito, il giudice è obbligato ad escludere la ripetizione delle spese sostenute ed a condannarla al rimborso delle spese sopportate dal soccombente

28/2010, ma piuttosto con i principi generali e l'insieme delle disposizioni dell'intero impianto legislativo considerato.

Tornando agli artt. 5 e 16 D.Lgs 28/2010 il Tar spiega che essi, secondo i ricorrenti, sarebbero affetti da illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 77 e 24 Cost. in quanto, l'art. 5, prevedendo che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rilevabile anche d'ufficio, precluderebbe l'accesso diretto alla giustizia, disattendendo le previsioni del principio e criterio direttivo di cui all'art. 60, comma 3, lett. a) della legge-delega che lo tutela; mentre l'art. 16 del D.Lgs n. 28/2010, ponendo quali criteri di selezione degli organismi abilitati alla mediazione la "serietà ed efficienza", liberalizzerebbe il settore contravvenendo così agli artt. 4 Dir. 2008/52/CE ed all'art. 60, comma 3, lett. b) della legge delega che fanno riferimento ai già citati criteri della competenza e professionalità.

Il TAR osserva correttamente che il fulcro della questione di legittimità costituzionale che qualifica altresì l'interesse sostanziale dedotto in giudizio, è l'omissione, da parte dell'art. 4 del regolamento dei criteri volti a delineare i requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-professionale del mediatore e ricorda altresì che il rimettente sostiene che l'illegittimità di tale omissione andrebbe apprezzata alla luce delle previsioni di cui all'art. 4 della direttiva 2008/52/CE e dell'art. 60 della legge delega n. 69/2009.

In particolare, l'art. 16 del D.Lgs 28/2010 avrebbe trascurato la valenza dei requisiti di professionalità e di competenza, sostituendoli con quelli di serietà ed efficienza che, sebbene fatti propri dal regolamento, non soddisferebbero le esigenze del legislatore nazionale delegante e di quello comunitario. In particolare i requisiti di professionalità e competenza sarebbero imprescindibili soprattutto se si considera che l'art. 5 del decreto legislativo citato rende l'esperimento della mediazione condizione di procedibilità.

Il TAR, inoltre, ritiene necessario correlare l'interpretazione dell'art. 16 del D.Lgs 28/2010 all'art. 5 del medesimo decreto, il cui combinato disposto costituisce il vero perno della regolazione delegata.

Riassumendo, il TAR ritiene che le prime tre disposizioni dell'art. 5 D.Lgs 28/2010 si porrebbero in contrasto con l'art. 77 Cost. in quanto non possono essere

ascrritte all'art. 60 della legge delega: ciò in conseguenza del fatto che non è possibile rilevare alcun elemento che consenta di ritenere che la regolazione della materia fosse da effettuarsi ai sensi delle dette previsioni e questo perché: *“a) alcuno dei criteri e dei principi direttivi previsti e nessun'altra disposizione del predetto articolo assumerebbe espressamente l'intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale; b) alcuno dei criteri o principi configurerebbe l'istituto della mediazione quale fase pre-processuale obbligatoria: detto tema non potrebbe ritenersi rientrare nell'ambito di libertà, ovvero nell'area di discrezionalità connessa alla legislazione delegata, in quanto non costituirebbe né un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega, né una fisiologica attività di riempimento o di coordinamento normativo, e ciò sia che si tratti di recepire la direttiva comunitaria n. 2008/52/CE, sia che si tratti della riforma del diritto civile”*¹²⁷.

Il TAR sostiene che, anche laddove l'art. 60 della legge delega avesse avuto un intento integralmente recettivo della direttiva n. 2008/52/CE, *“il silenzio del legislatore delegante su tali ultime opzioni non potrebbe avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega, ai sensi dell'art. 24 e 77 Cost. “il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa, appaiono le più estreme, ovvero la prescrizione del diritto per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso alla mediazione e la predisposizione della massima sanzione per il suo eventuale inadempimento, qual è l'improcedibilità rilevabile anche di ufficio, come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato”*.

Posto che i principi ed i criteri direttivi sino ad ora considerati non appaiono sufficienti al fine di verificare la rispondenza del contenuto dell'art. 5 D.Lgs 28/2010 alla legge delega, il rimettente osserva come ben due principi e criteri direttivi

¹²⁷ Il TAR prosegue soffermandosi sul rapporto tra la direttiva 2008/52/CE e la norma di delega, ponendo in rilievo le seguenti disposizioni: la scelta compiuta dall'art. 60 della legge citata di estendere le normative comunitarie sulla mediazione anche ai procedimenti ricadenti nell'ordinanza nazionale di cui all'ottavo considerando, non limitandola alle sole controversie transfrontaliere; la disposizione di cui all'art. 3, lett. a) della stessa direttiva secondo la quale gli stati membri sono chiamati a valutare se il procedimento di mediazione debba essere *“avviato dalle parti, suggerito, od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno stato membro”*; l'art. 5, par. 2 secondo il quale la 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”*, tenendo conto del limite costituito dalla necessità che *“non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”* (art. 5, c. 2 della direttiva).

depongano, invece, a favore della previsione della facoltatività della procedura. La lett. c), c. 3, art. 60 della legge delega, che prevede che la mediazione sia disciplinata anche attraverso l'estensione delle disposizioni contenute nel D.Lgs 17 gennaio 2003, n. 5 – *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*. Proprio questo richiamo al D.Lgs n. 5/2003, secondo il giudice *a quo*, varrebbe ad escludere che la scelta del carattere obbligatorio della mediazione possa essere ascritta alla legge delega; del resto l'art. 40, c. 6 del D.Lgs n. 5/2003, poi abrogato dall'art. 23 D.Lgs 28/2010, stabilisce che il giudice su istanza di parte dovesse disporre la sospensione del procedimento fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo, ovvero a quello indicato dal contratto o dallo statuto, solo se il contratto ovvero lo statuto della società prevedevano una clausola di conciliazione e il tentativo non fosse stato esperito. Ne consegue che il modello legale valorizzato dall'art. 60 della legge delega, mediante il richiamo al D.Lgs n. 5/2003, sarebbe quello delineato da norme di fonte volontaria privata, contratto o statuto sociale, nel senso che sarebbe demandata alla volontà del singolo, quindi non dalla forza cogente della legge, far constatare nel giudizio già avviato, ed entro limiti stabiliti, la sussistenza di una clausola conciliativa ed il mancato esperimento della conciliazione.

Inoltre, tornando nuovamente alla lettera n) del già citato art. 60 della legge delega, essa prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità e, si noti bene, non dell'obbligo di avvalersi della conciliazione. Ovviamente i due concetti non coincidono.

Del resto l'art. 4 del D.Lgs citato differenzia al c. 3 l'ipotesi in cui l'avvocato omette di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione, da quella in cui l'omissione informativa concerne i casi in cui l'espletamento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Questo anche se, poi, le sanzioni non sono differenziate, ma entrambe ricondotte ad un'unica categoria della violazione degli obblighi di informazione ed all'annullabilità del contratto tra l'avvocato e l'assistito.

Infine, secondo il TAR la violazione dell'art. 24 Cost. consisterebbe in un'incisiva

influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale, su cui lo svolgimento della mediazione influisce; questo in quanto esse non garantiscono, attraverso un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla mancanza di coincidenza degli elementi loro offerti ai fini della loro valutazione per accettare o rifiutare l'accordo conciliativo.

Sussisterebbe inoltre il contrasto con l'art. 77 Cost., atteso il silenzio del legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dall'art. 60 della L. n. 69/2009 che sono in contrasto con le medesime disposizioni¹²⁸.

Analizzando, poi, la costituzione in giudizio di OUA e altri si dirà soltanto come la sentenza della consulta evidenzia che gli esponenti, nel ribadire le argomentazioni del TAR rilevano, in riferimento alla violazione dell'art. 77 Cost., che l'art. 60 della legge delega al c. 3, lett. a), non introdurrebbe un aspetto neutrale prevedendo che la mediazione finalizzata alla conciliazione abbia ad oggetto controversie su diritti disponibili senza precludere l'accesso alla giustizia, avendo piuttosto richiesto che il procedimento di mediazione non fosse costruito quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Preso atto, poi, che il quattordicesimo considerando ha stabilito che l'istituzione della mediazione non è da configurarsi in modo tale da impedire l'accesso al sistema giudiziario, la previsione di cui all'art. 5 D.Lgs 28/2010 non troverebbe aderenza né nel contesto normativo comunitario, né in quello nazionale. Inoltre, relativamente al contrasto con l'art. 24 Cost. le parti hanno osservato che, già con la sentenza n. 46 del 1957¹²⁹ la Corte Costituzionale ha inteso la norma non solo nel senso di concedere la possibilità ai cittadini di far valere le proprie ragioni in un giudizio, ma ancor più di garantire la difesa tecnica; va da sé che tale difesa tecnica non sarebbe garantita in tal caso, così che l'accesso alla

¹²⁸ I principi ed i criteri direttivi delle lett. c) ed n) del c. 3 art. 60 della legge citata, ad avviso del rimettente porterebbero ad escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione, possa rientrare nella discrezionalità affidata alla legislazione delegata, per alcune materie, quale mero sviluppo fisiologico dell'attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua *ratio* e della sua finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile.

¹²⁹ Con la predetta sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato "*non fondata la questione sollevata dal Pretore di Pontedecimo con ordinanza 6 luglio 1956 e relativa alla legittimità costituzionale della norma contenuta nel primo comma dell'art. 510 Cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 24 e 27 della Costituzione*".

giustizia resterebbe subordinato e posticipato per l'effetto dell'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione, gestito da soggetti non adeguatamente formati e privi della necessaria competenza tecnico-giuridica, quando, invece, il procedimento di mediazione dovrebbe essere costruito sul presupposto della piena conoscenza, competenza e perizia nelle discipline giuridiche.

Inoltre, la mancata partecipazione al procedimento che varrebbe come argomento di prova nel successivo ed eventuale giudizio, richiederebbe che la parte fosse assistita da un soggetto competente ed esperto delle conseguenze processuali delle loro scelte, quindi da un avvocato.

6.1.2 La posizione degli intervenuti *ad opponendum* nel giudizio

Guardando ora, anche se brevemente, agli intervenuti *ad opponendum* nel giudizio *a quo*, è importante evidenziare come uno degli organismi da sempre più attivi a livello nazionale su tutto il territorio italiano, ADR Center S.p.a., ha chiesto di dichiarare manifestamente infondata e inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza 12 aprile 2011 TAR Lazio; si sono uniti alla medesima richiesta anche il Ministero della giustizia ed il Ministero dello sviluppo economico, che hanno depositato idonea costituzione in giudizio chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate infondate, specificando che la mediazione obbligatoria è prevista ed ammessa dalla direttiva comunitaria, alla quale il D.Lgs n. 28/2010 dà attuazione in forza della legge delega di cui all'art. 60 della L. n. 69/2009, la quale richiama espressamente tale normativa comunitaria.

In ragione di ciò i ministri ritengono che sia da escludere che il legislatore sia incorso nel denunciato vizio di eccesso di delega. Al fine di argomentare la propria posizione, gli intervenienti hanno evocato la sentenza n. 276/2000¹³⁰ in materia di

¹³⁰ “La Corte Costituzionale, riuniti i giudizi, a) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 410, 410-bis e 412-bis del codice di procedura civile, come modificati, aggiunti o sostituiti dagli artt. 36, 37 e 39 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), e dall'art.19 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80), sollevata, in riferimento agli artt. 24 e 76 della Costituzione, dal Tribunale di Parma e, in riferimento all'art. 76 della Costituzione, dal Pretore di Lecce, con le ordinanze indicate in epigrafe; b) dichiara non fondata la questione di costituzionalità dell'articolo 412-bis, ultimo comma, del codice di procedura civile, introdotto dall'articolo 39 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, sollevata, in

tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, in occasione della quale la Corte Costituzionale affermava l'insussistenza del vizio di eccesso di delega, nonostante la L. 15 marzo 1997, n. 59 non prevedesse l'obbligatorietà della conciliazione.

Quanto, poi, alla violazione dell'art. 24 Cost. la difesa dello Stato precisa che la mediazione ed il processo ordinario di cognizione si muoverebbero su due piani completamente differenti che non interferiscono tra loro, con la conseguenza che sarebbe errato confondere il piano del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., con il piano della mediazione che non è una rinuncia alla giurisdizione, ma semplicemente un modo mediante il quale le parti tentano di trovare un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi.

6.2 Le considerazioni in diritto della Consulta

Passando alle considerazioni in diritto, la Corte Costituzionale evidenzia come oggetto dei ricorsi è la domanda di annullamento del decreto adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico del 18 ottobre 2010, in riferimento agli artt. 24, 76 e 77 Cost. Il predetto d.m. sarebbe, oltre che lesivo degli interessi della categoria forense, anche illegittimo perché in contrasto con il suddetto decreto legislativo, oltre che con la relativa legge delega ed affetto da eccesso di potere sotto vari profili.

Il rimettente, inoltre, ritiene che le prime tre disposizioni dell'art. 5 del D.Lgs n. 28/2010 si porrebbero in contrasto con l'art. 77 Cost. perché non potrebbero essere ascritte all'art. 60 della L. 18 giugno 2009, n. 69, non essendo rilevabile alcun elemento da cui desumere che la regolazione della materia contenuta nella normativa censurata sia conforme ai precetti della legge delega; questo in quanto, richiamando nuovamente i punti già descritti in fatto: 1) nessuno dei criteri e principi direttivi previsti rivelerebbe in modo espresso la finalità di perseguire un intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale; 2) nessuno dei criteri o principi configurerebbe l'istituto della mediazione come fase pre-processuale obbligatoria; 3) avuto riguardo al

riliferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione dal Pretore di Brescia e dal Tribunale di Campobasso, con le ordinanze indicate in epigrafe; c) dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 410, 410-bis e 412-bis del codice di procedura civile, come sopra modificati, aggiunti o sostituiti, sollevate, in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, dal Tribunale di Parma, con l'ordinanza indicata in epigrafe”.

silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, sarebbe stato almeno necessario che il già citato art. 60 lasciasse trasparire sul punto elementi univoci e concludenti, tuttavia questo non sarebbe avvenuto; 4) si dovrebbe escludere che la norma ora menzionata, richiamando la normativa comunitaria, possa essere intesa come delega al Governo a compiere qualsiasi scelta occasionata dalla direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE; 5) inoltre tale direttiva lascerebbe impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio o soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo il procedimento giudiziario; 6) nessun elemento decisivo potrebbe trarsi dal principio previsto dall'art. 60, c. 3, lett. a), della legge delega, nella parte in cui dispone che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia perché il legislatore, utilizzando tale espressione, avrebbe inteso soltanto rispettare un principio assoluto dell'ordinamento nazionale (art. 24) e di quello comunitario.

Quindi, i principi ed i criteri direttivi fissati dalla legge delega sarebbero neutrali al fine di verificare la rispondenza a tale legge dell'art. 5 D.Lgs n. 28/2010; mentre i due criteri direttivi previsti dal legislatore delegante porrebbero a favore della previsione del carattere facoltativo che si sarebbe inteso attribuire alla procedura di mediazione. Il primo sarebbe desumibile dall'art. 60, c. 3, lett. c) della legge delega; il secondo dall'art. 60, c. 3, lett. n) della legge delega.

Occupandoci, ora, dei giudizi delle 8 ordinanze, la Corte afferma che gli stessi sono da riunire in quanto pongono questioni identiche o tra loro strettamente connesse, in relazione alla normativa censurata; la stessa Corte afferma che devono essere esaminate, prioritariamente e per ragioni di ordine logico, le questioni di legittimità costituzionale sollevate e facenti riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. rispetto all'art. 5 D.Lgs n. 28/2010, con particolare riguardo al carattere obbligatorio, attribuito dalla medesima norma, al preliminare espletamento della mediazione.

6.2.1 Le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. rispetto all'art. 5 D.Lgs n. 28/2010

A questo proposito la Corte Costituzionale evidenzia come il TAR abbia menzionato esplicitamente tra i parametri costituzionali i soli artt. 24 e 77,

nonostante sia evidente, nella predetta ordinanza, il richiamo anche alla violazione dell'art. 76 Cost. che, come noto, attiene all'eccesso di delega.

Giova, quindi, richiamare, ancora una volta, il contenuto dell'art. 5 del predetto decreto legislativo, *“condizioni di procedibilità e rapporti con il processo”* che, al comma 1, così recita: *“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 ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del 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'articolo 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 articoli 37 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni”*.

La Corte ricorda che quasi tutte le ordinanze di rimessione al TAR censurano la suddetta obbligatorietà per eccesso di delega e sono, quindi, fondate, precisando altresì che, come la stessa ha in più occasioni affermato, *“il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega, l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi”*.

La Consulta, nel suo ragionamento giuridico, conferma chiaramente che il contenuto della delega dev'essere letto alla luce del contesto normativo complessivo nel quale si innestano la medesima legge delega, i principi, i criteri direttivi e le finalità che hanno ispirato la stessa. La delega legislativa, pur essendo più o meno ampia, non esclude la discrezionalità del legislatore delegato; quindi, al fine di verificare se il legislatore sia andato oltre i margini di discrezionalità a sua disposizione, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare la coerenza tra quest'ultima e la norma delegata.

Per fare ciò la Corte ritiene di dover, innanzitutto, interpretare i principi ed i criteri direttivi della legge di delegazione alla luce sia delle finalità che hanno ispirato la legge delega, sia delle scelte del legislatore delegato che, nel silenzio del delegante, non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima legge delega.

La Consulta ritiene sul punto che, se si guarda all'art. 60 della legge delega n. 69/2009, comma 2 e 3, lett. c), nonché al preambolo dell'art. 28/2010, risulta subito evidente come entrambe facciano riferimento al rispetto della coerenza con la normativa dell'Unione Europea; in ragione di ciò, la Corte ritiene altresì necessario analizzare gli elementi che possono essere dedotti da tale normativa, il primo dei quali è indubbiamente costituito dalla Dir. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, la quale rispecchia la necessità di garantire un migliore accesso alla giustizia, invitando gli Stati membri ad istituire delle procedure extragiudiziali ed alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali¹³¹.

Ancora, l'art. 5, c. 2 dispone che *“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*

¹³¹ Richiamando nuovamente il sesto considerando della direttiva, esso muove dal presupposto che la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Inoltre gli accordi raggiunti con la mediazione hanno maggior probabilità di essere rispettati volontariamente dalle parti e, quindi, preservano più facilmente una relazione amichevole tra le parti. Ancora il quattordicesimo considerando afferma che la stessa direttiva dovrebbe fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio, ovvero soggetto ad incentivi o sanzioni, alla condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Parimenti, la stessa direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva. Il principio appena illustrato è altresì ripreso all'art. 3, lett. a) della stessa direttiva allorché stabilisce, in ordine alle modalità che tale procedimento *“può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”*.

giudiziario, purchè la legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

La Consulta ritiene altresì di dover considerare due ulteriori Risoluzioni del Parlamento europeo: quella del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare che, anche se priva di efficacia vincolante, considera che una soluzione alternativa delle controversie che consente alle parti di evitare le tradizionali procedure arbitrali, può costituire un’alternativa rapida ed economica ai contenziosi; inoltre essa afferma che al fine di non pregiudicare l’accesso alla giustizia, va evitata ogni imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello di UE, ma ammette la possibilità di valutare un meccanismo obbligatorio per la presentazione dei reclami alle parti al fine di esaminare la possibilità di ADR che, comunque, deve avere un carattere facoltativo e fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l’intero arco del processo in modo tale che esse abbiano sempre la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia innanzi ad un tribunale ordinario e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all’azione in giudizio.

Infine, la seconda risoluzione, ossia la 2011/2026- INI del 13 settembre 2011, relativa all’attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri e dell’impatto che la stessa ha avuto nei confronti degli stati membri e sull’adozione della stessa da parte dei tribunali; essa afferma al paragrafo 10 che *“nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l’obiettivo di diminuire la congestione dei 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.”*

A questo punto è indispensabile il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 18 marzo 2010, Sez. IV, pronunciata nelle cause riunite C-317/08, C- 319/08 e C-320/08.

In quest’occasione la Corte ha affermato i seguenti principi: a) l’art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e 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 comunicazione elettronica tra utenti finali e fornitori di tali servizi, relativi a diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali; b) neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per queste stesse controversie 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 questi non siano 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 imponga.

Appunto, nella motivazione della pronuncia si legge, al punto 65, come non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall'altro non sussiste una sproporzione manifesta tra gli obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale.

E' evidente che non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione, nonostante il *favor* per il predetto istituto poiché, come già detto molte volte, ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, c. 2 della dir. Cit).

Quindi la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purchè sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle

controversie. Ne consegue che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella predetta disciplina; inoltre si deve escludere che il contenuto della legge delega, richiamando la direttiva comunitaria, possa essere interpretato come scelta al favore del modello di mediazione obbligatoria.

Procedendo nell'analisi, la Corte Costituzionale si concentra sull'interpretazione della legge delega (art. 60 L. 69/2009) al fine di verificare il rispetto dei principi posti dalla stessa in sede di emanazione del D.Lgs n. 28/2010. La predetta legge delega, tra i principi ed i criteri direttivi di cui all'art. 60, c. 3, non esplicita in alcun modo l'obbligatorietà della mediazione finalizzata alla conciliazione; allo stesso modo non è possibile ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall'art. 60, c. 3, lett. a) in quanto questa disposizione, prevedendo che la mediazione abbia ad oggetto controversie vertenti su diritti disponibili, aggiunge la frase *“senza precludere l'accesso alla giustizia”* che, di per sé, è soltanto un'affermazione di carattere generale.

Inoltre il fatto che l'art. 60, c. 3, lett. c) dispone che la mediazione sia disciplinata *“anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al D.Lgs 5/2003”* (disposizioni in materia di definizione di procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia), gli artt. 38-40 di tale decreto, poi abrogati dall'art. 23, c. 1 D.Lgs n. 28/2010, prevedevano un procedimento di conciliazione stragiudiziale nel quale il ricorso alla mediazione trovava la propria ragion d'essere in un accordo tra le parti, contratto o statuto, quindi una fonte volontaria che, proprio perché tale, mal si concilia con la previsione obbligatoria del D.Lgs 28/2010.

Di seguito la Corte richiama nuovamente il disposto dell'art. 60, c. 3, lett. n) della legge delega il quale prevedeva che il Governo avrebbe dovuto attenersi a diversi principi, tra i quali quello di *“prevedere 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”*; va da sé che la possibilità, essendo una facoltà concessa al singolo soggetto, è cosa ben diversa dall'obbligo di cui all'art. 4, c. 3 del decreto delegato secondo il quale *“all'atto del conferimento l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della*

possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20”, proseguendo poi dichiarando che *“l’avvocato informa altresì l’assistito dei casi in cui l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”*. E’ palese che si tratta di due disposizioni distinte, delle quali la prima si riferisce alla mediazione facoltativa e, quindi, trova spazio nella norma di delega; la seconda alla mediazione obbligatoria, pertanto condizione di procedibilità della domanda che resta privo di ancoraggio alla suddetta norma.

Questa conclusione va mantenuta anche laddove si chiamino in causa quelle procedure obbligatorie di conciliazione che, essendo procedimenti specifici per singoli fattori, non possono essere utilizzate quali giustificativi per l’introduzione dell’obbligatorietà della mediazione.

Infine la Consulta conclude che, nonostante la finalità ispiratrice della mediazione consiste, come noto, nell’esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche allo scopo di ridurre il contenzioso giudiziario, tuttavia il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua *ratio*, come si desume dalla previsione di altri moduli facoltativi o disposti su invito del giudice, che sono ritenuti altrettanto idonei al fine di migliorare l’accesso alla giustizia mediante un effetto deflattivo.

6.3 Le conclusioni della Consulta

Le motivazioni della Corte Costituzionale confermano l’incostituzionalità del tentativo obbligatorio di mediazione per il solo profilo dell’eccesso di delega, rimanendo, invece, ogni altro profilo assorbito. Il vizio formale della mancata previsione della cd. obbligatorietà nella legge delegante è, pertanto, confermato con la conseguenza che la palla passa di nuovo al legislatore.

Ne consegue che la disciplina rimane in vigore, unitamente agli effetti ed agli sgravi fiscali delle mediazioni volontarie, di quelle delegate e di quelle esperite in quanto previste da un’apposita clausola contrattuale. La Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5, c. 1 D.Lgs n. 28/2010; l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, c. 3 D.Lgs n. 28/2010 limitatamente al secondo periodo: *“l’avvocato informa altresì l’assistito dei casi in cui l’esperimento*

del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale” e al sesto periodo limitatamente alla frase “Se non provvede ai sensi dell’articolo 5, comma 1”.

Infine pare opportuno riportare qui di seguito e per intero la parte finale della decisione della Consulta del 24 ottobre, depositata presso la cancelleria della medesima il 6 dicembre 2012.

“La Corte Costituzionale riuniti i giudizi;

1) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali);

2) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l’illegittimità costituzionale: a) dell’art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L’avvocato informa altresì l’assistito dei casi in cui l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell’articolo 5, comma 1»; b) dell’art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e», c) dell’art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell’art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell’art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell’articolo cinque,»; f) dell’art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell’art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell’art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell’art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all’art. 13»; l) dell’intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l’applicabilità degli articoli 92 e 96 del

codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 e dell'art. 16 del decreto ministeriale adottato dal Ministro della giustizia, di concerto col Ministro dello sviluppo economico, in data 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2011, n. 145 (Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28), «da soli ed anche in combinato disposto», sollevata dal Giudice di pace di Recco, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 Cost., con l'ordinanza indicata in epigrafe.

7. La normativa di cui al D.Lgs 28/2011 in dettaglio ed il passaggio dalla conciliazione alla mediazione¹³²

L'analisi che ci occupa impone, innanzitutto, di ricordare ancora una volta la definizione dell'acronimo ADR, *Alternative*, o meglio, *Appropriate Dispute Resolution*, ossia l'insieme di tutte le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, condotte da un soggetto terzo e neutrale, escluso l'arbitro propriamente detto¹³³.

Sebbene la genesi storica della mediazione si collochi nell'*aequitas*, ovvero nell'idea che i contrapposti interessi oggetto di lite si possano risolvere soltanto grazie ad una *medietas* tra le differenti pretese che, come tali, non sono solo giuridiche ma anche sociali e psicologiche, è possibile affermare che i sistemi

¹³² Occorre doverosamente premettere che quanto si leggerà in questo paragrafo è stato scritto prima della pronuncia della Corte Costituzionale dello scorso dicembre.

¹³³ La definizione qui ricordata è menzionata nel Libro Verde 2002 relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale il quale descrive sinteticamente gli stessi come “*le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto*”. Anche nella Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, si rinviene la definizione di mediazione all'art. 3 il quale afferma che “*ai fini della Direttiva ... per mediazione si intende 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*”. Per ulteriori approfondimenti, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, A. CAPUTO, Zanichelli, Bologna 2009, p. 1184 ss.

moderni di ADR nacquero negli Stati Uniti d'America negli anni settanta dello scorso secolo, per poi diffondersi in Australia, Regno Unito e quindi in Europa, laddove lo sviluppo è proceduto con maggior lentezza a causa del forte attaccamento alla tradizione giurisdizionale, nonché della poco diffusa prontezza del sistema, limitata ad alcune zone geografiche.

Sempre in un'ottica generale è bene altresì ricordare che il sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie è consistito nel demandare ad un soggetto terzo, giudice togato o arbitro privato, il compito di trovare una soluzione secondo diritto o secondo equità da sottoporre ai litiganti.

La predetta metodologia è stata però messa in crisi per alcuni motivi contingenti, ricollegabili sostanzialmente all'aumento della durata dei procedimenti giudiziari che, inevitabilmente, sottrae tempo ed energie preziose al sistema, nonché all'incremento dei costi per ottenere giustizia che, comunque, non ha risolto il problema di fondo. In tale contesto ha giocato un ruolo fondamentale a favore della diffusione delle ADR la considerazione che i litiganti, laddove adeguatamente assistiti, sono in grado di trovare la composizione del conflitto che li vede, almeno inizialmente, ricoprire posizioni antitetiche, prescindendo dall'affidamento ad un organo giurisdizionale della medesima controversia che rischierebbe di risultare insoddisfacente per entrambe¹³⁴. Del resto lo stato della giustizia nostrana è sotto gli occhi di tutti, operatori del settore giustizia e non, che hanno dovuto prendere atto dell'insufficienza di tutti i tentativi attuati per riparare gli ingranaggi della macchina della giustizia che, comunque, sembra non poter proseguire il proprio percorso se non tra infinite asperità.

Per tale ragione e per molte altre che si analizzeranno in seguito si può ritenere che, nella maggior parte dei casi, le tecniche di ADR consentono di risolvere nel migliore dei modi le liti insorte e di creare un plusvalore; plusvalore che, in caso di soluzione giudiziale verrebbe a mancare quantomeno dal punto di vista dei rapporti

¹³⁴ La possibilità di offrire ai litiganti un metodo efficace per ripristinare i contatti e proseguire il dialogo interrotto in modo tale da mettere gli stessi nella condizione di comprendere appieno le rispettive posizioni e le motivazioni sottese alla lite è indubbiamente vantaggiosa. Infatti, nel caso in cui la mediazione sia condotta con il metodo corretto, le parti ricevono l'aiuto necessario per compiere il successivo passo e trovare un accordo grazie al quale transigere la lite. Del resto non si può dimenticare che autorevole dottrina sostiene la possibilità di comporre la lite ad opera delle parti, mediante transazione, rinuncia alla pretesa o suo riconoscimento (c.d. autocomposizione della lite), ovvero, ad opera di un terzo, diverso dall'ufficio giudiziario (cioè conciliazione o arbitrato). Così F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 2 ed, pag. 55 ss.

economici pregressi che difficilmente sopravviverebbero a causa delle eccessive spese processuali e dei danni che ne conseguirebbero, come ad esempio le mancate opportunità di concludere affari, che sono difficilmente recuperabili^{135 136}.

Le procedure di ADR che si sono sviluppate nel tempo e che hanno avuto maggior successo sono l'*Expert avaluation*, il *mini-trial* e, non da ultimo, la mediazione.

La succinta descrizione che seguirà consente di tracciare un quadro generale dal quale emergono le caratteristiche portanti di ciascun metodo di risoluzione delle controversie.

L'*expert evaluation* è qualificabile come un giudizio di natura tecnica, dato da un soggetto esperto sui fatti alla base della disputa, che consente di raggiungere un risultato ottimale. Di primo acchito si potrebbe ritenere che la figura del tecnico che interviene nella procedura coincida con quella del consulente del giudice; così non è in quanto mentre il compito del consulente consiste nell'analisi della documentazione acquisita durante il processo e messa a sua disposizione ai fini della perizia, il ruolo del tecnico che interviene *nell'expert evaluation* è quello di esprimere una valutazione il più coerente possibile rispetto ai fatti realmente accaduti e non alla documentazione acquisita nel corso che procedimento ordinario.

La seconda procedura, il *Mini-trial*, consente invece ad un soggetto terzo e neutrale di assistere alla sintetica presentazione delle argomentazioni esposte da ciascuna parte ed aventi ad oggetto il fondamento delle proprie posizioni, nonché delle relative prove.

Il terzo, pur essendo incaricato di tentare di comporre la controversia mediante la

¹³⁵ A. CAPUTO, citando un articolo apparso sul quotidiano Il Sole 24 Ore del 14 febbraio 2005 ricorda la battuta di John Elkann a chiusura del confronto con Fiat e General Motors: “*Siamo soddisfatti di aver raggiunto un'intesa senza conflitti e soprattutto per aver mantenuto buoni rapporti con GM*”. Allo stesso modo Luca Cordero di Montezemolo affermò: “*Abbiamo evitato i rischi di una lunga litigation. I nostri rapporti con GM resteranno ottimi*”; A. CAPUTO, Strumenti di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, in *Mediazione, ADR, arbitrato*, Giappichelli 2010, p. 10 ss.

¹³⁶ Interessante sul punto appaiono le riflessioni condotte dal Giudice V. Carbone in occasione del relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009 secondo il quale è utile promuovere la conciliazione dal momento che il presupposto della stessa non è un giudizio di irrimediabile inefficienza della giustizia civile statale, parimenti il proposito non è quello di portare la soluzione delle controversie fuori delle aule giudiziarie; questo perché “*la funzione della conciliazione non può essere colta come rimedio esterno a un'irrimediabile inefficienza della giustizia civile statale. Al contrario, più efficiente è quest'ultima, maggiori sono le possibilità che si dischiudono a un impiego propizio della conciliazione, diretto a riempire quegli spazi che un'amministrazione statale della giustizia, pur efficiente, lascia inevitabilmente aperti. Perciò la promozione della conciliazione deve essere costantemente abbinata agli sforzi per migliorare l'efficienza della giustizia civile statale*” (V. CABONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, pag. 46).

proposizione di un'ipotesi di risoluzione accettabile per tutte le parti coinvolte nel conflitto, laddove non dovesse riuscire nel proprio intento, potrebbe comunque esprimere una valutazione sulle posizioni assunte da ciascuna parte che, nel rispetto dei principi cardine delle ADR, rimarrà assolutamente riservata.

Infine, per quanto riguarda la mediazione, il legislatore italiano, mutuando la definizione dalla normativa comunitaria, ha ricordato che la conciliazione costituisce (sia consentito aggiungere che ciò avviene nella maggior parte dei casi) l'esito della mediazione, mentre il termine *mediation* intende definire più propriamente il *modus operandi*, ossia la tecnica utilizzata dal terzo.

Conclusa questa brevissima panoramica delle più diffuse procedure alternative al processo civile ordinario e incentrando la presente analisi sulla mediazione, occorre innanzitutto indicarne le caratteristiche salienti, ossia la natura privata, la volontarietà e la non vincolatività.

Tuttavia va detto che, a differenza della maggior parte delle negoziazioni, la mediazione è un procedimento condotto da un soggetto terzo neutrale che, quindi, non ha il potere di influenzare in alcun modo le parti durante il percorso di mediazione e, tantomeno, nell'elaborazione della soluzione della controversia, potendo soltanto consigliare le stesse circa le modalità di confronto e di comunicazione che si stabiliscono durante la negoziazione¹³⁷.

8. Le modalità pratiche finalizzate all'avvio della mediazione

Da una lettura sistematica della normativa di settore emerge che, in concreto, per attivare il procedimento di mediazione occorre depositare l'istanza presso l'organismo prescelto.

Una delle maggiori difficoltà che sono emerse durante i primi confronti tra i mediatori già operativi al tempo dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 28/2010 ed i futuri operatori di settore, segnatamente gli avvocati, riguarda proprio il contenuto formale della domanda introduttiva.

¹³⁷ La legge modello dell'UNCITRAL (Commissione delle Nazioni unite per il diritto commerciale internazionale) contiene gli elementi citati e puntualizza ulteriormente che per Conciliazione si intende una procedura, indifferentemente definita con il termine conciliazione, mediazione o altra espressione di simile significato, in cui le parti richiedono ad uno o più soggetti terzi (identificati con il nome di "conciliatore") di prestare loro assistenza nel tentativo di definire una composizione amichevole della controversia sorta tra le parti stesse in virtù di un rapporto contrattuale o giuridico. Tuttavia il conciliatore non ha il potere di imporre alle parti una risoluzione della controversia.

Il timore dell'avvocatura esprimeva una preoccupazione concreta ed ampiamente comprensibile, derivante dal fatto che l'esperimento della mediazione, essendo condizione di procedibilità dell'eventuale e successiva azione giudiziaria, dovesse essere introdotta nel modo più preciso possibile sì da non pregiudicare l'eventuale successiva fase giudiziale che, come ben noto, viene ad intersecarsi con la fase di mediazione.

Nonostante ciò il legislatore delegato ha preferito mantenere un approccio "morbido" e funzionale, sulla scia di quanto previsto a livello comunitario e dell'esperienza sul campo sino a quel momento condotta prevedendo che la domanda introduttiva, non essendo una citazione in giudizio, non deve presentarne il medesimo contenuto di cui agli artt. 125 e 163 c.p.c.

La domanda introduttiva con la quale si attiva la mediazione non deve, quindi, contenere tutte le difese e le eccezioni riscontrabili nella dialettica processuale; piuttosto, affinché sia efficace e possa spiegare i propri effetti, deve contenere soltanto l'indicazione dell'organismo, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della pretesa sostenuta, nonché alcuni documenti¹³⁸.

E' quindi facile comprendere la ragione per la quale la domanda non deve essere necessariamente redatta da un tecnico, e nella fattispecie un avvocato, potendo la parte provvedervi personalmente e direttamente. Del resto la presenza di un legale che assista la parte in ogni fase del procedimento di mediazione non è in alcun modo prevista dal D.Lgs n. 28/2010.

Tuttavia, nonostante il patrocinio del legale, come detto, non sia necessario per tutto il procedimento di mediazione, occorre riconoscere che l'approccio di un tecnico alla gestione della controversia può essere utile alla parte già nella fase di mediazione, in quanto avrà la possibilità di ricevere consigli specifici che, come tali, sarebbero indubbiamente utili in un eventuale procedimento instaurato innanzi al

¹³⁸ Il primo vero momento del procedimento di mediazione consiste, comunque, nella designazione di un mediatore cui affidare il "caso" che sia in grado, per le competenze acquisite, di gestirlo adeguatamente; l'esperto nominato avrà poi modo di conoscere la controversia sia dal punto di vista soggettivo, che oggettivo grazie all'esame degli atti depositati dalle parti, nonché di ogni altra documentazione ritenuta utile dalle medesime.

La normativa non vieta al mediatore di prendere contatto in maniera diretta con le parti, con i loro rappresentanti o con i legali al fine di ottenere chiarimenti e delucidazioni in riferimento ad alcuni punti oscuri ma ritenuti necessari ai fini di un'ampia ed esaustiva comprensione della questione oggetto di lite.

tribunale ordinario¹³⁹. Infatti non si può negare che se è vero che, come si è detto, la domanda che introduce la mediazione non presenta particolari tecnicismi, è altrettanto vero che essa ha una connotazione processuale in quanto produce alcuni effetti sostanziali soltanto nel momento in cui viene comunicata alle parti interessate. In particolare, la domanda di mediazione produce l'effetto interruttivo della prescrizione, esattamente come la domanda giudiziale, ai sensi dell'art. 2943 c.c. ed impedisce la decadenza "*per una sola volta*" ex art. 2966 c.c; inoltre il deposito della domanda di mediazione determina la litispendenza dato che la legge fa decorrere proprio da esso il termine di durata massima del procedimento che, come già precisato, è pari a quattro mesi¹⁴⁰.

Una volta ricevuta la domanda, l'organismo designa il mediatore che si occupa della risoluzione della controversia¹⁴¹ e fissa, entro i successivi quindici giorni, il primo reale incontro tra le parti in conflitto al quale sarà, ovviamente, presente il mediatore nominato che, rispetto a quanto stabilisce l'art. 8 della normativa, dovrà condurre il procedimento di mediazione senza formalità e presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo altrimenti indicato dal regolamento di procedura dell'organismo¹⁴².

Tutto questo significa che la mediazione segue un procedimento rigido soltanto

¹³⁹ Tale aspetto non rappresenta una novità e l'occasione va colta per ricordare che l'avvocato svolge un ruolo prezioso e fondamentale nella fase più delicata della mediazione penale che consiste nella stesura dell'eventuale accordo di mediazione. Esso contiene le obbligazioni riparatorie che devono essere attuate dal reo e che, come tali, hanno un effetto dirimente anche sul procedimento penale a carico dello stesso.

L'avvocato è, infatti, in grado di suggerire particolari elementi tecnici, che nemmeno il mediatore potrebbe considerare, utili alla stesura di una transazione che sia conforme al desiderio delle parti, reo e vittima, alle loro possibilità, nonché alla giustizia. In tal senso, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici* in COSÌ G., FODDAI M. A. (a cura di) *Lo spazio della mediazione*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁴⁰ In particolare il decreto legislativo n. 28/2010, all'art. 5, c. 6 prevede che "*la domanda produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale*" e che "*dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo*". Tuttavia non è chiaro se le parti abbiano o meno la possibilità di prorogare tale termine per diverse ed giustificate ragioni, oppure se il predetto termine di quattro mesi sia perentorio. Del resto la normativa non ha neppure precisato quali siano le conseguenze giuridiche derivanti dal mancato rispetto di durata della procedura, come invece era stato suggerito dalla Commissione Giustizia del Senato nella seduta del 27 gennaio 2010. In questi termini R. MASONI op. cit. pag. 1220 ss.

¹⁴¹ Se la controversia oggetto di domanda di mediazione comporta specifiche competenze tecniche, è possibile che l'organismo nomini uno o più mediatori ausiliari oppure, se non può procedere in tal senso, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i Tribunali.

¹⁴² L'art. 8, c. 2 prevede infatti che "*il procedimento si svolge ... presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo*".

per i profili che necessitano di una procedimentalizzazione (ad es. le tempistiche perchè ci sono stretti collegamenti con la procedura civile e con il giusto processo), ma è e dovrebbe rimanere un procedimento elastico e finalizzato a trovare una soluzione conciliativa che soddisfi entrambe le parti e non solo una o alcune di esse, tant'è che il comma 3 del medesimo art. 8 precisa, poi, che *"il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia"*.

Potrebbe accadere che, in relazione alla stessa controversia, vengano presentate più domande innanzi ad organismi differenti. Il legislatore ha previsto che, in tal caso *"...la mediazione si svolge davanti all'organismo preso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione"* (art. 4, c. 1 D.Lgs n. 28/2010).

Il combinato disposto delle due norme appena analizzate ha il fine di impedire che nella stessa area siano competenti più organismi di mediazione, quindi il mediatore adito per secondo, in riferimento alla stessa lite, dovrà rimettere gli atti al mediatore adito per primo che seguirà la mediazione.

Ovviamente i mediatori non potranno avere notizia della doppia domanda; sarà quindi onere delle parti informare gli stessi in modo tale da poter concentrare la mediazione all'attenzione di un unico organismo. Una soluzione al problema potrebbe essere quella di creare un sistema centralizzato che, in sostanza, funga da registro di tutte le domande di mediazione presentate e delle parti coinvolte in modo che ciascun organismo possa effettuare i dovuti controlli consultando tale registro elettronico e, eventualmente, comunicare alla parte istante la già avvenuta iscrizione presso un altro organismo che sarebbe, giocoforza, quello competente.

Adottando tale scelta, nonostante le numerose critiche ricevute¹⁴³, il legislatore

¹⁴³ In particolare la dottrina ha lamentato la mancanza di un criterio di competenza territoriale in base al quale organizzare il meccanismo della mediazione obbligatoria su tutto il territorio nazionale. Il timore maggiore degli interpreti consiste nella probabilità che le parti coinvolte nelle liti che abitino in territori meno organizzati subiscano vessazioni dei propri diritti e siano, quindi, costrette a recarsi presso organismi situati in aree troppo lontane rispetto al loro luogo di residenza. A titolo esemplificativo, tutta la giurisprudenza sul foro del consumatore rischia di non trovare più applicazione e il deposito di un'istanza che non sia seguita da alcuna effettiva mediazione, sarà sufficiente ad evadere la condizione di procedibilità. A completamento di quanto detto occorre precisare che anche la Camera ed il Senato hanno fatto sentire le loro rimozioni nei confronti della predetta scelta, ma il legislatore delegato ha comunque proseguito per la propria strada probabilmente consapevole e convinto della difficoltà di prevedere strumenti di risoluzione dei conflitti sulla competenza che sarebbero inevitabilmente sorti e la convinzione ferma che la mediazione, anche se

delegato ha voluto evidenziare, ancora una volta, la semplicità e l'informalità che caratterizzano l'accesso alla mediazione.

8.1 Le controversie oggetto di mediazione

Non essendo questo il luogo più adatto all'analisi dei motivi che hanno condotto all'adozione delle cd. ADR, *alternative dispute resolutions*, nella maggioranza dei paesi di *civil law* e di *common law*, l'occasione va colta per precisare soltanto che la Direttiva 2008/52/CE costituisce il primo strumento europeo di portata vincolante che si occupa della mediazione come strumento di applicazione generale per la materia civile e commerciale. Essa rappresenta altresì la linea evolutiva del diritto in materia in quanto gli Stati membri sono tenuti, entro il 2011, a recepirne il contenuto. L'obiettivo del provvedimento comunitario si rinviene all'art. 1 laddove si specifica che l'Unione europea, al fine di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, si pone l'obiettivo di garantire una migliore fruibilità della giustizia attraverso la semplificazione dell'“*accesso alla risoluzione alternativa delle controversie*” e la promozione della “*composizione amichevole delle stesse incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*”. Dunque lo strumento della mediazione è ritenuto, nell'ottica del legislatore europeo, in grado di fornire una risoluzione che fuoriesce dall'ambito giurisdizionale in grado di attuare una rapida risoluzione delle controversie attraverso procedure concepite ed adattate alle esigenze delle parti. L'accordo, frutto del dialogo costruttivo intercorso tra le parti, ha maggiori probabilità di essere rispettato dalle stesse parti alle quali non è stato imposto, come in un giudizio ordinario; ne deriva che la prosecuzione dei rapporti e delle relazioni amichevoli tra le parti sono maggiormente sostenibili¹⁴⁴.

obbligatoria, potrà ottenere successo soltanto se basata su un reale spirito collaborativo e sulla professionalità dei centri di mediazione. Ipotizzando uno scenario futuro, si potrebbe immaginare che, in linea di principio, nonostante il D.Lgs n. 28 non fornisca indicazioni precise circa la competenza territoriale degli organismi di mediazione, né abbia legato la scelta dell'organismo alla competenza dell'organo giurisdizionale, la soluzione più corretta, e quindi adottabile, potrebbe essere quella di far ricadere il foro della mediazione nel distretto giudiziario che sarebbe competente territorialmente per la lite giudiziaria.

¹⁴⁴ In questo senso il considerando n. 6 della Direttiva, ripreso anche nella propria analisi sul tema da A. PEPE, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, reperibile sul sito http://www.scuolaferrearesedidiritto.eu/site/index.php?option=com_content&task=view&id=109&Itemid=1. Del resto anche DI FLORIO ricorda che la mediazione non si pone come alternativa obbligatoria al processo, bensì come “*possibilità incentivata e basata su un principio di reciproca*

Il D.Lgs 28/2010, in piena coerenza con la direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del consiglio dell'Unione Europea del 21 maggio 2008 che obbliga l'implementazione dell'impiego della mediazione in tutti gli stati membri, ha introdotto il nuovo istituto della mediazione civile e commerciale.

L'art. 2 D.Lgs n. 28/2010 definisce le controversie che sono oggetto di mediazione ed afferma che: *“Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, nè le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”*.

L'accesso alla mediazione, quindi, ad eccezione dell'elenco delle materie di cui all'art. 5 per le quali il procedimento è obbligatorio e di cui si tratterà *ex post* (cfr. par. 3.2.1.), è libera purchè si tratti di diritti disponibili, ovvero di quei diritti che rientrano nella sfera della personalità, come il diritto al nome all'immagine alla riservatezza, i diritti di stato relativi alle qualità delle persone che indicano la loro posizione nella società; si pensi, ad esempio, allo *status* di padre, di figlio, di coniuge e così via; infine occorre menzionare, tra i diritti indisponibili, quei diritti patrimoniali che scaturiscono da rapporti familiari, come il diritto agli alimenti.

E' evidente che il legislatore fa esplicito riferimento alla materia civile e commerciale¹⁴⁵, escludendo quindi l'ambito penale e tributario, mentre per quello amministrativo occorre, come sempre, distinguere tra interessi legittimi e rapporti di diritto privato, di cui solo questi ultimi ricompresi nel campo applicativo della

responsabilità”. A. DI FLORIO, *La tendenza espansiva della mediazione: necessità o virtù?* In *Questione giustizia*, 2009, pagg. 65-71.

¹⁴⁵ In seguito, nel 2000, la Romania ha previsto una conciliazione (e dal 2010 una mediazione in alternativa alla conciliazione) preventiva obbligatoria con riferimento ai rapporti commerciali. La mediazione per il resto volontaria deve riguardare diritti disponibili, ma investe tutti i settori (civile, penale, lavoro, famiglia). La mediazione inizia comunque con la sottoscrizione di un contratto che è titolo esecutivo quanto ai compensi del mediatore. La mediazione su invito del giudice parte con una sessione informativa gratuita. L'accordo raggiunto nella mediazione vera e propria è irrevocabile ed esecutivo. La disciplina del 2006 è assai minuziosa: la mediazione è possibile per semplici conflitti e anche per la tutela dei consumatori. La procedura è attivabile da chiunque anche in corso di causa e con riferimento a procedimenti di altro tipo che siano obbligatori. La clausola di mediazione non può essere travolta dal contratto invalido che la contiene. L'accordo possa essere dotato di efficacia esecutiva mediante l'atto di un notaio pubblico oppure attraverso il recepimento in una decisione del tribunale che è inappellabile. Nel caso in cui il conflitto riguardi il trasferimento del diritto di proprietà immobiliare, le parti devono presentare l'accordo così come formulato e curato dal mediatore, al notaio o al Tribunale perché venga verificato il soddisfacimento dei requisiti di sostanza e forma, come imposto dalle leggi, sotto la sanzione della nullità assoluta.

delega¹⁴⁶.

8.2 I meccanismi di mediazione introdotti e le scelte operate dal legislatore delegato

Sulla scorta di quanto detto ed analizzando nel dettaglio la normativa, il decreto legislativo 28/2010 fa riferimento, quindi, a due meccanismi di mediazione: l'uno che avrebbe dovuto avere valenza obbligatoria e riguardare le materie di cui all'art. 5; l'altro facoltativo nel senso che, laddove sia controverso un diritto disponibile, le parti sono libere di sostituire, in prima battuta, la procedura giudiziale con la mediazione. Si tratta, evidentemente, di una norma che testimonia l'accoglimento da parte del nostro legislatore dell'invito dell'Unione europea alla diffusione e promozione dei sistemi di ADR, alla luce della diffusa crisi della giustizia.

8.2.1. L'obbligatorietà del tentativo di mediazione prima della pronuncia della Consulta

Rispetto al meccanismo obbligatorio in materia civile e commerciale introdotto dal predetto decreto e rimasto in vigore sino alla sentenza della Corte Costituzionale che ne ha sancito l'incostituzionalità, occorre immediatamente dire che le numerosissime ed aspre critiche mosse da una parte della dottrina sono state inizialmente mitigate dall'intervento della Corte Costituzionale¹⁴⁷ del 2006 che aveva stabilito la legittimità della condizione di procedibilità, a patto che la stessa non impedisca o limiti oltremodo l'accesso alla giustizia e purchè fosse previsto un meccanismo tale per cui le parti trovino soddisfazione alle loro pretese in termini

¹⁴⁶ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, pag. 343 ss; nonché M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 2010, pagg. 11-13.

¹⁴⁷ Si tratta della sentenza del 24 marzo 2006 n. 125. Tuttavia dalla Relazione illustrativa del decreto si legge che *"omissis...Tale concetto non può essere interpretato in senso letterale, dovendosi certamente in esso ricomprendere anche le ipotesi in cui l'accesso alla giustizia non è formalmente precluso, ma è reso particolarmente oneroso sotto il profilo economico o dei tempi necessari alla conclusione della procedura obbligatoria di mediazione; ciò precisato, non può esservi dubbio che la disciplina dell'art. 5, comma 1 del decreto - regolando l'ipotesi di una condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda - si tenga lontana da tali estremi e realizzi quel punto di equilibrio tra diritto di azione e x art. 24 Cost. e interessi generali alla sollecita amministrazione della giustizia ed al contenimento dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, più volte richiesto dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità di simili interventi normativi"*.

meno dispendiosi e più celeri rispetto a quelli del processo ordinario¹⁴⁸.

Facendo nuovamente riferimento alla Relazione illustrativa del decreto, emerge che i criteri guida che hanno portato alla scelta delle materie per le quali la mediazione è condizione di procedibilità dell'eventuale azione civile sono, sostanzialmente, tre¹⁴⁹.

In primis le materie relative alle cause rispetto alle quali il rapporto tra le parti è destinato a durare nel tempo, ovvero il condominio, la locazione, il comodato, l'affitto di azienda; inoltre sono stati considerati i rapporti giuridici in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla medesima famiglia, allo stesso gruppo sociale o alla stessa area geografica: questi sono i diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia e nuovamente il condominio.

Il secondo criterio è identificato dalle controversie in materia di risarcimento del danno che traggono origine da rapporti con un elevato grado di conflittualità, che

¹⁴⁸ Il meccanismo introdotto con l'art. 60 della L. n. 69, e quindi con il decreto legislativo n. 28/2010 costituisce a tutti gli effetti un filtro precontenzioso al processo civile che introduce per una larghissima porzione di contenzioso giudiziario lo strumento della mediazione finalizzata alla conciliazione stragiudiziale. Tale strumento è stato dettato con il palese intento di ridurre l'afflusso delle sopravvenienze da sottoporre alla giurisdizione e perciò con palese finalità deflattiva. Di tale finalità parla chiaramente la Relazione illustrativa al decreto legislativo, laddove si dice che *"la mediazione consentirà di ridurre il debito giudiziario e solleverà i tribunali da un numero elevato di cause"*. E' appena il caso di ricordare che il Governo è stato delegato ad adottare entro sei mesi dalla pubblicazione della L. n. 69 uno o più decreti legislativi in materia di conciliazione e mediazione *"per le controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia"* (art. 60, lett. a). Nel rispetto del termine previsto *ex lege* il Governo ha predisposto uno schema di decreto legislativo, approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 28 ottobre 2009; seguirono i pareri delle Commissioni parlamentari competenti del 20 e 27 gennaio 2010, nonché una nuova deliberazione del Consiglio dei Ministri del 19 febbraio 2010 quindi la delega è stata tempestivamente esercitata mediante approvazione del D.Lgs 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. In questi termini R. MASONI, *L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al D.Lgs n. 28 del 2010*, in *Giur. merito* 2010, 05, 1212.

¹⁴⁹ Il principio in base al quale la mediazione obbligatoria ha ad oggetto diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia, riprende le previsioni della direttiva comunitaria 52/2008. L'aspetto interessante e delicato riguarda, come ormai più che noto, il rapporto tra la mediazione e l'accesso alla tutela giurisdizionale e, a questo proposito, l'approccio del legislatore non è chiaro in quanto non precisa se, ed eventualmente in che limiti, il legislatore delegato possa prevedere ipotesi di conciliazione obbligatoria. Tale ambiguità non può essere però risolta semplicisticamente affermando che la scelta del legislatore sia andata nel senso di impedire l'accesso alla giustizia ordinaria nella materia considerata, dato che tale previsione non sarebbe nemmeno ipotizzabile alla luce dell'art. 24 Cost.; *"il problema è allora quello di stabilire se nell'esercizio della delega possano essere previste ipotesi di mediazione che debbano essere intraprese prima di dare corso ad iniziative in sede giudiziale. Il legislatore delegato, come si vedrà, ha ritenuto di essere facoltizzato ad introdurre, con riferimento ad una nutrita serie di controversie, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ponendolo quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale"*. Così T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Giuffrè, 2010, pag. 42.

rende maggiormente idoneo ai fini della risoluzione della questione la composizione stragiudiziale. Alcuni esempi sino la responsabilità medica e la diffamazione a mezzo stampa¹⁵⁰.

Infine le materie riferite a tipologie di contratti che riguardano contenziosi di larga diffusione di massa ed il cui rapporto che lega le parti è duraturo, come i contratti assicurativi, bancari e finanziari. Tali tipologie contrattuali si riferiscono a settori operanti nell'ambito della composizione stragiudiziale delle vertenze da diverso tempo; in ragione di ciò e come si specificherà meglio nel successivo paragrafo, il legislatore ha previsto la mediabilità innanzi ad organismi di mediazione amministrata, mantenendo tuttavia ferma la possibilità di ricorrere alle procedure di conciliazione stragiudiziale di cui al D. Lgs 8 settembre 2007 n. 179 ed ex art. 128 bis TUB di cui al D. Lgs 1 settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni.

Del resto il nostro ordinamento già conosceva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione da diverso tempo, considerandolo condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziaria. Le principali previsioni normative in tal senso, oltre alla mediazione obbligatoria nelle liti civili e commerciali di cui all'art. 60 della legge 19 giugno 2009, n. 69 e dal decreto legislativo di attuazione, sono le seguenti: i procedimenti in materia di diritti d'autore ex D. Lgs 9 aprile 2003, n. 68; il procedimento in materia di subfornitura (art. 10 L. 18 giugno 1998, n. 192); quello in materia di telecomunicazioni e la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni e utenti (L. 31 luglio 1997, n. 249, Delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle telecomunicazioni n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, D.Lgs 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle Comunicazioni Elettroniche"); il tentativo di conciliazione relativo a controversie in materia di contratti agrari (L. 3 maggio 1982, n. 283; le controversie relative alle disposizioni dettate dal Capo V bis del Titolo IV del Libro II del Codice Civile (patto di famiglia) ex D.Lgs 17 gennaio 2003, n. 5); il tentativo di conciliazione previsto dal Codice della proprietà industriale (art. 199

¹⁵⁰ Di nuovo la Relazione ci informa che *"Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale. Ad esse si sono aggiunte, raccogliendo un suggerimento della Commissione Giustizia del Senato, le controversie risarcitorie derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, che formano oggetto di un rilevante contenzioso, ma per le quali sono ampi gli spazi di conciliazione stragiudiziale"*.

D.Lgs 10 febbraio 2005, n. 30)¹⁵¹.

Come poc'anzi accennato, ad eccezione dei casi che ci si accinge a menzionare di seguito, il tentativo obbligatorio di mediazione potrà essere esperito con differenti modalità mediante la proposizione della domanda presso gli organismi a ciò deputati. Il ricorso alla mediazione è, dunque, escluso, oltre che per le controversie riguardanti diritti indisponibili, per quelle in materia fiscale, doganale, amministrativa e di responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri¹⁵², nei seguenti casi: procedimenti per ingiunzione, esclusa l'opposizione e fino alle pronunce sulla istanza di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; procedimenti per convalida di licenza o di sfratto per finita locazione, sino al mutamento del rito ex art. 667 c.p.c; procedimenti possessori e sino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, c. 3 c.p.c; procedimenti di rito camerale; azione civile esercitata nel processo penale.

Si tratta di procedimenti che devono l'esclusione dal campo d'azione della mediazione alle proprie caratteristiche peculiari, dalle quali deriva la necessità di attivare una tutela giurisdizionale *ad hoc*. Infatti, trattandosi di procedimenti sommari o a contraddittorio eventuale e differito, la veste processuale è indubbiamente più appropriata al fine che dev'essere raggiunto dalla parte che li ha azionati. Infatti, se fosse stata introdotta la mediazione, e quindi il differimento dell'esercizio dell'azione civile giurisdizionale, si sarebbe leso il diritto della parte.

I procedimenti camerali sono, invece, stati esclusi in ragione della loro natura che consente di emettere provvedimenti inerenti diritti primari anche in assenza di contraddittorio, in tempi rapidi e secondo criteri flessibili.

Infine l'esclusione dell'azione civile è giustificata dall'esigenza di non porre ostacoli alla costituzione della parte civile, senza sacrificare “una forma di esercizio dell'azione civile da reato di grande efficacia e forte valore simbolico”^{153 154}.

¹⁵¹ Per un approfondimento del tema si rinvia a A. CAPUTO, P.G. MISTO', *Mediazione, adr, arbitrato*, Giappichelli Editore, 2010, pag. 40 ss.

¹⁵² Art. 1 Dir. n. 52/2008.

¹⁵³ In tali termini e richiamando *la Relazione* illustrativa al decreto attuativo A. Caputo, op. cit, pag. 193.

¹⁵⁴ Le scelte operate dal legislatore rispetto alle materie per cui la mediazione è condizione di procedibilità dell'azione sono da rinvenirsi nella peculiarità dei rapporti sottesi alle stesse. Come ricorda V. Carbone, infatti, “*Le parti in controversia sono inserite in un gruppo o intrattengono tra di loro una durevole relazione sociale o economica. Il processo civile, con la sua isolata ricerca di un torto e di una ragione del passato, spesso determina una frattura insanabile, mentre la conciliazione*

L'elenco delle materie per le quali il D.Lgs n. 28/2010 aveva disposto l'obbligatorietà¹⁵⁵ è il seguente: 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.

E' doveroso chiarire che, come già accennato al precedente paragrafo, per quanto riguarda i contratti assicurativi, bancari e finanziari il legislatore ha previsto che la parte tenuta *ex lege* ad instaurare il procedimento di mediazione in campo societario, bancario e finanziario possa scegliere, alternativamente e nei rispettivi ambiti di competenza, tra il nuovo modello dettato dal decreto legislativo 28/2010, il procedimento di conciliazione di cui al D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del T.U delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs 1 settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni per le materie ivi regolate.

Questo significa che il legislatore, lasciando libera scelta all'investitore, ha voluto mantenere integra e pienamente operativa la normativa preesistente relativa alla risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria, ossia dei procedimenti instaurati innanzi al cd. ABF, Arbitrato Bancario e Finanziario, ed alla Camera di Conciliazione ed arbitrato istituita presso la Consob. Ne deriva che sia l'instaurazione del procedimento innanzi alla Consob, sia il ricorso all'Arbitrato bancario Finanziario comportano l'assolvimento della condizione di procedibilità introdotta dal D.Lgs n. 28/2010.

Tuttavia occorre precisare che, come si è detto, la possibilità di scelta è riservata

si presenta in modo migliore ad allargare l'prospettiva e a preservare le relazioni future tra le parti, come è stato già intuito dal Codice civile del 1942, laddove si prevede che la transazione possa creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quelli controversi (art. 1956, comma 2, c.c.)".

¹⁵⁵ Nella Circolare del 4 aprile 2011 il Ministero ha affermato che "la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione. Ai fini, quindi, della corretta applicazione delle previsioni normative di riferimento, questa direzione, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, invita gli organismi di mediazione ad adeguarsi alla presente circolare nei sensi di cui sopra, limitando alla sola fattispecie della mediazione volontaria l'applicazione di una eventuale previsione del regolamento di procedura che abbia contenuto." analogo a quello preso in esame.

soltanto all'investitore che per primo decida di agire a difesa dei propri interessi; infatti nel caso in cui siano la banca o l'intermediario finanziario ad agire per primi, questi non potranno rivolgersi all'ABF, né alla Camera della Consob.

Per quanto riguarda, invece, l'ambito assicurativo esso non si è sottratto alla nuova sfida che prevede la creazione di meccanismi di risoluzione alternativi delle controversie: ANIA ha infatti messo a punto il proprio sistema di conciliazione relativamente alle richieste di risarcimento del ramo RCA di valore non superiore ad Euro 15.000, secondo un accordo sottoscritto con alcune associazioni dei consumatori.

Sulla base di quanto previsto il soggetto che può accedere alla conciliazione è colui che ha già presentato reclamo -direttamente o tramite un'associazione aderente alla conciliazione- ed abbia ricevuto una risposta insoddisfacente o non ne abbia ricevuta alcuna trascorsi 30 giorni; oppure colui che non si è ancora rivolto al Giudice e non ha incaricato altri soggetti di rappresentarlo nei confronti dell'assicuratore.

8.2.2. Il meccanismo facoltativo

Come già anticipato, alcune disposizioni di legge prevedono la facoltatività del tentativo di conciliazione come ipotesi preventiva rispetto al processo. Si tratta di norme la cui introduzione è finalizzata ad incentivare l'uso della mediazione, anche mediante procedimenti amministrati, e rispetto alle quali la novella del D.Lgs n. 28/2010 funge da raccoglitore. Del resto il già citato art. 2 del medesimo decreto legislativo precisa innanzitutto che chiunque può utilizzare lo strumento della mediazione per conciliare una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili e, secondariamente, che le negoziazioni volontarie e paritetiche, nonché le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi relative alle medesime controversie, non sono precluse dal nuovo meccanismo.

Tra i più rilevanti modelli di conciliazione facoltativi i più diffusi sono la conciliazione in sede non contenziosa avanti il Giudice di Pace (art. 322 c.p.c.); la conciliazione tra imprese e consumatori presso le Camere di Commercio; il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 140 bis cod. cons. e la già citata conciliazione di tipo paritario o paritetico, ovvero una conciliazione nell'ambito della quale agisce come conciliatore un ufficio o una commissione la cui composizione è

predeterminata rispetto al conflitto sottopostole. In sostanza si tratta di un modello di conciliazione “addomesticati”, quindi non qualificabile come mediazione pura, costituita all’interno degli uffici reclami delle aziende che in tal modo cercano di gestire al meglio i rapporti con la clientela e preservare il rapporto con la stessa¹⁵⁶.

Ancora si possono citare i seguenti tentativi di conciliazione: quello previsto dall’art. 36 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.Lgs n. 198/2006); quello previsto per la disciplina dell'affiliazione commerciale; quello introdotto dalla legislazione nazionale del turismo; il tentativo di conciliazione previsto dal Codice della navigazione ed infine la conciliazione stragiudiziale in materia societaria.

Come si può ben vedere il perimetro d’azione della mediazione è molto vasto e, oltre agli ambiti ed alle procedure sin qui trattate, esso si estende al campo del diritto di famiglia, a quello penale –anche minorile-, a quello penitenziario, sociale, scolastico solo per fare alcuni esempi¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Alcuni esempi di procedure di conciliazione “domestiche” sono forniti da grandi aziende che le hanno create in accordo con le principali associazioni dei consumatori. Telecom Italia Spa fu, nel 1993, la prima società ad organizzare e predisporre il proprio meccanismo di conciliazione; l’esempio fu seguito nel 2004 da Telecom Italia Mobile s.p.a. che organizzò la prima conciliazione di massa *on line*. Seguirono Poste Italiane e Trenitalia, che ha attivato il proprio sistema di conciliazione a partire dal 2009.

¹⁵⁷ Nel primo caso citato, ossia l’abito familiare, la mediazione è identificata come uno strumento a disposizione del giudice il cui utilizzo è previsto dall’art. 155 *sexies* c.c, comma 2, introdotto dall’art. 1 della L. 8 febbraio 2006, n. 54 a mente del quale il giudice investito della causa di separazione può “*rinvviare l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 155 (riguardo ai figli) per consentire 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*”. Del resto già la L. 4 aprile 2001, n. 154 sulla violenza familiare aveva previsto che il giudice, dovendosi eventualmente pronunciare sull’ordine di protezione nei confronti di uno dei due coniugi ex art. 342-ter C.C., potesse “*disporre ove occorre l’intervento di un centro di mediazione familiare*”. Il mediatore familiare, pur non essendo qualificabile né come consulente, né come perito e nemmeno come assistente sociale, è tuttavia un ausiliario particolare del giudice che, grazie alla sua preparazione tecnica, deve conoscere il conflitto in atto tra le parti al fine di tentare di riequilibrare i rapporti e la comunicazione tra le stesse, e quindi indicare la strada maestra da seguire per giungere ad una soluzione condivisa da tutti i soggetti coinvolti. Il campo d’azione della mediazione penale nel nostro ordinamento è abbastanza vasto e comprende le seguenti aree: la mediazione prevista dall’art. 34 del D.Lgs 28 agosto 2000 n. 274 relativo alla competenza penale del Giudice di pace il quale prevede che a fronte di reati occasionali e caratterizzati da particolare tenuità, data la perseguibilità a querela del reato, il Giudice di Pace possa promuovere la conciliazione delle parti. In sostanza si tratta di un mezzo che consente la comunicazione tra l’imputato e la parte lesa e, quindi, laddove l’esito sia positivo, l’esito è quello di ripristinare l’ordine sociale mediante un momento di confronto al seguito del quale la querela verrà rimessa e le condotte riparatorie previste, attuate. La mediazione nel sistema penitenziario è, come ovvio, impiegata nella fase di esecuzione penale, nell’ambito della misura alternativa alla detenzione di cui all’art. 47 ordi. penit. il quale prevede quale alternativa che “l’affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato”; tuttavia nel particolare caso dell’esecuzione della pena pecuniaria, la mediazione può intervenire nel caso in cui il Giudice, data l’insolvenza del condannato, debba convertire la pena, introducendo così un concetto di riparazione menzionato nello stesso d.P.R. n. 230/2000¹⁵⁷. Infine la mediazione penale minorile costituisce il terreno più fertile per l’avvio di procedimenti di mediazione,

9. La durata del procedimento di mediazione

Come già ricordato, il dettato dell'art. 6 D.Lgs n. 28 prevede che *“il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi”*. Il predetto termine *“decorre dalla data del deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa...”* e, nel caso in cui il giudice rilevi che la mediazione non sia stata esperita, ai sensi dell'art. 5, c. 1 D.Lgs n. 28, si ha l'improcedibilità della domanda giudiziale, nonché la successiva e contestuale assegnazione alle parti di un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, con conseguente rinvio della causa ad una successiva udienza; invece nel caso in cui il giudice constati 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.

Come si evince dal testo normativo e come ribadito dalla Relazione illustrativa, il legislatore ha optato per l'introduzione del differimento del processo e non della sospensione dello stesso in ragione dello sfavore che la normativa nazionale ha manifestato negli ultimi anni verso l'istituto della sospensione. Allo stesso modo, l'art. 5, comma 2 del D.Lgs 28/2010 prevede che il giudice può, in qualsiasi momento del processo –quindi anche in appello-, ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero della discussione della causa, attuare il cd. tentativo di conciliazione delegato mediante il quale invita le parti a procedere alla mediazione; anche in questo caso, se le parti aderiscono all'invito, la causa è rinviata alla successiva udienza in attesa della conclusione della procedura di mediazione¹⁵⁸.

Come già anticipato, la mediazione è un procedimento costruito in modo tale da non ostacolare l'accesso alla giustizia e, in ossequio all'art. 24 Cost., è un mezzo complementare e non per forza sostitutivo della giurisdizione ordinaria; si pensi, ad esempio, alle materie escluse o, più semplicemente, al caso in cui l'esperimento della

in ragione della riforma del nuovo processo penale minorile, di cui al d.P.R. n. 448/1998157.

¹⁵⁸ Tale disposizione riprende il contenuto della direttiva europea del 21 maggio 2008, secondo la quale *“l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia, Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili”*; così ricorda anche R. MASONI, op. cit., pag. 7.

mediazione non dia luogo ad una composizione della vertenza¹⁵⁹.

10. Le strade per arrivare alla conciliazione

Occorre innanzitutto prendere atto che spesso le parti chiamate decidono di non presentarsi in mediazione; qualora ciò accada è ovvio che il procedimento di mediazione si concluderà con un nulla di fatto o meglio, così come chiarito dalla circolare 4 aprile 2011, la segreteria dell'organismo di mediazione non può, nel caso in cui la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione, ovvero abbia comunicato espressamente di non voler aderire e l'istante abbia dato atto della propria volontà di non voler comunque dar corso al procedimento di mediazione, rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata per il primo incontro, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata¹⁶⁰. Del resto lo stesso Ministero della Giustizia, esigendo che le parti compaiano effettivamente davanti al mediatore designato che, in quanto unico soggetto deputato, può constatare la mancata comparizione della parte invitata, concede soltanto a questo stesso la possibilità di redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione¹⁶¹.

¹⁵⁹ La Corte Costituzionale ha sempre riconosciuto che le ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione non ledono, in quanto tali, il diritto alla difesa del cittadino in giudizio. La pronuncia maggiormente dettagliata sull'argomento è la n. 276/00, con la quale è stata negata l'incostituzionalità del tentativo di conciliazione obbligatorio nelle controversie di lavoro; il testo della citata pronuncia afferma, infatti, che *“l'art. 24 Cost., laddove tutela il diritto di adozione, non comporta assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare “interessi generali”, con le dilazioni conseguenti”* e che *“il tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 412 - bis c.p.c. “tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo”*.

¹⁶⁰ Qualsiasi previsione del genere contenuta nel regolamento di procedura di un organismo, sarebbe in contrasto con l'art. 5 D. Lgs n. 28/2010, norma primaria, la quale prevede la mediazione quale condizione di procedibilità per alcune materie.

¹⁶¹ *“La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l'istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione che abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione. Ove invece si ritenesse legittima una tale previsione regolamentare, si produrrebbe l'effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie. In realtà, in tal caso, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace a fini dell'assolvimento dell'onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; ciò, in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenere*

E' possibile che le parti non raggiungano alcun accordo poiché la mediazione, nonostante siano stati compiuti tutti i passi necessari, non riesce a far emergere un punto di accordo soddisfacente per entrambe le parti¹⁶².

Questi profili, soprattutto il primo, hanno dato modo di far emergere e chiarire definitivamente che la pratica utilizzata da alcuni organismi di mediazione di consegnare alle parti non un verbale di mediazione, così come previsto dalla normativa, bensì di una sorta di attestato, o di dichiarazione conclusiva del procedimento, non è conforme al dettato del decreto legislativo n. 28 in quanto è da

correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione.” (Circolare Ministero della Giustizia, 4 aprile 2011 – Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti)

¹⁶² Questa ipotesi ha suscitato molte perplessità tra gli operatori di settore, tant'è che il Ministero ha di recente emanato la circolare 4 aprile 2011 con la quale ha fatto luce su alcuni aspetti fondamentali del D.Lgs n. 28/2010 e del successivo decreto ministeriale n. 180/2010. In particolare il Ministero ha precisato che *“non è corretto l’inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l’incontro fissato del responsabile dell’organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l’istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell’organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata. Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all’art. 5 del d.lgs. 28/2010. L’inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art. 5 del d.lgs 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione. La mediazione obbligatoria è tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l’istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione. Ove, invece, si ritenesse legittima tale previsione regolamentare, si produrrebbe l’effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l’operatività della condizione di procedibilità per talune materie.”* Tra l’altro il Ministero ricorda che il mediatore ha la facoltà di formulare la proposta di cui all’art. 11 del D.Lgs n. 28/2010 e dell’art. 7 del d.m. 180/2010, anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione, essendo così definitivamente posta in capo al mediatore la facoltà di verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo poi il giudice investito della controversia a dover valutare il comportamento delle parti in mediazione. Del resto si deve anche riflettere sul fatto che il mediatore, anche in assenza di una delle parti, potrebbe svolgere un proficuo lavoro laddove riuscisse a ragionare con la o le parti presenti circa il ridimensionamento o la variazione della pretesa vantata; tale nuova posizione potrebbe essere presentata alla parte assente come proposta proveniente direttamente dalla parte coinvolta nella mediazione e non dal mediatore, con il risultato di far emergere una possibile soluzione della vertenza o, quanto meno, un’ulteriore occasione di dialogo tra le parti e, probabilmente, di ulteriore chiarimento. Inoltre, con particolare riferimento all’aspetto processuale che riguarda la mancata partecipazione al procedimento di mediazione, l’art. 8, c. 5 del Decreto prevede che la mancata partecipazione alla mediazione della parte o delle parti senza giustificato motivo può essere oggetto di valutazione da parte del giudice del giudizio ex art. 116, c. 2 c.p.c. Data l’importanza di tale previsione è quanto mai importante che l’avvocato rappresenti in termini chiari i rischi che il proprio assistito correrebbe qualora decidesse di non partecipare alla mediazione.

ritenersi che tale documento non sia un atto valido ed efficace ai fini dell'assolvimento dell'onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione; infatti la mancata comparizione innanzi al mediatore anche della sola parte istante, ostacola il procedimento di mediazione tanto da ritenere lo stesso non correttamente iniziato e proseguito.

Il cd. correttivo al d.M 180¹⁶³ è intervenuto sul punto chiarendo definitivamente che il regolamento dell'organismo deve disporre che, nei casi in cui la mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale ex art. 5, c. 1 D.Lgs n. 28/2010, il mediatore effettui concretamente l'incontro con la parte istante, anche in assenza di adesione della parte chiamata in mediazione. La nuova disposizione normativa prevede, quindi, che non sia sufficiente il semplice invio dell'istanza di mediazione ai fini del rispetto della condizione di procedibilità, ma che sia necessaria la presenza della parte istante al primo incontro di mediazione.

Inoltre il correttivo prevede che la segreteria dell'organismo possa rilasciare l'attestato di conclusione del procedimento soltanto nel momento successivo a quello della redazione, da parte del mediatore, del verbale di mancato accordo di cui all'art. 11, c. 4 D.Lgs n. 28/2010.

Nel caso in cui, invece, si sia arrivati ad un accordo, è possibile che le strade percorse siano differenti: un primo caso prevede che l'accordo amichevole è raggiunto, quindi il mediatore ne forma processo verbale ed allega il testo dell'accordo medesimo.

La seconda ipotesi ammette la possibilità che, se l'accordo non è raggiunto, il mediatore formuli una proposta di conciliazione che reputa idonea e soddisfacente per entrambe le parti¹⁶⁴.

¹⁶³ Si tratta del Decreto 6 Luglio 2011, n. 145, in G.U. del 25 agosto 2011, *Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180*, che verrà trattato in modo più approfondito *ex post*.

¹⁶⁴ A tale proposito è opportuno precisare che la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa è netta: la prima tipologia, infatti, prevede una scelta liberamente presa dalle parti, in seguito all'opera svolta dal mediatore; la seconda invece è contraddistinta dall'attività per così dire "propositiva" del mediatore che si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione e formula una proposta conciliativa da sottoporre alle parti. La prima formulazione dello schema di decreto legislativo aveva operato una chiara scelta in favore della mediazione valutativa: l'art. 11 prevedeva, infatti, che qualora l'accordo non fosse stato raggiunto direttamente dalle parti, il mediatore avrebbe dovuto formulare una proposta di conciliazione informando queste ultime delle possibili conseguenze in relazione alle spese processuali dell'eventuale e futuro giudizio a carico della parte che avesse rifiutato la proposta se il provvedimento giurisdizionale fosse corrisposto al contenuto della stessa (art. 13). Tale scelta andava palesemente contro uno dei principi cardine della mediazione, ossia il principio di riservatezza sia

Infine il terzo caso prevede che, se le parti ne fanno concorde richiesta, in qualsiasi momento del procedimento di mediazione, il mediatore formula la proposta di conciliazione.

Nell'ipotesi in cui sia confezionata la proposta di conciliazione, essa viene inoltrata alle parti per iscritto, le quali dovranno rendere una risposta entro 7 giorni, da redigersi nella medesima forma, con la quale danno atto dell'accettazione, ovvero del rifiuto della proposta.

Se non perviene alcuna risposta, questa si dà per non accettata. Ancora, se è raggiunto l'accordo amichevole, oppure tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, quest'ultimo forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore stesso. Esso può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro inadempimento.

Se, invece, la conciliazione non riesce il mediatore forma processo verbale indicando la proposta eventualmente formulata.

Come già anticipato, tale processo verbale dà altresì atto della eventuale mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione ed è sottoscritto da tutti i soggetti coinvolti, quindi dalle parti e dal mediatore stesso. La segnalazione della mancata partecipazione nel verbale di fallita conciliazione è, ovviamente, funzionale alla previsione di cui all'art. 8, c. 5 del Decreto secondo il quale da essa, qualora non sia sorretta da un giustificato motivo, il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, c. 2 C.p.c.

interno che esterno. Del resto è ovvio che il verbale di mancato accordo avrebbe riportato la proposta avanzata dal mediatore che lo stesso avrebbe formulato in base alle informazioni, riservate e come tali inutilizzabili contro di sé, che ogni parte avrebbe comunicato al mediatore. Tale profilo poneva le premesse perché le parti affrontassero il tentativo di conciliazione con diffidenza e cautela, omettendo di comunicare la realtà al mediatore; inoltre lo stesso verbale avrebbe dovuto essere prodotto al fine di consentire al giudice di statuire sulle spese legali. Tale scelta fu ampiamente criticata dagli operatori di settore e fu, correttamente, rivista dal legislatore che optò per la cancellazione della previsione dell'obbligatorietà della proposta di mediazione; obbligo che, comunque, non torva asilo né nella procedura comunitaria, che non menziona l'ipotesi valutativa, né nel procedimento di conciliazione societaria di cui agli artt. 38-40 D.Lgs 5/2003 che prevede la proposta del mediatore soltanto dietro concorde richiesta delle parti. Per ulteriori approfondimenti, F. P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in G. ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010, pagg. 233 e 234; T. GALLETTO, op. cit, pag. 46; V. VIGORITI, *Giustizia e futuro: mediazione e class action*, in *Rassegna forense*, 2009.

11. Il deposito del verbale di accordo, la sua efficacia esecutiva e l'esecuzione

Volendo ora analizzare la parte conclusiva del procedimento di mediazione occorre fare riferimento all'art. 11 che, analizzando i possibili esiti del procedimento di mediazione e disciplinandone gli effetti, prende in considerazione l'ipotesi che la mediazione si concluda positivamente, ovvero che le parti, grazie alla sapiente opera del mediatore, arrivino ad un accordo che soddisfi entrambe. Il testo di tale accordo costituirà, come già anticipato, un allegato del processo verbale che, *ex art. 11, c. 1*, il mediatore è tenuto a redigere¹⁶⁵.

Il processo verbale è, quindi, sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione di queste ultime o la loro impossibilità a sottoscrivere; per tale ragione si ritiene condivisibile la lettura che la dottrina ha dato a tale disposizione secondo la quale il processo verbale è sicuramente un atto del mediatore, mentre l'accordo è un atto esclusivamente ricollegabile alle parti che lo hanno raggiunto.

La seconda parte del c. 3 dell'articolo in commento prevede, poi, che se le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti di cui all'art. 2643 C.C., ossia quelli soggetti a trascrizione, per procedere a quest'ultima occorre che la stessa sottoscrizione del processo verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Questo significa che il mediatore, con riferimento al verbale, accerta la verità della firma con cui le parti sottoscrivono il verbale, oppure accerta la loro impossibilità a sottoscrivere lo stesso documento; tale accertamento, evidentemente, non ha gli stessi effetti della sottoscrizione autenticata dal notaio o da un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato *ex art. 2703 C.C.* ai quali il soggetto che necessita la sottoscrizione dovrà rivolgersi.

Il verbale di accordo deve essere depositato presso la segreteria dell'organismo che ne rilascerà copia alle parti nel momento in cui ne fanno richiesta.

Un'altra possibilità che la normativa concede alle parti che ne facciano istanza è

¹⁶⁵ Si riporta qui di seguito il contenuto del c. 1, art. 11 D.Lgs n. 28/2010, *Conciliazione*. *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'articolo 13.*

quella di omologare il verbale di accordo con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, a condizione che il contenuto del verbale stesso non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative e non presenti irregolarità formali.

Il verbale, una volta omologato, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. A tale proposito occorre precisare che il D.Lgs n. 28/2010 ha ripreso il contenuto dell'art. 6 della Direttiva europea 2008/52/CE che disciplina l'esecutività degli accordi derivanti dalla mediazione. In particolare tale norma prevede che gli stati membri si adoperino al fine di garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possa richiedere ed ottenere l'esecutività del contenuto dell'accordo di mediazione. La *ratio* di tale disposizione si rinviene nella volontà del legislatore europeo di evitare che il ricorso alla mediazione sia percepito come alternativa di tutela deteriore, e quindi di qualità inferiore, rispetto al processo ordinario dato che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda esclusivamente dalla buona volontà delle parti¹⁶⁶.

Per caricare di contenuto l'accordo conclusivo del procedimento di mediazione e per conferire allo stesso il giusto peso tecnico il legislatore ha confermato che il verbale di conciliazione omologato dev'essere ricompreso tra i titoli esecutivi di cui all'art. 474 C.p.c.

In sede di omologazione il controllo del verbale non avrà una valenza soltanto formale in quanto il giudice investito di tale incombenza dovrà operare un controllo circa la non contrarietà del contenuto dell'accordo all'ordine pubblico o alle norme imperative, al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Il provvedimento che ne segue non è un vero e proprio provvedimento giurisdizionale, in quanto è ascrivibile nell'abito dei procedimenti di volontaria legislazione¹⁶⁷.

¹⁶⁶ La formulazione della disposizione tuttavia mostra un grave limite in quanto prevede che l'esecutività possa essere richiesta alla sola condizione che tutte le parti coinvolte siano consenzienti. Per un approfondimento del tema si veda A. PEPE, op. cit., pag. 4.

¹⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti si consulti T. GALLETTO, op. cit. pagg. 88 ss.

11.1 Le regole operative per l'autenticazione notarile

Autenticare un accordo di conciliazione ai sensi dell'art. 28 D.Lgs n. 28/2010 significa, appunto, riceverlo in forma pubblica. Come già ricordato, l'art. 11 del già citato decreto legislativo disciplina la fase finale del procedimento di mediazione e, in particolare, prevede che l'esito del medesimo procedimento venga, in ogni caso, documentato in un apposito processo verbale sottoscritto dalle parti e dal mediatore che certifica solamente l'autografia della sottoscrizione apposta dalle parti, oppure la loro impossibilità a sottoscrivere lo stesso. Evidentemente il processo verbale avrà l'onere di attestare l'esito negativo del procedimento di mediazione, nel caso in cui non sia stato raggiunto alcun accordo dalle parti; mentre testimonierà l'esito positivo del procedimento allorché le parti abbiano raggiunto l'accordo amichevole¹⁶⁸.

In quest'ultimo caso il verbale verrà allegato all'accordo raggiunto.

Al fine di non creare confusione si dirà subito che il D.Lgs n. 28/2010 prevedeva due distinte attività di “autentica di sottoscrizione” che sono tra di loro molto differenti per la loro struttura, finalità e funzione. Si tratta della certificazione effettuata dal mediatore e relativa alle sottoscrizioni apposte dalle parti nel solo verbale e non anche nell'accordo che è da intendersi quale negozio di autonomia privata, come già precisato in precedenza, e l'autenticazione da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato affinché l'accordo raggiunto possa essere trascritto ex art. 2643 c.c.¹⁶⁹

Va da sé che la certificazione apposta dal mediatore non ha alcun valore di autentica notarile; non attribuisce alcuna efficacia esecutiva all'accordo raggiunto che, com'è noto, può essere attribuita dal solo provvedimento di omologazione del Presidente del Tribunale, ovvero dalla traduzione dell'accordo in forma di scrittura privata autenticata da notaio ex art. 474 c.p.c. o di atto pubblico. Inoltre la certificazione del mediatore, al pari dell'omologazione del Presidente del Tribunale che ha la diversa funzione di conferire efficacia esecutiva all'accordo, non è idonea per la pubblicità dell'accordo nei registri immobiliari o commerciali.

¹⁶⁸ Per un approfondimento del tema si consiglia G. BRIGANTI, Accordo di conciliazione: regole operative per il notaio autenticante, <http://www.iusreporter.it/dblog/articolo.asp?articolo=363>.

¹⁶⁹ A tale proposito occorre precisare che l'autentica del soggetto pubblico ufficiale è necessaria non solo nel caso espressamente dalla norma, ma in ogni caso in cui mediante l'accordo si concludano negozi giuridici soggetti a pubblicità nei registri pubblici, immobiliari e commerciali per il cui accesso è, appunto, richiesta quella forma qualificata.

Passando ora a descrivere le attività che il notaio deve svolgere in veste di pubblico ufficiale al fine di autenticare o rogare l'accordo di conciliazione si dirà come lo stesso è chiamato a svolgere tutte le attività e ad applicare tutte le norme di natura sostanziale e formale che è tenuto ad osservare nell'esercizio della propria attività, in particolare: attività di tipo istruttorio¹⁷⁰, controllo di legalità ed adeguamento della volontà delle parti, attività di tecnica redazionale dell'accordo¹⁷¹,

¹⁷⁰ Il notaio è chiamato a svolgere gli accertamenti ipotecari e catastali almeno ventennali; gli accertamenti relativi alla conformità catastale (sotto il profilo oggettivo e soggettivo) richiesti dal D.l. 78/2010; gli accertamenti relativi al regime patrimoniale coniugale, specie per quanto riguarda la posizione del cedente; gli accertamenti relativi alla legittimazione a disporre del bene in capo al cedente, avuto riguardo alla disciplina della rappresentanza volontaria, legale ed organica: non vi è dubbio che la parte dell'accordo che intervenga a mezzo di rappresentante per la sottoscrizione di esso in forma notarile, dovrà munire chi interviene di una procura notarile, non essendo sufficiente ad esempio il mandato in calce conferito al proprio legale; allo stesso modo il legale rappresentante di un soggetto incapace dovrà essere munito delle idonee autorizzazioni giudiziali ed il legale rappresentante di una società o di un Ente dovrà essere munito dei necessari poteri e, ove richiesti, dei necessari atti deliberativi; gli accertamenti nei confronti di parti o componenti stranieri (reciprocità, conoscenza della lingua italiana).

¹⁷¹ Per quanto attiene ai profili formali, in notaio dovrà rispettare le norme formali richieste in relazione: alla natura del negozio o alla condizione delle parti di esso. Sotto il profilo della natura del negozio, a mero titolo esemplificativo, si rammentano i seguenti negozi (taluni peraltro relativi a materie nelle quali la mediazione è condizione di procedibilità ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010) che richiedono l'atto pubblico a pena di nullità: patto di famiglia e sue modifiche; atto costitutivo di società di capitali; vincoli di destinazione. In relazione ai soggetti parte dell'accordo sarà richiesto il rispetto delle norme del codice civile, della Legge Notarile e delle altre Leggi speciali, con particolare riferimento, a titolo esemplificativo: agli articoli 48 e 51 L.N. (qualora una delle parti non sappia o non possa sottoscrivere); all'articolo 57 L.N., qualora una delle parti sia muta (indipendentemente dal fatto che sia anche priva dell'udito o meno) sempre che non sappia leggere e scrivere; all'articolo 56 L.N. qualora una delle parti sia priva dell'udito e non sappia leggere e scrivere; all'articolo 55 LN per l'ipotesi in cui parte dell'accordo sia un soggetto che non conosca la lingua italiana; all'applicazione assorbente della legge notarile rispetto alle prescrizioni della legge n. 18 del 1975 qualora una delle parti sia affetta da cecità. Per quanto riguarda, invece, i profili sostanziali, in notaio dovrà, tenuto conto dello schema negoziale da trattare, prestare attenzione agli effetti dell'accordo, distinguendo fra accordi con effetti traslativi o modificativi ed accordi con effetti obbligatori; ai fini dell'oggetto dell'accordo, ad esempio qualora oggetto di esso sia una azienda, ovvero un immobile da costruire ovvero ancora un bene soggetto a prelazione legale; infine nel caso di ipotesi particolari dovrà distinguere tra accordi con effetti traslativi o modificativi. Inoltre occorrerà che il notaio presti particolare attenzione alla descrizione dell'immobile negoziato completa della sua identificazione catastale; in riferimento a quest'ultima, non potrà omettersi la dichiarazione in atto dell'alienante -o dei condividenti- della conformità ai sensi del D. L. n. 78/2010; alla verifica da parte del Notaio autenticante che sussista anche la cd conformità soggettiva tra ditta catastale e risultanze dei Registri Immobiliari, eventualmente procedendo a ristabilire la continuità delle trascrizioni ove mancante; all'obbligo di indicazione analitica, a mezzo di apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, delle modalità di pagamento del corrispettivo (ove pattuito), nonché dell'eventuale intervento di un mediatore immobiliare, così come prescritto dalla legge 248 del 2006; alla necessità di richiedere nell'atto, con le modalità di legge, la disciplina del cd "prezzo-valore" -sempre che ne sussistano i presupposti-, ovvero qualsiasi altro regime agevolativo fiscale che presupponga l'espressa richiesta in atto; al rispetto della normativa antiriciclaggio con conseguente obbligo di segnalare agli uffici competenti eventuali operazioni sospette; all'obbligo di inserire tutte le menzioni urbanistiche e di procedere alle allegazioni prescritte dal TU in materia edilizia (D.p.R. 380/2001); agli obblighi di menzione prescritti dalla normativa nazionale -ed eventualmente regionale, ove emanata- in tema di Certificazione Energetica. Inoltre sarebbe opportuno che il notaio che indicasse alle parti gli elementi

nel rispetto delle normative speciali imposte a seconda del contenuto, della causa, dell'oggetto¹⁷² o degli effetti dell'accordo¹⁷³.

12. Doveri e diritti degli operatori: il mediatore e l'avvocato

Le due figure chiave del procedimento di mediazione sono, come noto, il mediatore e, laddove presente, l'avvocato.

Mentre, ovviamente, non v'è molto da dire sulla figura dell'avvocato che è ormai ben conosciuta a tutti gli operatori e non del settore giustizia, lo stesso non può dirsi

del negozio che, pur non essendo richiesti per la sua validità, potrebbero determinarne l'inefficacia o la risolubilità, come ad esempio: l'opportunità di inserire in atto clausole relative alla esistenza o meno della agibilità; alla esistenza o meno delle certificazioni di conformità degli impianti; all'assolvimento o meno di tutte le pendenze relative a tributi diretti o indiretti, magari garantiti da privilegio.

¹⁷² Il notaio è chiamato a distinguere tra: a) azienda: come noto, ai sensi dell'art. 2556, comma 2 c.c., la legge di circolazione dell'azienda è determinata dalle forme stabilite dalla legge *"per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto"*.

Pertanto se con l'azienda: vengano trasferiti beni immobili, o trasferiti o costituiti diritti reali su di essi, dovranno essere rispettate tutte le relative regole formali e sostanziali (menzioni urbanistiche per i fabbricati, allegazione del certificato di destinazione urbanistica e relativa dichiarazione di vigenza per i terreni; osservanza del D. L. n. 78/2010; osservanza delle normative statali e regionali in materia di certificazione energetica degli edifici); vengano costituiti diritti di godimento (locazione o affitto) di beni immobili dovranno essere osservate le normative statali e regionali in materia di certificazione energetica degli edifici e dovranno essere osservate le prescrizioni introdotte dall'art. 19, comma 15, del D. L. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge 122/2010). Occorre inoltre ricordare che, quando alienante sia un imprenditore individuale, occorrerà accertare se all'impresa collaborino familiari (coniuge, parenti entro il 3° grado ed affini entro il 2° grado) cui possa spettare il diritto di prelazione legale di cui all'articolo 230 bis 5° comma c.c. b) immobili da costruire: dovranno essere rispettate le norme del D. Lgs. n. 122 del 2005, nel caso in cui oggetto dell'accordo sia un contratto rientrante nel perimetro normativo di detta disciplina, e cioè: promittente venditore sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa; promittente acquirente sia una persona fisica; oggetto sia un "immobile da costruire" nella accezione di cui alla citata norma; il negozio si concretizzi in un contratto preliminare o in un qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento (si pensi ad una vendita con efficacia obbligatoria, vale a dire ad effetti traslativi non immediati ma differiti). c) immobile appartenente alla Edilizia Residenziale Pubblica: in tal caso occorrerà porre mente a tutti i divieti di alienazione o ad altri limiti alla commerciabilità variamente sanzionati, di cui tale normativa risulta disseminata. d) Prelazioni legali: Non potrà inoltre prescindere dai diritti di prelazione legale, e dai conseguenti diritti di riscatto, in un accordo di conciliazione nel quale al trasferimento del bene o diritto soggetto a prelazione corrisponda sinallagmaticamente una controprestazione fungibile o comunque rientrante nel perimetro della normativa di volta in volta applicabile. Si dovrà pertanto tener conto della: - Prelazione prevista per i beni sottoposti a vincolo dei "beni culturali" (artt. 60 e seguenti del D. Lgs. n. 42/2004); - prelazione urbana di immobili di tipo abitativo e commerciale; - prelazione agraria; - prelazione ereditaria ex art 732 c.c.; - prelazione del collaboratore di impresa familiare ex art 230 bis c.c.).

¹⁷³ Ne consegue che l'attività del notaio si diversificherà a seconda che l'accordo amichevole contenga già un negozio traslativo, costitutivo o modificativo di diritti reali, ovvero contenga solo un obbligo a contrarre. Se l'accordo raggiunto dalle parti contiene un obbligo a contrarre al quale dare esecuzione con un successivo contratto, il notaio dovrà aver cura di rispettare gli obblighi istruttori e redazionali nella stesura del contratto definitivo; tuttavia se al notaio viene richiesta l'autenticazione del contratto preliminare, contenuto nell'accordo di conciliazione, ai fini della trascrizione nei registri immobiliari, allora è opportuno anticipare lo svolgimento delle attività istruttorie di cui si è già detto, inserendo nell'accordo le menzioni urbanistiche relative ai fabbricati, in mancanza delle quali la recente giurisprudenza nega l'eseguibilità dello stesso in forma specifica ex art. 2932 c.c.

per il mediatore¹⁷⁴.

Il nostro legislatore ricorda, tra le definizioni che aprono il D.Lgs n. 28/2010, anche quella di mediatore, ovvero *“la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*. Esso, al pari di altre figure coinvolte nel meccanismo della mediazione, deve adempiere a particolari doveri, nonché obblighi, avendo tuttavia diritto a percepire un’indennità per il lavoro svolto nella fase di mediazione per conto dell’organismo presso il quale opera.

13. I doveri, i diritti, gli obblighi del mediatore e dei suoi ausiliari

Con riferimento al mediatore, il legislatore afferma che chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo di mediazione, quindi non solo il mediatore ma anche a tutti i soggetti che a vario titolo coadiuvano costui nell’espletamento del proprio servizio, come ad esempio i periti, sono tenuti ad un duplice ordine di riservatezza¹⁷⁵: esterno, cioè rispetto alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione; interno, ossia rispetto alle informazioni ed alle dichiarazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. In altre parole il mediatore non può riferire alle altre parti del procedimento di mediazione gli argomenti che un’altra parte gli ha fornito nelle sessioni separate.

Il duplice dovere di riservatezza coinvolge anche la fase processuale vera e propria, qualora essa dovesse essere effettivamente instaurata¹⁷⁶. Gli effetti, di

¹⁷⁴ La già citata circolare 4 aprile 2011 del Ministero della Giustizia afferma che, in materia di requisiti dei mediatori, questi stessi possono essere attestati mediante autocertificazione che ha lo scopo di responsabilizzare al massimo chi vuole essere inserito negli elenchi di un organismo di mediazione. Il mediatore deve comunque indicare il titolo di studi posseduto, oppure l’ordine o il collegio professionale presso il quale è iscritto, l’esperienza in materia di diritto dei consumatori se maturata, nonché l’ente abilitato presso il quale si è frequentato il corso di formazione per diventare mediatore con indicazione della durata dello stesso e della valutazione finale.

¹⁷⁵ Non sono, invece, obbligati alla riservatezza le parti e coloro che le hanno assistite nel procedimento di mediazione, come avvocati, consulenti, ecc...

¹⁷⁶ In tema di segreto professionale un argomento delicato è quello dell’antiriciclaggio in quanto l’art. 22 del Decreto inserisce i mediatori tra i destinatari dell’obbligo antiriciclaggio. Per tale ragione il mediatore che ne venga a conoscenza, è tenuto a segnalare le operazioni sospette di cui all’art. 10, c. 2, lett. e) n. 5 D.Lgs n. 231/2007, ricollegabili al procedimento di mediazione, senza possibilità di avvisare la parte direttamente interessata. Tuttavia gli sviluppi di questo delicato profilo si potranno vedere soltanto con la prassi che si formerà nel corso del tempo, considerando che il compito di fornire chiarimenti in proposito potrebbe essere assolto dal legislatore, mediante la stesura di apposite

particolare rilevanza, che subirebbe la causa ordinaria instaurata sono sostanzialmente di due ordini; innanzitutto le informazioni e le dichiarazioni rese nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto, anche parziale, che abbia avuto inizio, che sia stato riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, a meno che la parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni ne abbia dato consenso.

Il secondo effetto è che non è nemmeno ammessa la prova testimoniale sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni, nè può essere conferito giuramento decisorio. In altre parole, il mediatore non è tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, nè davanti all'Autorità giudiziaria, nè davanti ad altra autorità.

Nonostante l'importanza che il dovere di riservatezza riveste, il nostro legislatore non ha introdotto alcuna sanzione a protezione dello stesso. Si tratta, a parere di chi scrive, di una situazione alla quale andrebbe posto rimedio, tanto più se si considera che alla violazione di tale dovere non sembra applicabile la disciplina del segreto professionale di cui all'art. 622 c.p.c. La *ratio* di tale posizione sembra rinvenirsi nella mancanza di indicazioni in tal senso nella legge delega, con la conseguenza che la sanzione per la violazione del dovere di riservatezza commessa dal mediatore o dai suoi ausiliari sarà rinvenibile nella disciplina dell'illecito civile o dell'inadempimento contrattuale, a seconda che ricorrano i presupposti dell'uno o dell'altro¹⁷⁷.

Al mediatore si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. relative al segreto professionale e, al medesimo, si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p., *garanzie di libertà del difensore*, in quanto applicabili.

Un ulteriore obbligo del mediatore è quello di mantenere un comportamento imparziale tra le parti. L'imparzialità è, infatti, un elemento centrale della mediazione; essa è una qualità imprescindibile che deve possedere ogni operatore in quanto solo l'assenza di condizionamenti o di conflitti di interessi può condurre ad una "sana" attività. Tale obbligo, ovviamente, vale anche nei confronti degli ausiliari

linee guida agli operatori di settore, oppure direttamente dal regolamento che ogni organismo deve adottare.

¹⁷⁷ Per un approfondimento dell'argomento si consulti T. GALLETTO, op. cit., pagg. 109 ss.

del mediatore cui si è fatto precedentemente cenno.

Passando a descrivere i diritti del mediatore, occorre affrontare il tema dei compensi che lo stesso percepisce per l'attività svolta. Infatti, come tutti i professionisti, egli riceve il compenso per lo svolgimento del proprio incarico di cui all'art. 17 del D.Lgs n. 28/2010; tuttavia occorre precisare che la determinazione delle indennità spettanti agli organismi è disciplinata dal D.m. 10 ottobre 2010, n. 180 che ha sostituito le disposizioni dei decreti del Ministero della Giustizia n. 222 e 223/2004.

Infine, con specifico riguardo agli obblighi del mediatore, disciplinati dall'art. 14 del Decreto, è importante evidenziare che, al fine di garantire la terzietà e l'imparzialità del mediatore, il c. 1 dell'art. 14 pone in capo allo stesso il divieto assoluto di assumere diritti o obblighi connessi con gli incarichi assunti nella veste di mediatore, sia in modo diretto che indiretto, ad eccezione degli affari strettamente connessi alla prestazione dell'opera o del servizio.

Allo stesso modo, al mediatore non è consentito percepire compensi direttamente dalle parti. Tali obblighi, così come è stato precisato per i doveri, si ritengono applicabili agli ausiliari del mediatore, nonché tutti coloro che coadiuvano lo stesso nell'espletamento del servizio.

Il c. 2 dell'articolo in analisi dispone, invece, che il mediatore ha anche i seguenti specifici obblighi: sottoscrivere, per ciascun procedimento di mediazione per il quale è stato designato, una dichiarazione di imparzialità secondo quanto previsto dal regolamento dell'organismo di appartenenza; informare senza ritardo l'organismo per il quale opera e le parti dei possibili pregiudizi all'imparzialità nello svolgimento della propria funzione e le ragioni connesse; formulare proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative; corrispondere immediatamente ad ogni richiesta organizzativa proveniente dal responsabile dell'organismo.

Nel caso in cui gli obblighi sopra indicati non risultino adempiuti, il mediatore può essere sostituito su richiesta di una delle parti mediante l'apposito provvedimento del responsabile dell'organismo di mediazione adito.

14. I doveri e i diritti dell'avvocato

Innanzitutto occorre ricordare, ancora una volta, che non è obbligatoria la

presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione, tuttavia potrebbe essere utile che la parte vi si faccia assistere, vista la presenza di aspetti delicati che richiedono un'assistenza tecnica specifica la cui gestione potrebbe rilevare nell'eventuale procedimento giudiziale.

Una volta contattato dal proprio cliente, l'avvocato deve informare lo stesso della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal D.Lgs n. 28/2010; delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20 e, infine, dei casi nei quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Normalmente la predetta informativa è resa all'atto di conferimento dell'incarico e dev'essere fornita in modo chiaro e per iscritto. Il documento che la contiene, infatti, deve essere sottoscritto dall'assistito, nonché allegato all'atto introduttivo dell'eventuale e successivo giudizio.

Il cliente che non abbia ricevuto le informazioni in modo corretto ed esaustivo può chiedere l'annullamento del contratto di assistenza legale a causa di violazione degli obblighi di informazione¹⁷⁸.

Il Codice deontologico forense è stato modificato nel 2011, mediante l'inserimento dell'art. 55 – bis “*mediazione*” il quale dispone testualmente che: “*L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice. I. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza. II. Non può assumere la funzione di mediatore l'avvocato: a) che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti; b) quando una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'art. 815, primo comma, del codice di procedura civile. III. L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti: a) se non siano decorsi*

¹⁷⁸ La regolamentazione nazionale prende le mosse dagli artt. 9 e 10 della Direttiva europea 2008/52/CE i quali sono tesi a favorire la diffusione dello strumento della mediazione, prevedendone la divulgazione mediante qualsiasi mezzo appropriato. Allo stesso modo l'art. 25 dei considerando precisa che gli Stati membri devono incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti della possibilità di mediazione.

almeno due anni dalla definizione del procedimento; b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali. IV. E' fatto divieto all'avvocato consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione".

15. Gli aspetti affrontati dal D.M. 10 ottobre 2010, n. 180

Il decreto, pubblicato sulla G. U. n. 258 del 4 novembre, recante il Regolamento per la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del Registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, ha lo scopo di completare l'attuazione normativa della delega legislativa conferita dal Parlamento al Governo con il già citato art. 60 L. n. 69/2009.

Il decreto ministeriale disciplina molti aspetti tecnici, ossia: l'istituzione del Registro degli organismi di mediazione presso il Ministero; i criteri e le modalità di iscrizione nel Registro, la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione degli enti di formazione dall'elenco; l'istituzione dell'elenco dei formatori per la mediazione presso il ministero; i criteri e le modalità di iscrizione nell'elenco, la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione degli enti di formazione dall'elenco; l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti pubblici di diritto interno, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti dagli enti privati.

16. Le spese di procedura

Per affrontare tale profilo occorre innanzitutto riprendere il contenuto dell'art. 17 D.Lgs n. 28/2010, rimandando l'analisi del contenuto del d.M. *ex post*. L'art. 17 del D.Lgs n. 28/2010 afferma che "*tutti gli atti, documenti o provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura*"; inoltre è altresì prevista l'esenzione del verbale di mediazione dall'imposta di registro entro il limite di valore di Euro 50.000, essendo tuttavia dovuta l'imposta per la parte eccedente.

Il legislatore ha precisato altresì che nel caso specifico in cui la mediazione

costituisce condizione di procedibilità della domanda, i soggetti che possono accedere al gratuito patrocinio non devono versare all'organismo adito alcuna indennità.

A tale proposito occorre chiarire che le indennità comprendono le spese di avvio del procedimento, nonché le spese di mediazione. Più nel dettaglio si osserva che le spese di avvio del procedimento devono, secondo quanto disposto dal decreto ministeriale, essere comprese nell'importo dell'indennità complessiva e costituiscono il corrispettivo diretto dei singoli organismi per l'organizzazione dell'attività di mediazione. Per tale ragione è previsto che le parti versino l'importo di Euro 40,000; in particolare l'istante le verserà al momento del deposito della domanda di mediazione, mentre la parte chiamata a partecipare al procedimento di mediazione, effettuerà il versamento al momento della sua adesione al procedimento.

Le spese di mediazione rappresentano, invece, il corrispettivo da versarsi per l'opera di mediazione che il mediatore presterà quale professionista; esse devono essere corrisposte all'organismo prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà. Le spese di mediazione sono comprensive dell'onorario del mediatore per l'intero procedimento, indipendentemente dal numero di incontri svolti e dalla quantità e qualità di impegno che ciascun caso richiede. Esse, inoltre, sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento per l'importo di cui alla tabella A allegata al decreto e, in caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento, ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di uno o più mediatori ausiliari, ovvero ancora di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto, esse non possono subire alcun mutamento.

Tuttavia l'art. 16 del Regolamento prevede alcuni casi di variazione degli importi dovuti, di natura obbligatoria o facoltativa. Il valore delle spese di mediazione, quindi, può essere aumentato in misura non superiore ad un quinto, tenuto conto della particolare importanza, complessità e difficoltà dell'affare; deve essere aumentato in misura non superiore ad un quinto in caso di successo della mediazione; deve essere aumentato di un quinto in caso di formulazione della proposta di cui all'art. 11 del decreto legislativo n. 28; deve essere ridotto di un terzo nelle materie di cui all'art. 5, c. 1 del decreto; infine deve essere ridotto di un terzo

quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione partecipa al procedimento¹⁷⁹.

17. Gli organismi di mediazione

Come già accennato, i mediatori operano mediante organismi di mediazione, costituiti da enti pubblici o privati che diano garanzia di serietà ed efficienza.

Tali organismi, iscritti al registro di cui all'art. 16 D. Lgs n. 28/2010 sono, appunto, abilitati a fornire il servizio di mediazione.

Sino all'emanazione del d.M n. 28/2010 la disciplina di riferimento era costituita dal d.m. 23 luglio 2004 n. 222¹⁸⁰ che dettò la prima disciplina attuativa basata su un

¹⁷⁹ S. VIOTTI, *Il regolamento in materia di mediazione civile. Primi spunti applicativi*, in Giur. merito 2011, 01, 23 ss.

¹⁸⁰ Il d.M 23 luglio 2004 n. 222 ha dettato il regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del Registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del D. Lgs 17 gennaio 2003, n. 5. Il predetto registro era articolato in modo tale da distinguere gli enti pubblici da quelli privati; inoltre erano presenti differenti sezioni dedicate all'elenco dei conciliatori, all'elenco dei soci, associati, dipendenti, amministratori e rappresentanti degli Enti privati.

Esso prevedeva che gli organismi di conciliazione, costituiti da Enti pubblici o da soggetti privati, essendo soggetti di diritto pubblico o privato, dovessero proporre la domanda di iscrizione alla Direzione Generale della Giustizia Civile corredata da tutta la documentazione richiesta, mentre gli organismi di conciliazione costituiti dalle Camere di Commercio, anche in forma associata, erano iscritte su semplice domanda. I documenti da allegare alla richiesta di iscrizione erano i seguenti: atto costitutivo dell'Ente o dell'Organismo; statuto; atto istitutivo dell'Organismo non autonomo soggetto di diritto; statuto dell'Organismo non autonomo soggetto di diritto; bilancio o rendiconto economico e patrimoniale degli ultimi due esercizi; documentazione ulteriore della capacità patrimoniale (facoltativo); polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000 Euro per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione, conforme al modello di cui all'Appendice IV del fac-simile della domanda; certificazione dell'onorabilità dei soci/amministratori; certificazione dell'onorabilità dei rappresentanti/amministratori; regolamento di procedura; tabella delle indennità; dichiarazione del legale rappresentante in ordine alle garanzie di indipendenza, riservatezza e imparzialità; dichiarazione sull'idoneità delle della sede del servizio; dichiarazione sulla trasparenza amministrativa e contabile, anche relativamente al rapporto giuridico ed economico dei conciliatori; elenco dei conciliatori che si dichiarano disponibili allo svolgimento del servizio; autocertificazione dei conciliatori dei requisiti di onorabilità; dichiarazione dei conciliatori relativa alla disponibilità esclusiva; indicazione dei soggetti nominativamente indicati per i compiti di segreteria. In particolare i soggetti differenti dalle Camere di Commercio che richiedevano l'iscrizione nel Registro dovevano possedere particolari requisiti di professionalità ed efficienza, la cui sussistenza doveva essere verificata dal responsabile del registro; quest'ultimo doveva procedere alla verifica della sussistenza dei seguenti elementi: forma giuridica dell'ente o dell'organismo, del grado di autonomia dello stesso, nonché della compatibilità dell'attività svolta con il suo oggetto sociale o lo scopo associativo; consistenza dell'organizzazione di persone e di mezzi, e il suo grado di adeguatezza, anche sotto il profilo patrimoniale; requisiti di onorabilità dei soci, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, non inferiori a quelli fissati a norma dell'art. 13 del D. Lgs n. 58/1998; trasparenza amministrativa e contabile dell'ente, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'ente ed i singoli conciliatori; garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio, nonché la conformità del regolamento di procedura di conciliazione alla legge e della tabella delle indennità ai criteri stabiliti dall'apposito regolamento; numero dei conciliatori, non inferiore a sette (requisito non richiesto per gli organismi di conciliazione costituiti dalle CCIA), che abbiano dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di conciliazione in via

duplice binario, pubblico e privato, così come previsto dal D. Lgs 17 gennaio 2003 n. 5.

Allo stesso modo, il d.m. di recente emanazione, così come previsto dal D. Lgs 28/2010, riprende, sostanzialmente, il contenuto normativo del precedente decreto attuativo, aggiungendo però alcuni elementi innovativi.

In ragione dell'importanza dello strumento della mediazione che, come tale, resta un procedimento strutturato che consente alle parti di conseguire risultati pratici di grande efficacia ed efficienza, il nostro legislatore ha affiancato alla norma di principio di cui all'art. 3, c. 1 del D. Lgs n. 28/2010 diverse disposizioni di rango primario e secondario, così da delimitare gli spazi di manovra per la regolamentazione degli organismi.

In primis occorre, quindi, precisare che l'art. 16, c. 3 prevede l'onere in capo ad ogni organismo di mediazione di depositare, all'atto della domanda di iscrizione nel registro ministeriale, il proprio regolamento di procedura, aggiungendo così un'ulteriore prescrizione oltre a quella di cui al c. 2 dell'art. 3, secondo la quale gli organismi, nella redazione del regolamento, devono ispirarsi ai principi di riservatezza del procedimento e di modalità di nomina del mediatore in grado di assicurare l'imparzialità e la professionalità degli stessi.

Passando ad analizzare il contenuto del Regolamento, si vedrà innanzitutto che, così come prescritto all'art. 2, il regolamento disciplina i seguenti aspetti: l'istituzione del registro presso il Ministero; i criteri e le modalità di iscrizione nel Registro, nonché la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione dei singoli organismi dal Registro; l'istituzione dell'elenco presso il Ministero; i criteri e le modalità di iscrizione nell'elenco, nonché la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione degli enti di formazione dall'elenco; l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti pubblici di diritto interno, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati.

esclusiva per il richiedente; sede legale dell'organismo di conciliazione. Inoltre, nel caso in cui l'ente fosse stato costituito da un'associazione tra professionisti o da una società di avvocati, l'organismo doveva avere a disposizione almeno due prestatori di lavoro subordinato, anche in via non esclusiva, che non ricoprivano già il ruolo di soci, associati o amministratori o rappresentanti del medesimo ente con compiti prevalentemente di segreteria; in tutti gli altri casi i predetti compiti dovevano essere svolti da due persone, nominativamente indicate, e rispetto alle quali doveva essere indicato anche il tipo di contratto giuridico ed economico applicato.

Riprendendo il precedente modello organizzativo, il d.m. in analisi prevede innanzitutto l'esistenza di un responsabile del registro individuato nella persona del direttore generale della giustizia civile, ovvero altro soggetto da questi nominato e che abbia la qualifica di dirigente nell'ambito della direzione generale; la gestione del registro deve avvenire in modalità informatica in modo tale che l'elaborazione dei dati sia rapida. Inoltre l'articolazione del registro prevede due parti: quella relativa agli organismi di conciliazione istituiti da enti pubblici, a sua volta suddivisa in tre distinte sezioni, dedicate, rispettivamente: all'elenco dei mediatori; all'elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale; all'elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo.

La seconda parte è, invece, dedicata agli organismi di mediazione istituiti da enti privati, rispetto ai quali la normativa prevede, questa volta, quattro sezioni: le prime tre identiche alla prima parte, mentre la sezione d), aggiuntiva, riporta l'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli organismi.

Gli organismi che vogliono ottenere l'iscrizione nel registro devono innanzitutto proporre la domanda, corredata da tutta la documentazione necessaria. Il responsabile del registro, una volta verificata la sussistenza degli elementi di cui all'art. 4, procede all'iscrizione. Tuttavia, in ogni caso, occorre allegare alla domanda il regolamento di procedura, la scheda di valutazione del servizio, copia della quale deve essere, a norma dell'art. 7, c. 5, lett. b) d.M, consegnata a ogni parte che abbia partecipato al procedimento di mediazione e, infine, la tabella delle indennità redatta secondo i criteri stabiliti all'art. 16 del medesimo regolamento¹⁸¹.

A differenza della precedente normativa, quella di nuova emanazione individua un arco temporale più ristretto entro il quale il procedimento di iscrizione dev'essere concluso, ovvero quaranta giorni decorrenti dalla data di ricezione della domanda da parte del Ministero; tuttavia è previsto un ulteriore ed eventuale termine di venti giorni utile alla produzione dei documenti integrativi laddove richiesti dal responsabile¹⁸².

Una delle norme più significative del decreto è indubbiamente l'art. 7 che, a

¹⁸¹ La normativa prevede che l'iscrizione nel registro degli enti privati sia subordinata all'approvazione delle tariffe.

¹⁸² Secondo la lettera della normativa, se allo scadere dei due termini precedentemente descritti, il responsabile non ha comunicato nulla, allora si procedere alla registrazione.

completamento di quanto detto, analizza in modo specifico la disciplina del regolamento di procedura. Esso deve contenere l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è tuttavia derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.

Il predetto articolo dispone, inoltre, l'introduzione di contenuti obbligatori, sia positivi che negativi, nonché di contenuti facoltativi¹⁸³.

18. Le diverse competenze degli organismi di mediazione nostrani le ripercussioni sulla proposta e sull'accordo in caso di mediazione

Un argomento poco trattato dalla dottrina e, sino ad ora mai considerato dalla giurisprudenza, è quello relativo ai rapporti tra le violazioni delle competenze per materia degli organismi di mediazione, la proposta formale avanzata dal mediatore ai

¹⁸³ *Art. 7. Regolamento di procedura 1. Il regolamento contiene l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo. 2. L'organismo può prevedere nel regolamento: a) che il mediatore deve in ogni caso convocare personalmente le parti; b) che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; c) la possibilità di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni, e aventi per oggetto la medesima controversia; d) la formazione di separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche; e) che la mediazione svolta dall'organismo medesimo è limitata a specifiche materie, chiaramente individuate. 3. Il regolamento stabilisce le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore e disciplina le conseguenze sui procedimenti in corso della sospensione o della cancellazione dell'organismo dal registro ai sensi dell'articolo 10. 4. Il regolamento non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche. 5. Il regolamento deve, in ogni caso, prevedere: a) che il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità di cui all'articolo 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo; b) che, al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte del procedimento viene consegnata idonea scheda per la valutazione del servizio; il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere trasmessa per via telematica al responsabile, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento; c) la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo. 6. Fermo quanto previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo, il regolamento garantisce il diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, che il responsabile dell'organismo è tenuto a custodire in apposito fascicolo debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione. Il diritto di accesso ha per oggetto gli atti depositati dalle parti nelle sessioni comuni ovvero, per ciascuna parte, gli atti depositati nella propria sessione separata. 7. Non sono consentite comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, eccetto quelle effettuate in occasione delle sessioni separate. 8. I dati raccolti sono trattati nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante "Codice in materia di protezione dei dati personali".*

sensi dell'art. 11 D.Lgs 28/2011, la conciliazione ed i relativi effetti sul piano sostanziale e processuale.

Come già ricordato, la scelta fatta dal legislatore italiano di introdurre la mediazione amministrata, cioè la cui gestione sia affidata ad appositi organismi privati e pubblici in concorrenza tra loro, è stata legittima; tuttavia i predetti enti, dopo aver ottenuto il riconoscimento ministeriale, devono prestare la propria attività mediante mediatori regolarmente iscritti nelle proprie liste che sono tenuti, come ovvio, a rispettare il regolamento di mediazione, il tariffario ed il codice etico adottato dall'Organismo presso il quale operano. Tuttavia ciò che è importante sottolineare poiché ancora poco compreso dai professionisti che si trovano tutti i giorni a fare i conti con questo nuovo strumento di risoluzione delle controversie, spesso obbligatorio, è che gli organismi di mediazione non hanno competenze identiche in quanto esistono delle differenze per materia.

Infatti gli organismi privati, secondo quanto disposto dall'art. 16, c. 1 del decreto legislativo, possono “*gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art. 2 del Decreto*” medesimo, ossia per le “*controversie in materia civile e commerciale*”. Questo significa che nei confronti degli stessi è offerta la possibilità di offrire il servizio di mediazione senza limiti di materia, essendo semmai l'organismo in questione a decidere di non operare in alcuni settori, come ad esempio quelle delle controversie in materia di consumo, ovvero in quello delle liti transfrontaliere. In tal caso l'Organismo non chiederà l'iscrizione nelle due apposite sezioni del registro tenute presso il Ministero della Giustizia e, decidendo di limitare la propria attività a specifiche materie, le individua chiaramente nel proprio regolamento di mediazione, così come previsto dall'art. 7, comma 2, lett. e) del D.M n. 180/2010.

Con particolare riferimento agli organismi costituiti presso i tribunali e per quelli istituiti presso le Camere di Commercio, la situazione è differente; con riferimento ai primi, infatti, occorre tenere conto del fatto che essi sono stati costituiti presso i singoli consigli dell'ordine degli avvocati secondo l'art. 16, comma 1 e 18 del decreto legislativo e la loro posizione pare analoga a quella degli organismi privati appena analizzata, tuttavia la medesima riflessione non può essere condotta per gli

altri organismi, istituiti presso i consigli degli ordini professionali differenti rispetto a quelli degli avvocati e di cui all'art. 19, comma 1 del decreto legislativo.

Il decreto, infatti, prevede che questi organismi possono essere costituiti, e di conseguenza operare, soltanto nell'ambito delle materie riservate alla loro competenza. Nel caso di una controversia che presenti questioni che non rientrano completamente nella loro competenza perché costituita sia da aspetti tecnici che giuridici, allora la soluzione potrebbe essere quella di effettuare una co-mediazione ex art. 8, c. 1 D.Lgs n. 28 ed art. 7, c. 2, lett. c del decreto attuativo, fatta nel contesto di accordi tra differenti Organismi, in modo da sommare le rispettive competenze. Per quanto riguarda, poi, la competenza degli enti costituiti presso le Camere di Commercio occorre procedere ad un'analisi separata.

19. Gli organismi di formazione ed i formatori alla luce della nuova disciplina di cui al decreto 6 luglio 2011, n. 145

L'art. 17 del d.m. 180 prevede altresì la tenuta, presso il Ministero, di un apposito elenco degli enti abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori; esso risulta articolato in due parti, ulteriormente suddivise in sezioni; nello specifico la parte I, dedicata agli enti pubblici, prevede due sezioni distinte e relative, la prima, all'elenco dei formatori e la seconda a quello dei responsabili scientifici.

La seconda parte che raggruppa gli enti privati, è invece suddivisa in tre sezioni: le prime due sono identiche a quelle previste per gli enti pubblici, mentre la terza comprende l'elenco dei soci, degli associati, degli amministratori e dei rappresentanti degli enti¹⁸⁴. La medesima disposizione normativa chiarisce che il responsabile è tenuto a curare costantemente l'aggiornamento dei dati mediante modalità informatiche che consentono una rapida elaborazione dei dati stessi.

Il percorso formativo, precedentemente disciplinato dal d.m. 24 luglio 2006, è stato riformato dal d.m. di recente emanazione, il quale ha previsto che tra i requisiti per l'iscrizione è previsto ed istituzionalizzato un percorso formativo di durata non inferiore a 50 ore suddivise in lezioni teoriche e pratiche all'interno delle quali si svolgono simulazioni di casi concreti con partecipazione attiva dei discenti, con un massimo di trenta partecipanti per corso. Ai fini dell'ottenimento dell'attestato di

¹⁸⁴ Mentre gli elenchi dei formatori e dei responsabili scientifici sono pubblici, l'accesso alle altre annotazioni è regolato dalle vigenti disposizioni di legge.

partecipazione è previsto il superamento di una prova pratica finale della durata minima di quattro ore, articolata in parte teorica e in parte pratica. Il legislatore ha previsto un ampio ventaglio di materie oggetto dei corsi di formazione in ragione della quantità e complessità delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità dell'azione; in particolare le suddette materie riguardano: la normativa nazionale, comunitaria ed internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative ed aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione dei conflitti ed interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia ed operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti, responsabilità del mediatore.

Oltre ai corsi di formazione di base, la normativa ha previsto un ulteriore percorso di aggiornamento professionale e di formazione di durata complessiva pari a non meno di 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, durante il quale i partecipanti vengono messi alla prova con delle sessioni simulate.

Il responsabile scientifico dell'ente, oltre ai requisiti di onorabilità, dovrà verificare il possesso di ulteriori requisiti di qualificazione scientifica dei formatori, secondo specifiche competenze dichiarate¹⁸⁵. Gli aspiranti docenti dei corsi teorici dovranno aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie; mentre gli aspiranti docenti di corsi pratici dovranno aver operato, in qualità di mediatore, in almeno tre procedure presso organismi di mediazione o conciliazione. Infine il legislatore ha previsto che tutti i docenti debbano aver svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, nonché di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti per almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio.

¹⁸⁵ Qualche dubbio interpretativo emerge dalla formulazione dell'ulteriore requisito per l'iscrizione o l'individuazione da parte del richiedente di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, che attesti la completezza dell'adeguatezza del percorso formativo e di aggiornamento.

Importanti modifiche al d.m. 180 sono state introdotte con il decreto 6 luglio 2011, n. 145 con lo scopo di risolvere alcune criticità emerse in sede di prima applicazione della disciplina. In particolare lo schema regolamentare interviene con modalità differenti in modo tale da incrementare il supporto amministrativo dell'autorità di vigilanza sugli organismi di mediazione e sugli enti di formazione, così da consentirne l'effettività; implementare l'aggiornamento formativo biennale dei mediatori; incrementare le facoltà regolamentari degli organismi di mediazione in modo tale da consentirne la completezza necessaria, specialmente imponendo ai predetti regolamenti criteri predeterminati per l'assegnazione degli affari di mediazione che siano rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia della laurea in ipotesi posseduta; risolvere alcune delle criticità della disciplina delle indennità in specie contenendone i costi nelle ipotesi di mediazione obbligatoria e contumacia; prorogare i termini per l'adeguamento dei mediatori e formatori di diritto ai requisiti della nuova normativa.

In particolare, le modifiche più significative riguardano i criteri di determinazione dell'indennità di cui all'art. 16 d.M 180/2010. Il recente intervento correttivo ha previsto che l'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato a norma della medesima tabella A, deve essere aumentato in misura non superiore a un quarto in caso di successo della mediazione e non più di un quinto, come invece aveva originariamente stabilito il decreto 180; inoltre il medesimo importo deve essere ridotto a euro quaranta per il primo scaglione e ad euro cinquanta per tutti gli altri scaglioni quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento. Il testo precedentemente vigente prevedeva, per il medesimo caso, una riduzione pari ad un terzo dell'importo massimo delle spese di mediazione.

Un altro profilo importante che è stato chiarito riguarda il momento in cui deve avvenire il saldo delle spese per il procedimento, fermo restando che le stesse devono essere corrisposte in misura non inferiore alla metà ed in un momento antecedente l'inizio della mediazione. A tale proposito il decreto 145/2011 ha precisato che *“il regolamento di procedura dell'organismo può prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero prima del rilascio del verbale di accordo di cui*

all'articolo 11 del decreto legislativo. In ogni caso, nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione". Ne deriva che il legislatore ha lasciato liberi gli organismi di pianificare come meglio credono il pagamento delle spese di procedura: degno di nota, però, il fatto che gli stessi non possano, in nessun caso, rifiutarsi di svolgere la mediazione per le materie per le quali la stessa è condizione di procedibilità, tanto meno nel caso in cui il pagamento non sia ancora avvenuto al momento del rilascio del verbale di accordo.

Anche l'art. 20 d.M. 180/2010, *disciplina transitoria*, è stato modificato dal decreto di recente emanazione che ha, innanzitutto, posticipato il momento del controllo dei requisiti degli organismi già iscritti nel Registro di cui al decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222, rispetto a quello dell'iscrizione.¹⁸⁶ Lo stesso intervento è stato operato anche con riferimento agli enti abilitati a tenere i corsi di formazione.

Inoltre, l'art. 20 ha prorogato da sei mesi ad un anno tutti i termini per l'acquisizione dei requisiti formativi da parte dei mediatori. Gli operatori che devono essere formati, data la quantità di lavoro che verrà riversata sugli organismi soltanto per le materie di cui all'art. 5 D.Lgs 28/2010, sono infatti numerosissimi; la proroga del termine consentirà, quindi, ai mediatori già formati di operare e, nel frattempo, di perfezionare la propria formazione. Sempre con riguardo alla formazione dei mediatori è stato aggiunto un ultimo comma all'art. 8, *obblighi degli iscritti*, secondo il quale gli organismi che hanno ottenuto l'iscrizione nell'apposito registro sono tenuti a disciplinare nel proprio regolamento, consentendolo, il tirocinio assistito, così come introdotto dal riformato art. 4, c. 3, lett. b, ossia *"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"*.

Per quanto riguarda il regolamento di mediazione il decreto correttivo ha aggiunto le lettere d) ed e) all'art. 7, secondo le quali il regolamento dell'organismo deve

¹⁸⁶ La scelta di procedere con una iscrizione di diritto, subordinata alla verifica dei requisiti in fase successiva, ovvia al problema, paradossale, che veniva a crearsi in base alla regola precedente: infatti, prima del d.m. 180/2010, era prevista l'impossibilità di operare sino alla data di registrazione, la quale era però effettuata in ordine cronologico di presentazione delle domande. Detto brevemente, l'attesa della registrazione poteva bloccare proprio l'operatività di quegli organismi che, per assurdo, vantassero un'esperienza importante e pluriennale nel campo.

prevedere che “d), nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo; e) criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta”.

Infine il decreto 145/2011 ha previsto che può essere nominato responsabile del registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione tenuto presso il Ministero uno tra i seguenti soggetti: il direttore generale della giustizia civile, una persona da lui delegata con qualifica dirigenziale o con qualifica di magistrato nell'ambito della direzione generale. Inoltre, rispetto all'attività di vigilanza, è stata introdotta la possibilità per il direttore generale della giustizia civile di avvalersi della collaborazione dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia.

Capitolo III

Le ADR in Brasile

“L’eleganza non riguarda il modo di impugnare la spada, ma si palesa nel dialogo che può evitare la guerra”.

P. Coelho, *Il manoscritto ritrovato ad Accra*

1. Le peculiarità del diritto civile brasiliano e le fonti del diritto in seguito all’indipendenza del Brasile

Una breve analisi del diritto civile brasiliano richiede una previa indagine del sistema del diritto civile dell’intero continente sudamericano il quale si caratterizza, innanzitutto, dal punto di vista sistematico, per il suo pluralismo giuridico che, tuttavia, è, fondamentalmente, riconducibile alla dualità del diritto dell’America portoghese, cioè quello brasiliano - diritto dell’America spagnola, ossia Latina.

A differenza del continente africano -laddove i colonizzatori francesi ed inglesi hanno riportato le influenze delle relative culture giuridiche stratificandole e, quindi, consentendo alle stesse di sovrapporsi l’una sull’altra, senza tuttavia cancellare la cultura originaria, fondata su una tradizione orale- il continente sudamericano ha visto cancellare dai colonizzatori spagnoli e portoghesi la cultura giuridica preesistente, creando così il cd. diritto delle indie: un diritto speciale applicato solo in quella regione ove i colonizzatori si erano stabiliti.

Con specifico riferimento alla cd. America portoghese, i colonizzatori provenienti dal Portogallo hanno utilizzato il sistema del “patronato”, costituito da un forma di negoziazione tra il potere del sovrano e quello dei privati ai quali il re cedeva parte della sua sovranità limitatamente ad un territorio e, come contropartita, aveva una quota di merci e di denaro. Questo sistema, come facilmente intuibile, oltre a creare una grande confusione a livello amministrativo e giudiziario, era la fonte di una diffusa corruzione, a tutti i livelli, anche e soprattutto nel campo della giustizia.

In Brasile il pluralismo giuridico non è riconosciuto dallo Stato, tuttavia esso si manifesta essenzialmente in tre forme: il diritto delle popolazioni autoctone che vivono nei territori non raggiunti dai bianchi; il cd. colonnellismo, ossia il diritto di

produzione dei soggetti che detengono il potere negli sconfinati possedimenti terrieri esistenti in Brasile. Si tratta, quindi, di una produzione giuridica da parte dei proprietari terrieri, i latifondisti, quali esercitavano il potere di vita e di morte su tutte le persone che vivevano nelle loro terre e, ancora oggi, sebbene non abbiano più tale potere, conservano comunque un controllo totale dei loro possedimenti; il diritto della *favela*, in particolare occorre distinguere tra le *favelas* di periferia e le favelas di Rio de Janeiro rispetto alle quali occorre precisare che per lo stato ed il diritto ufficiale brasiliano esse non esistono dal punto di vista legale in ragione del fatto che di esse non c'è traccia nella pianta della stessa città¹⁸⁷.

Passando al diritto ufficiale va segnalato che il sistema del diritto civile brasiliano si caratterizza dal costante tentativo di adattare le esigenze della realtà brasiliana agli istituti giuridici presi a modello dalle altre culture.

L'indipendenza dal Portogallo fu proclamata il 7 settembre 1822 dal principe reggente D. Pedro che, divenne imperatore del Brasile col titolo di D. Pedro I. La legge del 23 ottobre 1823 dispose che restassero in vigore nell'impero le fonti del diritto lusitano, ossia le Ordinanze, le leggi ed i decreti promulgati dai re portoghesi fino al 25 aprile 1821, data che indica la rottura dell'unità dei due ordinamenti in seguito al ritorno del re D. Joao VI in Portogallo, dal quale, nel 1808, era fuggito con la sua corte per sottrarsi all'invasione napoleonica. Del resto la legge conferiva alle suddette fonti un'autorità provvisoria fin quando non fossero state espressamente modificate o fosse stato organizzato un nuovo codice.

La Costituzione del 1824, relativamente all'organizzazione dello Stato, si ispirava al modello inglese a causa dell'influenza britannica subita durante l'impero e rinforzò il proposito espresso dalla legge del 1823 disponendo che si sarebbe dovuto promulgare quanto prima anche un nuovo codice civile fondato nella *solidas bases da justica e da equidade*. Era, quindi, destinato ad essere rivisto anche il diritto privato che, a quel tempo, risultava disciplinato dalle disposizioni del libro IV delle *Ordenacoes Filipinas* del 1603 in tema di contratto e testamento, poi da molte leggi e provvedimenti regi, che sarebbero aumentati durante l'impero, dagli usi e, infine, dal

¹⁸⁷ Le favelas risultano controllate da poche persone che, utilizzano e riadattano gli istituti del diritto statale trasformandoli per soddisfare le loro esigenze. Tutte le decisioni relative alla vita della comunità all'interno delle favelas e che rientrano nell'ambito del diritto civile, sono adottate da un'assemblea o associazione degli abitanti la cui decisione avviene secondo equità e non secondo diritto.

diritto romano interpretato alla luce della legge del 18 agosto 1769, al fine di colmare molte lacune esistenti.

Nonostante i voti della Costituzione, il codice civile fu emanato solo nel 1916, poco meno di un secolo dopo e quando la monarchia, caduta nel 1889 con l'abdicazione di D. Pedro II era stata costituita con una repubblica federale voluta anche dall'aristocrazia fondiaria colpita nel 1888 dall'abdicazione della schiavitù e organizzata, al pari di altre repubbliche sudamericane, secondo il modello statunitense¹⁸⁸.

Gli studiosi rinvergono la formazione del moderno diritto privato portoghese e brasiliano verso la metà del secolo XVIII, durante l'età del jusnaturalismo, e fino al primo ventennio del XX secolo. Con l'indipendenza brasiliana del 1822, però, il percorso di sviluppo comune si interruppe e, a partire dall'età dell'individualismo, il diritto privato seguì percorsi differenti.

Si è già fatto cenno alle *ordenacoes filippina*, tuttavia occorre precisare che esse hanno costituito, nel secolo XVIII, la principale fonte di diritto privato luso-brasiliano; esse erano divise in cinque libri, come le precedenti *Ordenacoes* di D. Alfonso V (1446-47) di D. Manuel (1521); erano state emesse da Filippo II del

¹⁸⁸ “Nel 1946 Ascarelli osservò che il fatto che per tre secoli, cioè dal 1500, data scoperta e dell'inizio della colonizzazione portoghese, fosse rimasto in vigore un sistema di diritto comune, imperniato sulle *Ordenacoes Filipinas*, collocabili nel quadro del diritto romano comune vigente in Europa nel sec. XVII, senza che nel corso del secolo XIX vi fosse stato alcun rinnovamento legislativo riconducibile alla rivoluzione francese, accomuna la storia giuridica del Brasile a quella della Germania, dove pure si è passati dal sistema del diritto comune al codice civile del 1900. Le cause del ritardo possono essere individuate, in primo luogo, in una certa vitalità del codice commercial del 1850, le cui disposizioni furono utilizzate per l'interpretazione analogica dei contratti e delle garanzie del diritto civile e che, in generale, si rivelò idonea a soddisfare gli interessi della classe dei latifondisti, esportatori di zucchero e caffè, al potere durante l'impero e la repubblica velha; in secondo luogo, nello stesso processo di formazione del codice civile, particolarmente complesso, anche se non segnato da polemiche sull'opportunità di codificare d'intensità paragonabile a quelle divampate in Germania nei primi decenni dell'Ottocento. Esaminando i caratteri del diritto privato italiano e brasiliano, lo stesso Ascarelli sottolineava che quest'ultimo, conservata una buona parte del carattere “ludico” del diritto lusitano, era rimasto più vicino del nostro alla tradizione del diritto romano. La medesima osservazione è stata fatta anche comparando il codice civile brasiliano del 1916 e il codice civile portoghese del 1867. Si è cioè messo in evidenza che il codice sudamericano si era adeguato ai tempi meno dell'altro, pur entrando in vigore mezzo secolo prima. Per fornire immediatamente un solo esempio di questa realtà, si può osservare che, nel campo del trasferimento della proprietà, mentre il codice brasiliano faceva proprio con qualche adattamento il sistema tedesco, basato sulla coppia *titulus adquirendi-modus adquirendi*, il codice civil portoghese del 1867, come del resto i codici civili italiani del 1865 e del 1942, aveva mutuato il principio consensualistico dell'art. 1.138 del codice di Napoleone. Il minor tasso di modernità del codice del 1916 può essere spiegato ricostruendo l'evoluzione del diritto privato portoghese e brasiliano a partire dalla metà del XVIII secolo”. Così A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Giuffrè, 2005, pag. 19 ss.

Portogallo (III di Spagna) durante il dominio spagnolo in Portogallo e confermate da D. Joao IV nel 1643 dopo la restaurazione dell'indipendenza. Tuttavia queste ordinanze avevano molti difetti in quanto risultavano poco chiare, contraddittorie, prolisse e lacunose poiché interi settori del diritto privato non venivano nemmeno presi in considerazione. Tra l'altro un paragrafo molto utilizzato delle *ordenacoes*, il 64 di cui al *Livro III*, dedicato al *dereito processual*, legittimava il ricorso al diritto romano come sussidiario per attingere le regole interpretative delle più oscure disposizioni in vigore, sia per decidere i casi omessi tranne quelli riguardanti la *materia de pecado*, che dovevano essere per forza risolti dal diritto canonico. A completamento del diritto romano, le Ordinanze autorizzavano il ricorso alla Glossa di Accursio ed alle opinioni di Bartolo, purchè non contraddette dalla *communis opinio* della dottrina.

Fu così che in questo scenario precario e ingarbugliato, come del resto molti ordinamenti dell'Europa dell'Illuminismo, verso la metà del secolo XVIII intervennero anche in Portogallo le correnti dottrinarie del diritto naturale *dell'usus modernus pandectarum*, preoccupate per la disfunzione della giustizia e per i modi di decidere le cause nei tribunali, accomunate dalla volontà di razionalizzare l'ordinamento eliminando le interpretazioni abusive e legate tra loro.

L'influenza dei giuristi portoghesi, tra i quali il più influente fu Luis Antonio Verney, preparò le riforme della giustizia e degli studi universitari attuati dal Marchese di Palombal.

La prima riforma, vera pietra miliare nella storia giuridica di Portogallo e Brasile, la *lei da boa razao*, proibì l'uso del diritto canonico nei tribunali civili, disciplinò i casi di interpretazione autentica della legge, cioè quelli nei quali il tribunale supremo del Regno, la *Casa da Supplicacao*, emetteva *assentos*, sentenze che recepivano l'interpretazione del re, organo giudiziario di ultima istanza e che gli altri giudici erano obbligati a seguire in casi simili; tale regola è quella dello *stare decisis*, conosciuta anche da altri ordinamenti dell'Europa continentale nei quali si realizzò il processo di unificazione del diritto *sub specie interpretationis*. Essa stabilì i criteri per interpretare le leggi, vietò agli avvocati ed ai giudici di citare negli atti difensivi e nelle sentenze le glosse di Bartolo e di Accursio, nonché le opinioni di dottori se il caso era stato espressamente disciplinato dalle ordinanze, dalle leggi patrie o dagli

usi del Regno legittimamente approvati e, soprattutto, indicò il diritto suppletivo chiamato a soccorrere i giudici nel silenzio di queste fonti. Per colmare le lacune essi avrebbero dovuto fare di nuovo riferimento al diritto romano, ma soltanto quando lo stesso poteva essere ritenuto espressione di *boa razao*¹⁸⁹.

Tre anni più tardi fu riformato l'insegnamento universitario e, nei nuovi *Estadudos da Universidade* di Coimbra vennero fissati criteri di insegnamento del tutto coerenti con l'impostazione della legge de 1769: i professori dovevano insegnare solo le regole del diritto romano che potevano considerarsi espressione della buona ragione e, in caso di dubbi, dovevano indagare "*l'uso moderno di quelle stesse leggi romane tra le sopradette nazioni che oggi abitano l'Europa. E scoprendo che esse le osservano anche nel tempo presente, si devono ritenere applicabili.*" Per abituarsi i professori dovevano utilizzare le opere dei grandi esponenti dell'uso moderno *das pandectas* come ad esempio Thomasius, Struve, Bohmer, ecc. che, disciplinando il metodo di studio e l'insegnamento del diritto suppletivo, ebbero un enorme valore pratico perché le conclusioni dei professori furono considerate come dei chiarimenti normativi a disposizione dei giuristi per rendere correttamente i precetti della lei da *boa razao* ed individuare le disposizioni del diritto romano applicabili alla risoluzione del caso concreto. In effetti negli *assentos* della *Casa de Supplicacao*, che erano mezzi di interpretazione autentica delle leggi ed innovarono ampi settori del diritto privato, si trovano eloquenti esempi dell'influenza esercitata sul giudice dalle nuove disposizioni e dall'opera dei professori universitari, i nuovi signori del diritto portoghese, il più autorevole dei quali fu Pascal José de Melo Freire, autore di un monumento della cultura giuridica di ispirazione illuministica, le *Institutiones Juris Civilis Lusitani* pubblicate tra il 1780 ed il 1793.

Nel rinnovamento del diritto privato, l'influenza della giurisprudenza, guidata dal nuovo metodo di studio del diritto, fu maggiore e di più lunga durata di quella della legislazione: infatti, delle leggi emesse, solo alcune si radicarono definitivamente nell'ordinamento, mentre molte altre non sopravvissero alla fine del governo pombalino e furono abrogate a partire dalla fine del XVIII secolo, durante il regno di

¹⁸⁹ Ossia della *recta ratio* della scuola giusnaturalista costituita "da quelle verità essenziali, intrinseche ed inalterabili, che l'etica degli stesi romani aveva stabilito e che il diritto divino e umano avevano formalizzato per utilizzarle come regole morali e giuridiche del Cristianesimo".

D. Maria I. Tra le leggi più importanti si devono ricordare quelle che riformarono il diritto successorio, dominate dall'ostilità per la successione testamentaria e per il *favor* verso la successione legittima, considerata unica forma di successione corrispondente alla *razao natural*. Alcune delle disposizioni estranee alla tradizione giuridica portoghese ebbero vita effimera, mentre altre, come la regola *le mort saisit le vif* non fu mai abbandonata dal diritto luso-brasiliano. Un'altra importantissima riforma legislativa fu quella che abolì la schiavitù dei negri nel Continente europeo, dichiarando liberi tutti gli individui nati in Portogallo; inoltre quella che accolse la cosiddetta *equidade bartolina* per cui le enfiteusi esistenti, alla morte dell'ultimo enfiteuta, si dovevano considerare automaticamente rinnovate in favore degli eredi legittimi; quella che restrinse l'ampiezza delle enfiteusi ecclesiastiche; quella che sottomise alla regola della locazione le enfiteusi dei fondi coltivati; ancora quella che legittimò i contratti di usura, condannati dalle leggi ecclesiastiche, proibendo i tassi di interesse superiori al 5% e quella che determinò l'ordine di preferenza dei creditori nel fallimento del debitore.

La legge della buona ragione e gli *Statuti pombalini* dell'Università continuarono a guidare l'attività dei dottori e dei giudici anche nell'epoca liberale, che in Portogallo coincide con la rivoluzione del 1820. Queste disposizioni divennero lo strumento mediante il quale si modernizzò l'ordinamento: si affermarono nuove interpretazioni delle leggi esistenti, opposte a quelle prima in auge o in aperta contraddizione con la stessa lettera delle Ordinanze e delle altre leggi del Regno e furono accolte, a titolo di diritto suppletivo, al posto del diritto romano, molte norme dei codici borghesi europei emessi all'indomani della Rivoluzione francese. Ad esempio, come molti altri giuristi, Correa Telles nel suo *Digesto Portuguez* invocò per la soluzione dei "*casos omissos*" il codice civile francese, austriaco, prussiano e sardo. Tale scelta fu giustificata affermando che "*se gli Estadudos da Universidade, a chiarimento della Lei da Boa Razao permettono di investigare l'uso moderno delle nazioni per mezzo delle opere dei suoi giureconsulti, a maggior ragione l'uso moderno dev'essere cercato nelle loro leggi*"¹⁹⁰. Tuttavia gli storici avvertono che non bisogna esagerare il ruolo innovatore che i codici stranieri svolsero perché molti precetti tradizionali continuano ad avere vigore in quanto la teoria dei codici moderni

¹⁹⁰ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituicoes de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1857, Vol. I, § 40.

nulla poteva contro la lettera delle Ordinanze e delle leggi ad esse complementari. Un esempio della tensione tra vecchio e nuovo diritto è costituito dall'insistenza con la quale molti giuristi manifestarono il loro favore per le regole del *code civil* in materia di vendita con effetti reali, imperniate sul semplice consenso dei contraenti invece che sul sistema romanistico della *traditio*, reale o simbolica, della cosa venduta benché non osassero sostenere che le regole delle Ordinanze, fedeli al sistema romano, erano cadute in disuso in quanto erano state confermate da un'*alvarà* del 1810. Questi studiosi, comunque, vissero la loro battaglia con il codice del 1867; battaglia che però portò quale esito negativo quello della diffusione di una profonda confusione causata dall'affannosa ricerca della buona ragione e le arbitrarie tecniche interpretative utilizzate per adeguare ad essa le disposizioni vigenti. Questi gravi inconvenienti, in Brasile vennero sottolineati da Texeira de Freitas, giurista rigoroso ed incline a rimanere ancorato alle scelte del diritto romano, le cui idee vennero condivise da Clòvis Bevilàqua, autore del *codigo civil* del 1916. Questo dato fu una delle cause della più accentuata fedeltà del sistema brasiliano al diritto romano tradizionale e del distacco dall'ordinamento portoghese che nel 1867 si era dato un codice civile influenzato dal codice napoleonico. Un'ulteriore ragione di carattere generale sta nel fatto che in Brasile, a causa della lontananza del paese dall'Europa e del modo incruento in cui fu raggiunta l'indipendenza nazionale, le idee liberali ebbero un impatto meno violento ed una circolazione più limitata che in Portogallo.

Nella seconda metà dell'Ottocento il governo imperiale, desideroso di aggiornare il sistema giuridico, vista la legislazione numerosissima, disordinata ed antinomica, diede vita alla consolidazione di tutte le leggi nazionali in vista della futura codificazione, fissandone precisamente le caratteristiche: *“la consolidazione sarà fatta per titoli ed articoli nei quali saranno riprodotte in proposizioni chiare e succinte le disposizioni in vigore. Nelle note corrispondenti si dovrà citare la legge da cui la disposizione è tratta e illustrare la consuetudine che si sia formata oltre o contro di essa”*. Su queste basi il Governo stipulò con Teixeira de Freitas¹⁹¹ un

¹⁹¹ Teixeira da Freitas fu attivo durante il regno di D. Pedro II, fu un avvocato di professione, occasionalmente giudice, studioso per proprio conto del diritto romano in quanto la materia fu insegnata all'università soltanto fino al 1854. Era un profondo conoscitore della cultura giuridica francese, tedesca e profondamente devota all'opera di Savigny; inoltre fu influenzato dalle teorie di Karl Friederich Krause e da alcune idee della Scuola storica e della Scuola del Diritto Naturale e,

contratto attraverso il quale egli si impegnava a raccogliere e classificare tutta la legislazione, compreso la legislazione portoghese anteriore all'indipendenza dell'Impero, inserendo e classificando anche le leggi abrogate o obsolete”.

Il sistema da lui creato era regolato dalla gerarchia delle fonti, ogni relazione giuridica aveva la sua propria collocazione e un'assoluta centralità spettava alla persona, titolare di diritti assoluti.

Il giurista bahiano terminò la sua opera nel 1857 con la pubblicazione delle *Consolidacao das Leis Civis*: in tale opera veniva consolidata tutta la legislazione civile in 1333 articoli, ad esclusione delle leggi sulla schiavitù che furono deliberatamente omesse, arricchiti da note dettagliate e preceduti da un'introduzione monumentale. Tale consolidazione fu approvata con decreto dell'Imperatore D. Pedro II e, nonostante non avesse valore formale di legge, ebbe una grande autorità persuasiva, soppiantando di fatto le Ordinanze Filippine.

La *Consolidacao* pose le basi per l'impostazione sistematica del futuro *codigo civil* ed organizzò tutta la legislazione secondo la bipartizione persone-cose e, quindi, diritti personali e diritti reali, chiave secondo Teixeira de Freitas, di tutte le relazioni civili. Questa impostazione costituiva un'audace novità teorica per l'ambiente giuridico luso-brasiliano nel quale circolavano le idee di alcuni autori della Pandettistica tedesca fedeli alla tripartizione gaiana persone, cose, azioni.

Nella “Consolidazione” Teixeira da Freitas applicò le sue idee sulla struttura e sulla funzione dell'ordinamento giuridico: revocò le antiche disposizioni configgenti con la Costituzione del 1824, escluse le disposizioni relative allo statuto degli schiavi, considerati all'epoca come cose, riservandone la raccolta nel *Codigo Negro* in attesa della caduta di quelle *disposicoes vergonhosas*; assicurò i diritti civili agli stranieri sottolineando che la tesi contraria, pur sostenibile secondo la tradizione del diritto romano, avrebbe avuto conseguenze aberranti. Egli inoltre disciplinò lo *estatuto pessoal* secondo la legge del domicilio e non secondo quello della *nacionalidade* delle persone, tenendo realisticamente conto della realtà del Brasile come Paese giovane e di immigrazione¹⁹².

proprio per questa ragione, concepiva il sistema giuridico, fonte di ordine e di progresso, come un'unità sistematica, collegata alle strutture economiche e sociali.

¹⁹² V. POCAR, Considerazioni sull'attualità del pensiero internazionalprivatistico di Augusto Teixeira de Freitas, in S. SCHIPANI (a cura di), Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Padova, 1988, pag. 173 ss.; M. PANEBIANCO, Principi di diritto internazionale privato in Teixeira

Sull'onda del successo della *Consolidacao*, il 10 gennaio del 1859 il Governo stipulò un nuovo contratto con Teixeira de Freitas, incaricandolo di redigere il codice civile entro il 31 dicembre 1861, termine poi prorogato sino al 30 giugno 1864.

Nonostante l'*Esboco*, pubblicato tra il 1860 ed il 1865, era composto da 4.908 articoli, organizzati in un sistema parzialmente diverso e più articolato rispetto a quello della Consolidazione, venne ritenuto dal governo un'opera incompleta, troppo concentrato sulla teoria e prolisso, tanto che nel 1872 il contratto con il giurista venne risolto¹⁹³.

A parte la ricezione di un certo numero di disposizioni, alcune delle quali assai importanti, l'influenza più rilevante esercitata sul codice civile del 1916 riguarda essenzialmente l'organizzazione sistematica della disciplina. Da questo punto di vista, spicca l'introduzione di una parte generale che distacca l'*Esboco* dal *Code Napoléon* avvicinandolo ai modelli germanici che si sarebbero concretizzati nel BGB¹⁹⁴. Alla successione di persone, beni e fatti della parte generale corrisponde nella parte speciale la disciplina, anche se incompleta, dei diritti personali e dei diritti reali, secondo la scansione di cui terrà conto il codice civile del 1916.

Inoltre, distinguendosi dai codici di stampo casistico, come il codice generale prussiano, l'*Esboco*, nella parte *General* tende a tradurre l'articolata realtà economico-sociale in definizioni coniate coi termini concettuali mutuati dalla cultura giuridica e prevalentemente dalla pandettistica¹⁹⁵. Ad esempio, la distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche è legata al dato dell'esistenza visibile ed invisibile che riprende il dibattito sulla soggettività del diritto e la polemica realtà-

de Freitas, ivi, 213 ss; A. M. VILLELA, *O direito International privado no Esboco de Teixeira de Freitas*, ivi, 179 ss.

¹⁹³ Benchè incompiuto, certamente l'“Abbozzo” occupa un posto di rilievo nella storia del diritto brasiliano e di tutta l'America Latina, basti pensare che esso venne analizzato ed utilizzato da Vélez Sarfield che redisse il codice civile argentino del 1869, in seguito adottato anche dall'Uruguay.

¹⁹⁴ tuttavia le discordanze anche rispetto a questo modello sono numerose: infatti la parte *general* del *codigo* è più estesa e non contiene la figura del negozio giuridico, categoria che nel diritto tedesco è centrale; al contrario la parte generale del codice tedesco contiene la categoria di materie non previste da Freitas come l'esercizio dei diritti, l'autotutela, le prestazioni di garanzie, mentre esclude dai fatti giuridici il luogo ed il tempo. Nel luogo e nel tempo, disciplinati dal *Titulo Preliminar* sono collocati, invece, persone e fatti che sono le categorie fondamentali presenti anche nella parte generale del BGB.

¹⁹⁵ P. RESCIGNO, *La “parte generale” del codice civile nell'Esboco di Teixeira de Freitas*, in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova 1988, pag. 341 ss.

finzione relativa agli enti collettivi e fondazioni¹⁹⁶. Esprime l'esigenza di sistemare nel tempo e nello spazio persone e beni la disciplina dell'esistenza prima della nascita e dei momenti iniziali della persona giuridica¹⁹⁷. Nel redigere l'*Esboco*, Teixeira de Freitas fece ricorso alle sue conoscenze dei codici lui contemporanei e del diritto romano confrontando su molti punti vecchie e nuove soluzioni. Spesso decise di mantenersi fedele alla tradizione e in molti casi le sue scelte influenzarono il legislatore del 1916 contribuendo al distacco del diritto civile brasiliano dal più moderno diritto portoghese espresso dal codice civile del 1867. Il più significativo esempio di questo processo è l'accoglimento della regola, tipica del diritto romano e presente nelle Ordinanze Filippine, che per il trasferimento della proprietà impone la presenza della coppia *titulus acquirendi, modus acquirendi*. Questa soluzione fu accompagnata da critiche pesanti nei confronti di alcuni autori lusitani che avevano accettato il principio consensualistico espresso dall'art. 1.138 del *code civil*, disposizione di stampo giusnaturalistico, ma già riscontrabile nei costume¹⁹⁸. Stabilizzando la proprietà nelle mani dell'acquirente prima del pagamento del prezzo, la regola francese era destinata a favorire la più libera e rapida circolazione della ricchezza del mercato, reclamata dalla classe borghese emergente ; invece la norma fu giudicata pericolosa e contraria alla buona ragione perché in grado di permettere trasferimenti di proprietà senza l'individuazione sicura del proprietario del bene, informazione che solo in possesso della cosa trasmette.

Fedeli al diritto romano furono anche le norme che dichiaravano irrilevante l'errore di diritto, consentivano la retrovendita, legittimavano il contratto di

¹⁹⁶ Per una sintesi delle varie posizioni sull'argomento si consulti M. DE FRANCESCO, *Persona giuridica (Diritto privato e pubblico)*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Torino, 1965, 1036 ss; F. GALGANO, *Persona giuridica*, voce del *Digesto IV*, "Dig. Disc. Priv." – Sez. civ., Vol. XIII, Torino, 1995, pag. 393 ss.

¹⁹⁷ In questo quadro l'art. 53 definisce "persone" coloro che "non essendo ancora nati, si trovano, però, già concepiti nel ventre materno" e quindi attribuiscono loro la capacità giuridica, distanziandosi così dal diritto romano secondo il quale durante la gestazione il figlio non era ancora una creatura umana e operando per la soluzione del codice della Prussia per cui "*i diritti comuni all'umanità appartengono ai figli non ancora nati a partire dal momento del concepimento*".

¹⁹⁸ Sull'argomento si veda VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino 1999; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, pag. 1 ss. Sui limiti i cui il principio consensualistico è stato accolto dall'ordinamento italiano, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*; R. SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, T.I., Torino, 1993, apg. 718 ss.

adozione, stabilivano la mora *ex re* allontanandosi dalle soluzioni alla francese proposte da alcuni giuristi portoghesi¹⁹⁹.

Nel 1867 Teixeira de Freitas formulò un piano più ambizioso di codificazione. Prima che in Europa sorgesse il movimento di unificazione del diritto privato, che in Italia portò al codice civile del 1942, il giurista brasiliano esprime l'opinione che la vigenza del codice di commercio desse vita ad una “*calamitosa duplicacao de leis civis*”. In questa prospettiva propose una la redazione di due codici: un *codigo geral* che contenesse la definizione degli istituti e le regole sulla pubblicazione, l'interpretazione e l'applicazione delle leggi ed un *codigo civil* che, provvisto di una sua *parte geral*, fosse un unico codice di diritto privato, ossia disciplinasse il diritto civile ed il diritto commerciale, classificando le materie come preconizzato nell'*Esboco*.

L'idea del codice generale è stata collegata alla vocazione didattica di Teixeira de Freitas, mentre quella di unificare il diritto privato è stata ritenuta espressione della sua diffidenza nei confronti della borghesia cittadina. Si trattava di una prospettiva differente rispetto a quella di coloro che in Italia, molti anni dopo, avrebbero sostenuto l'unificazione del codice civile e di commercio consapevoli della prevalenza del settore industriale e del commercio.

Verso la fine del 1871, poco prima che il Governo decidesse di risolvere il contratto con Teixeira de Freitas, il Visconte di Seabra, autore del *codigo civil* portoghese, inviò all'imperatore D. Pedro II i primi articoli di un nuovo codice civile

¹⁹⁹ Nel campo del diritto di famiglia il rapporto con il diritto romano tradizionale risulta maggiormente articolato in quanto su alcuni punti l'*Esboco* contiene regole più vicine alla logica che regge la famiglia nucleare borghese affermatasi nell'Ottocento in Europa. I rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi sono impostati nell'ottica di *direitos* e *obrigacoes* reciproci che sorgono “dal giorno della celebrazione del matrimonio”, com'era stabilito nelle *Ordenacoes* per determinare il momento nel quale sorgeva la comunione dei beni. Quest'innovazione dimostra che Teixeira de Freitas abbandonò la tradizione che valorizzava il mero contatto corporeo e fonda la famiglia sull'elemento spirituale ed affettivo secondo l'ottica tipica del matrimonio borghese, accolta poi nel codice civile del 1916. Il marito è il capo della famiglia, rappresentante necessario della moglie, titolare di un *poder marital* sulla sua persona e sui beni della società coniugale che evoca la *potestas* riconosciuta al *pater familias* del diritto romano e si traduce anche nel *dereito* di negare gli alimenti alla donna che si rifiuta di coabitare con lui e nella possibilità di ricorrere alla forza pubblica per riportarla tra le mura domestiche, tuttavia al suo potere sono posti dei limiti che nemmeno sono conosciuti dal code civil: la moglie può legittimamente rifiutarsi di coabitare col coniuge se ciò si traduca in un fondato pericolo di vita o di perdita della salute, una disposizione questa che non sarà accolta dal codice del 1916 e, poiché incapace di atti di disposizione del patrimonio, si presume autorizzata ad acquistare i beni necessari al consumo domestico.

allo scopo di ottenere l'incarico di completare l'opera. La proposta fu però lasciata cadere in quanto il Parlamento aveva mostrato irritazione all'idea che il codice fosse redatto da uno straniero.

Tra la fine dell'Impero e l'inizio della Repubblica si ebbero tre tentativi di codificazione dei quali vanno essenzialmente sottolineati tre aspetti: il primo è relativo alla struttura dei progetti e si tratta dell'influenza sì di essi esercitata da Teixeira de Freitas e rivelata dall'inserimento di una parte generale in tutti gli elaborati. Il secondo è che questi tentativi furono fatti da personaggi che erano espressione della classe dirigente dell'Impero ammirata da Ascarelli.

Nel 1872 il Consigliere di Stato José Thomaz Nabuco de Araujo affidò a Teixeira de Freitas il compito di fare la *Consolidacao* ed il *codigo civil* e ne aveva seguito i tormentati lavori; nel 1878, prima che il governo prendesse una nuova decisione sulla persona alla quale affidare il lavoro si offrì di farlo Joaquim Felicio dos Santos, del Minas Gerais; il lavoro da questi condotto, sebbene fosse considerato una buona base di partenza, andava completato e rivisto e, per questo motivo, fu creata un'apposita commissione che tuttavia, non riuscì a risolvere i problemi.

Un cruento colpo di stato militare attuato dal maresciallo Deodoro de Fonseca pose fine all'Impero; conseguentemente il 5 novembre 1889 a Rio de Janeiro fu proclamata la Repubblica e la commissione dei giuristi fu sciolta cinque giorni dopo dal ministro della giustizia del governo provvisorio. Nuovamente il compito di scrivere il codice civile fu dato a Colho Rodrigues ma, ancora una volta, i risultati non furono graditi; per tale motivo l'incarico venne conseguentemente affidato a Clovis Bevilacqua, professore di *Legislacao Comparada* nella Facoltà di Recife, che iniziò il proprio lavoro nell'aprile del 1899 e lo portò a termine nell'ottobre dello stesso anno. Egli ebbe come costante punto di riferimento il lavoro svolto da Teixeira de Freitas rispetto al quale respinse una delle idee centrali, come quella di unificare le regole del diritto privato e del diritto commerciale; egli inoltre, pur non condividendo l'ossessione sistematica di Teixeira de Freitas valorizzò l'importanza del lavoro di classificazione svolto in precedenza, tanto da ritenerlo l'essenza stessa di un'opera di codificazione.

Determinato a seguire la sistematica tedesca, ma consapevole della varietà dei criteri che essa aveva creato per ordinare il diritto civile, scelse di adottare il metodo

della *generalisacao* decrescente; inoltre, ripresa l'idea di Gaio rispetto alla quale la persona è il soggetto a cui tutte le relazioni giuridiche si devono riferire, dopo un parte generale del codice nella quale ha introdotto i principi applicabili a tutti i momenti e le situazioni del diritto privato, anche se in forma astratta, organizzò la *parte especial*. Partendo nuovamente dalla considerazione della persona, ne esaltò la centralità nelle relazioni giuridiche familiari ed affermò che, a sua volta, la famiglia, come base naturale della società, presenta un maggior grado di generalità rispetto agli istituti della proprietà e delle obbligazioni ai quali essa stessa ricorre nell'ambito delle relazioni esterne. Quindi proprietà ed obbligazioni dovevano essere collocate dopo la disciplina del nucleo familiare; all'ultimo posto dovevano essere collocate le successioni.

Sulla base di tutte queste motivazioni, Bevilacqua elaborò un progetto così organizzato: preceduta da una *Ley de introducao* sulla legge in generale, la parte generale si divideva in tre libri: delle persone, dei beni, della nascita e dell'estinzione dei diritti. La parte speciale si componeva di quattro libri: del diritto di famiglia, del diritto delle cose, del diritto delle obbligazioni, del diritto delle successioni.

Dopo che il *Projeito* fu terminato, venne esaminato da una *Commissao revisora* nominata dal Governo, che vi apportò alcune modifiche e, in seguito, fu presentato al Congresso. Camera e Senato che, nel corso di quindici anni, lo modificarono a più riprese; finalmente nel dicembre del 1915 le Commissioni riunite dei due rami del Congresso prepararono il testo definitivo del *codigo civil*, approvato e promulgato con il Decreto n. 3.071 del primo gennaio 1916²⁰⁰.

²⁰⁰ L'impostazione del Codice venne definito dallo stesso Bevilacqua in accordo col carattere accomodante della nazione: la mitezza brasiliana è un tema che quasi trent'anni dopo Buarque de Hollanda avrebbe sviluppato compiutamente per spiegare la formazione storica e culturale del Paese. Infatti la coincidenza tra spirito liberale delle leggi e carattere mite dei brasiliani sarebbe stato ripreso anche da Pontes de Miranda nel 1928 e arricchito di un elemento razziale, utilizzato per spiegare la crisi della "Vecchia Repubblica": lo spirito di tolleranza espresso anche dal Codice Civile, elemento di per sé positivo, era degenerato in inerzia giuridica, cioè nel disinteresse per la tutela dei diritti, la cui violazione non era sanzionata dal sistema giuridico con la dovuta severità. Dopo 'abolizione della schiavitù, il liberto prigioniero della logica dei rapporti coloniali, non aveva rivendicato i propri diritti, ma si era affidato alla benevolenza del suo "antico signore", indifferente alle regole giuridiche. La giurisprudenza aveva riflettuto questo dato, rendendo lenta la riforma della disciplina del rapporto di lavoro. Tale atteggiamento si era diffuso nella società e aveva portato a considerare il "negro" e "l'indigeno" come fattori biologici nel mondo del diritto, influenzando il "modo di essere e l'attività giuridica del brasiliano" e spingendolo verso l'indifferenza per la legge e a preferire la risoluzione amichevole dei conflitti all'interno dei rapporti di gruppo, una tendenza riscontrabile, per esempio, nella disciplina dei rapporti familiari del Codice civile.

La redazione di questo codice aveva tratto giovamento da un lavoro volto alla comparazione tra le legislazioni europee all'epoca vigenti. Così, mentre il diritto costituzionale era sotto l'influsso del diritto statunitense^{201 202}, con l'entrata in vigore del Codice, il diritto civile fu consegnato all'influenza del diritto di *civil law*. Questa linea di confine sarà superata soltanto durante gli anni Sessanta del secolo appena trascorso; una delle conseguenze più durature dell'influenza statunitense nel campo del diritto costituzionale è tuttora rilevante anche per la legislazione civile: si tratta del sistema di controllo della costituzionalità delle leggi. Dal 1891 tutti i giudici possono conoscere l'incostituzionalità delle leggi disapplicandole nel caso concreto, ossia con effetto esclusivamente tra le parti e *non erga omnes*, mentre una Corte Suprema, oggi *Supremo Tribunal federal*, può dichiarare l'incostituzionalità *in abstracto* e quindi con effetto *erga omnes*. Attualmente la dottrina sottolinea una certa inefficienza del sistema per il rischio che tutte le leggi possano essere dichiarate illegittime in ogni giudizio.

Tornando al codice di Bevilacqua occorre sottolineare che esso fu il frutto maturo di una lunga tradizione di studi di diritto comparato, la cui influenza sul diritto brasiliano risale agli anni successivi all'indipendenza del 1822.

Fino a quel momento non erano esistite fonti del diritto nazionale perché in Brasile, colonia portoghese, venivano estese le disposizioni lusitane e le fonti del diritto coloniale²⁰³. In seguito alla proclamazione dell'Impero, l'assenza di una

²⁰¹ WHITAKER DA CUNHA nella sua opera *The Constitution of the United States and Brazilian Constitutional Law*, in *Studies on Jurisprudence*, Rio de Janeiro, 1988, pag. 65 ss. Afferma che il modello costituzionale degli Stati Uniti ha costantemente influenzato tutte le costituzioni brasiliane fino a quella del 1988. Infatti esse hanno sempre previsto un governo presidenziale accompagnato da un sistema di *checks and balance*, in verità qualche volta falsato da un'eccessiva concentrazione del potere esecutivo nelle mani del presidente che è il solo rappresentante del Brasile nella scena internazionale. Tuttavia, nonostante il suddetto dato, l'idea della vicinanza del diritto pubblico brasiliano a quello di *common law* è stata ridimensionata alla luce dell'esistenza di istituti lontani dal modello anglosassone, come le indagini di polizia del 1871 e il *promotor da justica*, magistratura tipica del processo inquisitorio europeo.

²⁰² Sull'originalità dei modelli costituzionali latino-americani si vedano G. LOMBARDI, *Il costituzionalismo latino-americano. Originalità di un modello*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il diritto dei nuovi mondi. Atti del convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della facoltà di Giurisprudenza*, Genova 5-7 novembre 1992, Padova, 1994.

²⁰³ Si ricorda che le stesse sono: I) la legislazione portoghese, comprese le *Ordenacoes Filipinas*, le *Alvaràs*, le *Leis*, i *Decretos*, le *Resolucoes*, gli *Usos* ed i *Costumes*; II) il diritto canonico ed il diritto romano, subordinato all'applicazione della Lei da *Boa Raazao*; III) Gli *Estatutos da Universidade de Coimbra* del 1722, che davano valore, come fonte sussidiaria, all'*usus modernus pandectarum*, cioè alla *pratica atualizada do direito romano*; IV) il diritto delle nazioni civilizzate, le leggi moderne e le opere dottrinarie della scuola dell'*usus modernus pandectarum*.

letteratura nazionale costrinse gli studiosi del diritto all'analisi delle leggi e degli autori stranieri, prevalentemente francesi e tedeschi. In seguito l'autodidattismo dei singoli studiosi fu sostituito dalla diffusione dello studio del diritto comparato, voluto dall'ordinamento universitario. Per evitare che chi volesse studiare il diritto fosse costretto a recarsi presso l'Università di Coimbra, nel 1827 furono istituiti i primi corsi giuridici e verso la fine del XIX secolo fu stabilito un sistema che, concentrandosi sull'esame delle leggi, sembrava riecheggiare i canoni della scuola dell'Esegesi²⁰⁴. Oggi, leggendo la letteratura brasiliana ci si avvede che il metodo di studio universitario ha consolidato e legittimato formalmente l'antica abitudine dei giuristi di esporre il loro diritto con lo sguardo rivolto quasi esclusivamente alla dottrina ed alla giurisprudenza straniera, senza riferimenti frequenti a quella nazionale. Quest'abitudine ha origine nella tradizione portoghese che aveva sancito il primato dei professori universitari assegnando loro il compito di individuare la *boa razao* delle regole del diritto comune applicabili a ciascun caso. La ricostruzione degli istituti, a partire dal diritto romano classico e giustiniano, è presentata come il frutto del dialogo tra studiosi e legislatore nazionale, impiegato a respingere o accogliere, in tutto o in parte, costruzioni dottrinali e soluzioni legislative anche straniere, prospettate come le principali espressioni dei sistemi giuridici comunicanti. A loro volta, i giudici subiscono l'influenza della dottrina e citano nelle loro sentenze gli autori più prestigiosi a sostegno della motivazione della decisione. Tale abitudine è incentivata anche dal fatto che molti giudici sono contemporaneamente professori universitari in quanto la legge, allo scopo di avere giudici colti, consente che si possa rivestire contemporaneamente un doppio ruolo.

Tuttavia i giudici citano anche precedenti nazionali e, per giustificare soluzioni innovative, anche sentenze straniere, riprendono la tradizione della giurisprudenza portoghese del XVIII secolo. Ad esempio, per giustificare la revisione dei contratti e l'indicizzazione dei debiti in periodi di forti tensioni inflazionistiche, il *Supremo*

²⁰⁴ Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, anche nelle facoltà di diritto brasiliano si è sviluppata la discussione sul valore scientifico e sui fini della comparazione. Come noto tale questione è stata analizzata anche da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, quinta ed., Tornino, 1992, pag. 3 ss. Lo stesso Clovis Bevilacqua, nella sua opera *Legislacao comparada*, Bahia, 1897, sostenne l'importanza della comparazione come tecnica di conoscenza, comprensione ed analisi del diritto nazionale e straniero, ed affermò che il diritto comparato meritava di essere considerato una scienza autonoma.

Tribunal Federal ha sostenuto che la teoria dell'*imprevisión* e la revisione dei contratti costituiscono principi generali applicabili nell'ordinamento brasiliano nonostante il silenzio del codice civile²⁰⁵.

Per quanto riguarda lo stile delle sentenze delle collegi, per il giurista italiano è particolarmente significativo il fatto che le pronunce brasiliane, oltre al *relatorio* ed alla *motivacao*, giustificazione della *decicao* (art. 458 c.p.c.) redatte dal giudice relatore, contengono anche il voto degli altri componenti che, se dissentono dalla risoluzione del caso voluta dalla maggioranza, vedranno indicato nella sentenza, in maniera più o meno articolata, il loro voto e le ragioni del disaccordo, il cd. *voto de vencido*. Nell'evoluzione giurisprudenziale, quest'opinione dissenziente neanche quando espressa in modo articolato, sembra avere lo stesso ruolo della *dissenting opinion* dei giudici statunitensi non solo perché in Brasile non esiste il precedente vincolante, ma anche perché la dottrina è preponderante e, come tale, viene chiamata a giustificare il nuovo orientamento.

Nella sua struttura, quindi, la sentenza brasiliana tende ad approssimarsi alle sentenze dei giudici statunitensi e si distanzia da quelle delle corti italiane e francesi che sono espressione del collegio, per cui non risulta il dissenso dei giudici messi in minoranza.

Il codice civile brasiliano del 1916 si presentava, rispetto ad altri codici europei il meno esteso, grazie al carattere sintetico delle sue disposizioni, formulate in modo sufficientemente flessibile da potersi applicare ad una vasta gamma di casi particolari.

Il *Codigo* si componeva di sette libri, dei quali tre formavano la parte generale e quattro la parte speciale. Il linguaggio tecnico si presentava abbastanza semplice e comprensibile, differenza di quello astratto e concettuale del BGB.

1.2 Un po' di storia

Il governo del secondo mandato del Presidente F. H. Cardozo decise di prendere a cuore il progetto di codice civile elaborato dalla Commissione Reale, imprimendo

²⁰⁵ Per rinforzare tale soluzione, il relatore non ha esitato ad invocare l'interpretazione che le corti tedesche hanno dato dell'art. 242 BGB che si riferisce alla buona fede nell'esecuzione del contratto. Inoltre, in materia di responsabilità civile e di clausole di esonero del trasportatore sono numerosi i riferimenti alla giurisprudenza francese ed alla dottrina straniera.

così un'accelerazione ai lavori parlamentari che si trascinavano da tempo. Fu così che il nuovo *codigo civil* fu approvato con la lei n. 10.406 del 10 gennaio 2002 per entrare in vigore l'anno successivo, il 10 gennaio 2003. Si tratta del primo codice del terzo millennio, tant'è che il legislatore brasiliano ha sfidato le difficoltà di codificare nel nostro tempo dovute ai continui cambiamenti in seguito alla globalizzazione dell'economia, ai progressi della scienza, all'evoluzione dei mezzi di comunicazione, all'affermarsi di nuovi diritti della persona e al diffondersi di tipi di famiglia profondamente differenti da quello tradizionale.

Il Codice conferma che, nonostante la presenza sempre più significativa di leggi speciali, la sua forma è ancora attuale in quanto, pur avendo perso il valore costituzionale delle libertà borghesi e dei rapporti di libero mercato, che aveva assunto nell'Ottocento, ha conservato la funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinatorie che, nella selezione dei conflitti di interessi, garantiscono il primato dell'argomentazione giuridica sulla contingenza della valutazione politica nel segno dell'unità del sistema²⁰⁶.

Del resto la volontà di codificare ha caratterizzato non soltanto il Brasile di quegli anni, ma tutta l'America Latina che, per organizzare razionalmente l'ordinamento giuridico, ha fatto ricorso ai codici, programmando di emetterne di nuovi o di riscrivere quelli esistenti. Il motivo si rinviene nelle caratteristiche del codice la cui forma identifica uno strumento necessario a strutturare i grandi mercati transnazionali che sono stati creati come riflesso della progressiva integrazione delle economie²⁰⁷.

²⁰⁶ In questi termini A. CALDERARE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Guffrè, 2005, pag. 1 ss.

²⁰⁷ Tuttavia la creazione di un codice sopranazionale è considerata dai più un'ipotesi irrealistica; allo stesso modo la pensano i Paesi aderenti al *Mercosul*, ossia Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, ossia quei Paesi che sono protagonisti di un processo di integrazione economico-istituzionale che è spesso paragonato a quello della nostra unione Europea. In realtà si tratta di un'area poco integrata il cui mercato comune è basato sulla libera circolazione di beni, servizi e fattori produttivi nel quadro di una politica doganale concordata. Infatti, se si guarda al Trattato di *Assuncao* del 26 marzo 1991, art. 42 ed al Protocollo di *Ouro Preto* del 17 dicembre 1994, non esistono disposizioni di diritto privato che, come nell'Unione europea sono destinate a strutturare il mercato sopranazionale imponendosi immediatamente e direttamente nei rispettivi ordinamenti, rinunciando così al monopolio nella produzione delle norme giuridiche. Del resto l'integrazione dell'America Latina è antico. Dopo la conquista dell'indipendenza delle colonie spagnole nel corso del 1800, il problema dell'integrazione politica, economica e giuridica dei nuovi Paesi fu affrontata da Simon Bolivar e da Andrés Bello tra il 1783 ed il 1865. I primi schemi di integrazione e cooperazione risalgono agli anni Cinquanta del Secolo appena trascorso, quando su sollecitazione della Commissione economica delle Nazioni Unite per l'America Latina (CEPAL), l'America Latina, al fine di incrementare la produttività interna di

In seguito alla sua emanazione il *codigo civil* è stato oggetto di opposti giudizi in quanto una parte dei giuristi brasiliani lo considerava “nato vecchio” rispetto alle esigenze della società brasiliana, mentre un’altra parte lo considerava una radicale innovazione rispetto al codice del 1916.

Probabilmente, come si dice anche in Brasile, la verità sta nel mezzo in quanto il codice conferma alcune regole fondamentali come quella sulla responsabilità per colpa, mentre ne aggiorna altre mantenendosi nel solco della tradizione, come avviene per il negozio giuridico.

Del resto, però, consapevole dei mutamenti sociali intervenuti, il nuovo codice si è ispirato ai valori di *socialidade*, che fa prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali, mantenendo come punto centrale la persona umana, della *eticidade*, della *equidade*, della *boa-fé*, della *justa causa* e della *operabilidade*, ossia dell’effettività del diritto che ha portato il nuovo codice ad un netto distacco rispetto a quello del 1916.

Il lavoro dei giuristi è risultato apprezzabile anche in ragione dell’aggiunta, nella parte speciale, di un terzo libro avente ad oggetto il diritto dell’impresa che ha poi costituito l’aspetto più rilevante dell’unificazione del diritto delle obbligazioni, un’antica ispirazione della dottrina.

Positiva è stata anche l’introduzione, nel diritto privato dell’economia, di nuove figure chiamate ad ampliare la sfera d’azione dei soggetti privati e, nello specifico settore dei contratti, di molte regole che, nel complesso, possono essere definite in linea coi *Principi dei contratti commerciali internazionali* elaborati dall’Unidroit²⁰⁸. Tale aspetto va valorizzato in quanto rende maggiormente disponibile l’ambito

ciascun Paese, adottò un modello di sviluppo basato sulla sostituzione delle importazioni e sull’aumento dei volumi degli scambi commerciali intra-regionali. Il 18 febbraio 1960, a Montevideo, fu firmato il trattato istitutivo dell’Associazione Latino-Americana di Libero Commercio (ALALC) cui aderirono Argentina, Cile, Perù, Brasile, Uruguay, Paraguay, Messico; in seguito aderirono anche Ecuador, Colombia, Venezuela e Bolivia. Fallito l’obiettivo di raggiungere uno sviluppo equilibrato all’interno del continente, nel 1980 l’ALALC fu sostituita dall’ALADI, Associazione Latino Americana di Integrazione; essa ridefinì gli obiettivi dell’integrazione, privilegiando accordi bilaterali aventi ad oggetto l’incremento del commercio. Nel corso del tempo si sono sviluppati una serie di progetti che hanno condotto alla formazione di diversi accordi dai quali sono nati due grandi blocchi sub regionali che interessano tutto il continente, ad eccezione di Guiana e Suriname: il *Mercosul* ed il *Patto Andino*.

²⁰⁸ J. BONELL e BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997; J. BONELL, *I principi Unidroit nella pratica*, Milano, 2002. Con specifico riguardo all’area latino-americana, J. BONELL, S. SCHIPANI, (a cura di) *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996.

giuridico a questa sorta di *lex mercatoria* nel campo commerciale mondiale in cui il Brasile è ben inserito, tanto da aver emanato, nel 1996, una legge sull'arbitrato internazionale e ratificato nel 2002 la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, rinforzando così la sua reputazione di sede affidabile di tali procedimenti, secondo le esigenze dei grandi operatori economici.

Tuttavia è anche vero che le novità del codice non sono tutte di eccezionale portata: le nuove disposizioni sono di diverso spessore e consistenza perché in alcuni casi il peso della tradizione giuridica ne ha ridotto l'efficacia. Un'eccessiva cautela è stata utilizzata nell'uso della comparazione, tanto che a volte si sono trascurate le soluzioni adottate dai codici più recenti, come ad esempio la riforma del codice di commercio francese. Il codice brasiliano, infatti, non ha introdotto nel *dereito de empresa* le leggi sulla tutela della concorrenza e sulla repressione dell'abuso di potere economico. D'altro canto anziché guardare alle successive applicazioni giurisprudenziali, si è guardato alle disposizioni legali straniere, come quella del codice civile italiano del 1942 e portoghese del 1966, col risultato di dimezzare il valore innovativo di molte scelte.

Il nuovo *codigo civil* si articola in due parti: la *Parte General* e la *Parte Especial*, entrambe suddivise in titoli, capitoli, sezioni e sottosezioni.

La parte generale è composta da tre libri rispettivamente dedicati alle persone, ai beni, ai fatti giuridici; la seconda parte, invece, è dedicata al diritto delle obbligazioni, al diritto dell'impresa, al diritto delle cose, al diritto di famiglia ed al diritto delle successioni.

Secondo la dottrina, il più grande merito del legislatore brasiliano è aver unificato formalmente tutto il diritto privato, realizzando l'idea di uno dei massimi giuristi del Paese, Augusto Teixeira de Freitas, che l'aveva espressa nel 1867 e che sarebbe stata, nel corso del Novecento, riproposta più volte; tuttavia Miguel Reale, presidente della commissione incaricata di redigerlo, riteneva che il codice non coltivava l'ambizione di unificare tutto il diritto privato ma, più modestamente, si candidava a rappresentarne "la legge basica, ma non globale, conservando, nel suo ambito, il diritto delle obbligazioni, senza distinzione tra le obbligazioni civili e commerciali".

La ragione sottesa a tale scelta risiede nel fatto che, per rimanere stabile in futuro, il codice civile ha rinunciato ad inglobare materie che, come il fallimento, richiedono una speciale ed autonoma disciplina²⁰⁹.

Il nuovo Codice, infatti, ha sostituito quello del 1916 uno degli ultimi del periodo della codificazione borghese, apertasi con il *Code civil* del 1807.

1.3 Il sistema giudiziario brasiliano attuale

Come si è già ricordato il Brasile è un repubblica federale di tipo presidenziale; per tale ragione il presidente, oltre che Capo dello stato è anche Capo del governo.

Il potere legislativo a livello federale è attribuito al *Congresso Nacional*, ossia il Parlamento, articolato in una *Camera dos Deputados* e in un *Senado*; il potere giudiziario, invece, è esercitato attraverso una struttura che prevede, come giudici di grado superiore, l'STF, il *Superior Tribunal de Justica*, il *Tribunal Superior do Trabalho*, il *Tribunal Superior Eleitoral*, il *Superior Tribunal Militar* e di *Tribunais de Justica dei diversi Estados*, i quali decidono le impugnazioni avverso le decisioni dei vari tribunali di primo grado.

L'*Uniao* ha un ruolo centrale soprattutto con riferimento al potere legislativo; essa ha competenza esclusiva nelle questioni di diritto civile, commerciale, penale, processuale civile e penale, elettorale, agrario e della navigazione; ancora nelle regole relative all'espropriazione di beni per il pubblico interesse, per il servizio postale, il sistema valutario e la disciplina dell'attività bancaria, la tutela del risparmio pubblico ed il controllo dell'attività di cambio della valuta e delle assicurazioni, il commercio interstatale ed internazionale, la disciplina dei porti e degli aeroporti, la gestione delle risorse minerarie e delle attività estrattive, il diritto del lavoro, il regime delle professioni e della sicurezza sociale, la disciplina dei registri pubblici e la pubblicità commerciale.

L'*Uniao*, inoltre, promulga anche norme generali che orienta l'attività legislativa degli *Estados* e dei *Municipios* in alcuni settori nei quali, ad esempio, il trasporto e la circolazione, l'educazione e le gare d'appalto nel settore pubblico.

²⁰⁹ A questo proposito la dottrina, facendo un paragone con il codice civile italiano del 1942, afferma che esso avrebbe perduto la propria centralità in seguito all'emanazione di moltissime leggi speciali intervenute "in materia di famiglia, proprietà, diritto del lavoro e, sia pure in minor misura, di obbligazioni e di diritto societario" con la conseguenza che "os juristas penisnulares" sono costretti a constatare che "il testo attuale è molto distante dal testo originale".

Il Brasile è suddiviso in 26 *Estados* che si aggiungono al *Distrito Federal*, di cui si dirà oltre. Ciascun *Estado* ha un proprio *Governador* a capo del potere esecutivo, un'*Assembleia Legislativa* ed una costituzione con la quale regola la propria struttura giuridica.

Secondo il primo paragrafo dell'art. 25 della Costituzione Federale, in riferimento alla gerarchia delle fonti, gli *Estados* hanno una competenza residuale rispetto al potere legislativo attribuito all'*Uniao ed ai Municípios*, in quanto hanno una competenza assoluta ed esclusiva nella disciplina delle materie non riservate all'*Uniao* o ai *Municípios*.

Tuttavia, in conseguenza delle materie regolate -sia in generale sia nel dettaglio- da norme federali come ad esempio il diritto bancario, commerciale, civile, procedurale, penale, ecc... ben si comprende come nella pratica l'autonomia legislativa degli *Estados* sia piuttosto limitato rispetto a quanto accade in altri paesi come ad esempio gli Stati Uniti e la Germania. Tuttavia gli *Estados* svolgono un ruolo rilevante a livello del diritto amministrativo, gestendo con grande autonomia una parte considerevole delle finanze pubbliche.

L'organo che detiene il potere esecutivo a livello di *Estado* è il *Governador*, mentre il potere legislativo è riconosciuto ad un organo unicamente denominato *Assembleia legislativa*, i cui membri sono i *deputados estaduais* (deputati degli stati membri).

Il *Distrito Federal* è una figura particolare nel sistema federale brasiliano: si tratta di una regione, in precedenza disabitata, di circa 6.000 chilometri quadrati situata nel centro del Paese nella quale si trova la città di Brasilia, la capitale federale brasiliana costituita negli anni '50, al posto dell'antica capitale, Rio de Janeiro. Il *Distrito Federal* è un'entità federativa autonoma, come gli altri *Estados* ma, al contrario di questi ultimi, non è suddiviso in *Municípios*. All'interno del suo territorio le competenze comunali e statali sono articolate con le stesse modalità sopra descritte in relazione agli *Estados*.

Da notare è che in Brasile ci sono due parole che richiamano il concetto italiano di "statale": "*estatal*" che riguarda lo stato in genere e tutte le sue sfere ed "*estadual*", ossia riferito soltanto agli *Estados* e, quindi, corrisponde più propriamente al

concetto che fa riferimento in ogni ordinamento federativo o confederativo agli stati che lo costituiscono, come ad esempio “*State*” per quanto riguarda gli U.S.A.

Infine i *Municipios* hanno come legge fondamentale la Lei Organica e non la Costituzione, il capo del potere esecutivo è denominato *Prefeito*. Entro i limiti della competenza normativa riservata al Municipio dalla Costituzione federale, la *Lei Organica* è la norma di livello gerarchicamente più elevato. I principali poteri attribuiti ai *Municipios* riguardano: le norme di natura urbanistica, la disciplina dell’istruzione elementare e dell’assistenza sanitaria, settori che sono supportati sia a livello tecnico che a livello finanziario dagli *Estados* e dall’*Uniao*.

1.3.1 Potere legislativo e potere esecutivo a livello federale

Assieme alla struttura federalista tripartita, l’altra principale caratteristica del sistema politico costituzionale brasiliano è l’adozione del sistema presidenziale. La figura del Presidente della Repubblica accoglie sia la carica di capo dello stato sia quella di capo del governo; egli viene nominato attraverso l’elezione diretta a livello nazionale, secondo il principio “un uomo un voto”. Se nessun candidato ottiene la maggioranza assoluta dei voti alla prima votazione, la decisione finale è rinviata al ballottaggio. Il presidente della Repubblica resta in carica quattro anni e può essere rieletto una sola volta per un ulteriore periodo di quattro anni. Tuttavia, a differenza di quanto avviene in Italia, non esiste il concetto di voto di fiducia, quindi la revoca anticipata dei poteri può avvenire esclusivamente in conseguenza della commissione di un *crime de responsabilidade* (reato di responsabilità) da parte del Presidente della Repubblica, su decisione del Parlamento e con modalità dell’*impeachment*. L’art. 84 della Costituzione Federale definisce gli ambiti nei quali il Presidente della Repubblica ha competenza esclusiva²¹⁰; tuttavia la prerogativa presidenziale più rilevante è rappresentata dal potere di emanare una MP, ossia un atto normativo, assimilabile al decreto legge disciplinato dall’art. 77 della Costituzione italiana che,

²¹⁰ Rappresentanza internazionale dello stato e mantenimento dei rapporti con gli stati stranieri, sottoscrizione dei trattati internazionali, dichiarazione dello stato di difesa e di *sítio*, autorizzazione all’intervento federale in un *Estado*, dichiarazione di guerra in caso di aggressione straniera e ratifica dei trattati di pace, concessione dell’indulto, nomina dei principali funzionari e delle autorità della pubblica amministrazione, proposta di disegni di legge al parlamento, approvazione o esercizio del diritto di veto in relazione ai disegni di legge approvati dal Parlamento, emanazione di decreti sull’organizzazione della pubblica amministrazione e/o di attuazione di disposizioni di legge di rango superiore e adozione di *Medidas Provisorias*, Misure provvisorie o semplicemente di MP, di cui si darà conto a breve, in conformità all’art. 62 della Costituzione Federale.

quindi, non richiede alcuna legge delega al Governo. Si tratta di una legge di rango pari a quello della *Lei Federal* e può essere emanata unicamente per alcune materie in quanto è funzionale a far fronte a situazioni di emergenza di rilevante interesse pubblico. La sua validità è limitata nel tempo in quanto dev'essere convertita in legge entro sessanta giorni dalla sua promulgazione, salvo il caso di una sua eventuale preventiva abrogazione da parte del Parlamento.

In aggiunta alle MP il presidente ha il potere di promulgare i decreti di organizzazione interna della pubblica amministrazione o finalizzati all'attuazione di norme di rango superiore e le *Leis Delegadas* ai sensi dell'art. 68 della Costituzione Federale. Si tratta di un sistema poco utilizzato nella pratica che però consente al Presidente della Repubblica di disciplinare direttamente una determinata materia, dovendo però stare nei limiti indicati nella risoluzione di autorizzazione espressamente concessagli dal Parlamento.

In caso di morte, *impeachment*, assenza o impedimento, il Presidente è sostituito nell'ordine dal Vice Presidente, eletto assieme a lui, dal Presidente della *Camara dos Deputados* e dal Presidente dell'*STF*.

Con particolare riferimento alle immunità, il Presidente non può, nel periodo in cui è in carica, essere condannato per reati non commessi nello svolgimento delle sue funzioni. Inoltre il Presidente può essere arrestato unicamente in forza di una condanna definitiva e non può essere sottoposto a misure cautelari.

Il *Congresso Nacional*, il Parlamento, è composto dalla già citata *Camara dos Deputados* e dal *Senado*, che rappresentano rispettivamente la totalità del popolo brasiliano la prima, e gli estradi il secondo. All'interno di ciascuna Camera vengono istituite le Commissioni, che possono avere carattere permanente o temporaneo e che, secondo il proprio ambito di competenza, hanno il compito di esaminare un disegno di legge prima che esso venga posto alla votazione dell'adunanza plenaria della Camera in questione. In ogni Commissione è nominato relatore del progetto un deputato, il cui parere verrà approvato o respinto dagli altri membri della stessa.

L'art. 49 della Costituzione federale elenca tra le materie di competenza esclusiva del Parlamento, ossia delle due Camere in seduta congiunta la conclusione di accordi internazionali che comportano oneri per il Paese, l'autorizzazione alla dichiarazione di guerra o alla stipula di trattati di pace, l'autorizzazione al Presidente a lasciare il

territorio nazionale, l'approvazione della dichiarazione dello stato di calamità o difesa ed autorizzazione dell'intervento federale, la revoca di misure *ultra vires* del potere esecutivo, l'attribuzione ed il rinnovo di concessioni di servizi di radio e TV; l'approvazione di progetti del Governo nell'ambito dell'energia nucleare, di estrazione di minerali nei territori indigeni e l'approvazione della vendita di terreni pubblici in misura superiore a 25.000.000 metri quadrati.

Qualsiasi membro della *Camera dos Deputados* o del *Senado*, così come ciascuna delle Commissioni può avviare il processo legislativo presentando un progetto di legge nella propria camera di appartenenza. Quando il disegno è approvato da una delle Camere, spetta all'altra esaminarlo ed, eventualmente, emendarlo.

Nel caso in cui il disegno di legge venga approvato dalla seconda Camera senza alcun emendamento, l'atto viene inviato direttamente al Presidente della Repubblica per la sua promulgazione, sempre che egli non eserciti il diritto di veto. Se invece il testo proposto ha subito emendamenti, questi devono essere sottoposti all'esame della Camera che ha originariamente presentato la proposta di legge.

1.3.2 L'organizzazione del sistema giudiziario brasiliano

Il sistema giudiziario brasiliano è formato dai tribunali dell'*Uniao* e da quelli degli *Estados*. I *Municipios* non posseggono una struttura giudiziaria propria; in alcune città esistono però delle agenzie o reparti municipali denominati *Tribunais de Contas* (Tribunali di Controllo), presenti anche nella sfera federale e statale. E' importante segnalare tuttavia che, nonostante detta denominazione, tali entità non rappresentano veri e propri tribunali né organi giudiziari. I tribunali di controllo sono, infatti, vincolati al potere legislativo ed hanno come unico scopo quello di svolgere verifiche su alcune attività della pubblica amministrazione e non di risolvere controversie.

I tribunali federali sono competenti in relazione a tutte le controversie nelle quali l'*Uniao* o una qualsiasi delle sue suddivisioni sia parte attiva o passiva; l'oggetto del contendere rientri nell'ambito di competenza specifica dei tribunali federali specializzati, quali, ad esempio, le questioni di diritto del lavoro, di diritto elettorale e di diritto militare federale; si giudichino alcuni reati specifici in materia di sistema finanziario, diritti umani, diritto elettorale, organizzazione del lavoro, reati commessi

all'estero o a bordo di navi o aeromobili o violazione della normativa sull'immigrazione e/o si discutano i diritti degli indigeni.

Per contro, i Tribunali degli *Estados* hanno una competenza residuale generale relativamente a tutte le cause non rientranti nella competenza dei tribunali federali.

La costituzione di ogni *Estado* deve disciplinare l'organizzazione interna del proprio sistema giudiziario e la ripartizione delle proprie competenze.

Fino a pochi anni or sono in Brasile non esisteva alcun organo centrale di controllo e supervisione dell'attività dei diversi tribunali; così con l'emendamento Costituzionale n. 45/04 p stato creato il *Conselho Nacional de Justica* – CNJ, disciplinato dall'art. 103 –B della Costituzione Federale; esso è presieduto dal rappresentante dell'STF al quale spetta il voto decisivo in caso di parità di voti. Esso esercita un controllo di natura amministrativa e finanziaria sul sistema giudiziario, senza interferire in alcun modo con l'autonomia giurisdizionale dei giudici; inoltre esso ha la più ampia competenza nel campo amministrativo e può avocare a sé i procedimenti disciplinari sottoposti al vaglio di qualsiasi tribunale.

1.3.2.1. I Tribunali Federali

I tribunali federali si distinguono in: *Supremo Tribunal federal* – STF; *Superior Tribunal de Justica* – STJ; *Justica Federal*, a sua volta composta dal primo grado, con i giudici federali e in secondo grado dai *Tribunais Regionais Federais*; la *Jutica do Trabalho*; la *Justica Eleitoral*, la *Justica Militar Federal*.

Il *Supremo Tribunal federal* – STF è formato da undici giudici nominati dal Presidente della Repubblica ed ha principalmente una funzione di giudizio di costituzionalità sulle norme brasiliane soprattutto, ma non esclusivamente, a livello federale. Inoltre l'STF è anche il principale tribunale per le questioni internazionali, come ad esempio l'extradizione; esso oltre che essere garante del bilancio federale, decidendo controversie che coinvolgono gli stati stranieri, organismi internazionali, *Estados*, *Uniao*, *Distrito Federal*, è anche tribunal esclusivamente competente, in prima ed unica istanza, a giudicare le cause nelle quali sono pari le principali autorità a livello federale, quali il Presidente della Repubblica, i ministri del Governo ed i membri del Parlamento. Occorre osservare che, ad eccezione delle materie rientranti

nella sua competenza esclusiva, l'STF giudica esclusivamente questioni di diritto e non di merito.

Infine esso ha il potere di pronunciare le già citate *simulas vinculantes* (massime vincolanti) che affermano principi giurisprudenziali consolidati nell'ambito della Corte Suprema ed hanno un effetto vincolante nei confronti della pubblica amministrazione e di tutti i cittadini.

L'STJ è composto da trentatré giudici scelti dal Presidente della Repubblica tra i cittadini brasiliani di ottima reputazione e comprovata conoscenza del diritto. La principale attribuzione dell'STJ consiste nel rendere uniforme l'interpretazione delle norme federali mediante lo strumento del *recurso especial*, di cui all'art. 104, III della Costituzione Federale e dal CPC.

Passando ora alla *Justica Federal* ordinaria, essa è composta, in primo grado, dai giudici federali e, in secondo grado dai *Tribunais Regionais Federais*; la sua competenza racchiude tutte le cause di competenza federale, come già precisato in precedenza, non rientranti tra le attribuzioni delle sezioni specializzate della Giustizia Federale, ossia lavoro, elettorale e militare. Quanto alla giurisdizione di secondo grado, i tribunali regionali federali sono competenti a giudicare questioni di merito e di rito.

Nella pratica, l'attività di questi tribunali si sostanzia nei procedimenti civili in cui è parte l'*Uniao* o le questioni penali di competenza federale.

Per quanto riguarda l'organizzazione della giustizia federale non specializzata, il territorio brasiliano è stato suddiviso in cinque regioni differenti, ognuna delle quali è stata affidata ad un determinato tribunale regionale federale.

La *Justica do Trabalho*, a differenza della giustizia federale ordinaria, comprende tre gradi di giurisdizione, anziché due; essa è competente per le questioni di cui all'art. 114 della Costituzione Federale, oltre alle questioni relative ai rapporti di lavoro, anche se con enti pubblici, all'esercizio del diritto di sciopero, alle organizzazioni sindacali ed alle controversie tra sindacati, lavoratori e datori di lavoro; ai danni patrimoniali o morali derivanti da un rapporto di lavoro e alle sanzioni amministrative erogate dalle competenti autorità in seguito alle verifiche in materia di rapporti di lavoro.

La *Justica Eleitoral* è composta da organi giurisdizionali di primo, secondo e terzo grado, rispettivamente da giudici e consigli elettorali di primo grado, *Tribunalis Regionais Eleitorais - TRE* e *Tribunail Superior Eleitoral*.

Sono di competenza della giustizia elettorale non solo le funzioni giudiziarie in materia tipicamente elettorale, ma anche l'organizzazione amministrativa delle elezioni e le procedure di conteggio dei voti. Le competenze della giustizia elettorale sono stabilite principalmente dalla Legge Federale n. 4737/65. Il TSE è composto da sette giudici, tre dei quali sono membri contemporaneamente dell'STF e due dell'STJ, mentre due vengono nominati dal Presidente della Repubblica.

La *Justica militar Federal*, composta dal *Superior Tribunal Militar* – STM e dai giudici e consigli militari di rango inferiore, è competente a giudicare le questioni disciplinari ed i reati militari commessi dagli appartenenti alle Forze Armate.

Ai sensi dell'art. 123 della Costituzione Federale, l'STM è formato da quindici giudici, nominati dal Presidente della Repubblica e approvati dal Senato.

1.3.2.2 I Tribunali degli *Estados*

Come indicato in precedenza, il sistema di giustizia degli *Estados* ha una competenza residuale nelle materie non rientranti nelle competenze della giustizia federale in genere o, in via esclusiva, dei tribunali superiori. Nella pratica questo significa che gli organi giudiziari degli *Estados* sono competenti a conoscere la maggior parte delle cause di natura civile e commerciale.

In primo grado la giustizia statale è formata da tribunali monocratici presenti in ogni distretto giudiziale, denominato *Comarca*. Presso la capitale di ogni *Estado* vi è il rispettivo *Tribunal de Justica*. TJ, che svolge le funzioni di giudice di secondo ed ultimo grado per la risoluzione del merito delle vertenze; a questo proposito occorre tenere a mente che l'STJ e l'STF giudicano soltanto questioni di diritto.

Nelle città dotate stabilmente di due o più giudici a livello statale è possibile istituire diverse forme di specializzazione per materia. La divisione più usuale e frequente è quella tra diritto civile e diritto penale, ma è anche normale l'esistenza di sezioni specializzate in cause nelle quali sono parte, come attore e convenuto, l'*Estado* o i *Municipios* situati nel suo territorio.

Nei grandi centri vi è spesso un grado di specializzazione molto più elevato, con l'esistenza ad esempio di sezioni specializzate in materia ereditaria, diritto di famiglia, diritto fallimentare, ecc.

I *Juizados Especiais*, Corti Speciali, sono previsti dall'art. 98, I della Costituzione Federale e sono disciplinati principalmente dalla Legge Federale n. 9099/95 e corrispondono, grossomodo, alla figura del Giudice di pace del nostro sistema giuridico.

Le Corti Speciali sono state create al fine di trattare cause di valore modesto e di limitata complessità, con l'obiettivo di sgravare la giustizia ordinaria di parte del suo carico di lavoro e contribuire così a risolvere il problema della lentezza della giustizia. E per tale motivo, l'attività dei Tribunali è ispirata ai principi di semplicità, oralità, inosservanza di regole formali, economia processuale e celerità. Le Corti Speciali possono e devono svolgere un ruolo molto più attivo rispetto a quelle tradizionali, illustrando alle parti i vantaggi di una conciliazione della lite ed incentivandole, quindi, a raggiungere un accordo.

Al di là di alcune limitazioni, la competenza delle Corti Speciali è facoltativa, nel senso che è possibile adirla al posto della Giustizia Ordinaria, anche nei casi nei quali vi sarebbero i presupposti per adire le Corti Speciali. Per la loro rapidità ed i bassi costi, le Corti Speciali sono il principale foro avanti al quale, ad esempio, sono trattate le domande relative ai diritti del consumatore.

1.4 I principali accordi e le convenzioni multilaterali

Il Brasile non ha accettato la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di Giustizia, prevista dall'art. 36 dello Statuto della medesima Corte; inoltre le autorità brasiliane hanno ritenuto che l'accettazione della clausola della giurisdizione obbligatoria potrebbe rappresentare un disincentivo alla soluzione amichevole delle controversie.

Il Brasile è parte delle Convenzioni di Vienna sui rapporti diplomatici e consolari del 1961 e del 1963, così come della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 che, nonostante esso non sia ancora stato approvato dalla Camera dei Deputati, è ritenuta parte del diritto consuetudinario internazionale e viene spesso citata dalla dottrina brasiliana e, in alcuni casi, anche dai tribunali.

Nel 2002 il Brasile ha ratificato la Convenzione di New York del 1958 sull'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali; c'è da dire che la ratifica della convenzione non ha introdotto rilevanti novità in questa materia in quanto, sin dal 1997 il Paese è dotato di una legislazione molto avanzata nel campo dell'arbitrato civile e commerciale per quel che riguarda l'efficacia dei lodi internazionali nel territorio brasiliano (Legge Federale n. 9307/96). Ad ogni modo l'adesione espressa del Brasile ai criteri della Convenzione del 1958 conferma come l'arbitrato sia ritenuto un meccanismo ormai consolidato di risoluzione delle controversie nel Paese, oltre ad aver agevolato la semplificazione dell'esecuzione all'estero dei lodi arbitrali emessi nel territorio brasiliano.

Occorre segnalare che il Brasile non ha sottoscritto la Convenzione dell'Aja del 1961 riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri e l'introduzione delle *Apostille*. Ne consegue che, ad eccezione dei documenti delle autorità consolari brasiliane e degli atti giudiziari rientranti nell'ambito dei trattati bilaterali Italia –Brasile di assistenza giudiziaria in materia civile e penale, è teoricamente necessario legalizzare e certificare tutti i documenti prodotti in Italia o, comunque, all'estero al fine di conferire agli stessi la veridicità e l'efficacia interna in Brasile.

Per quel che riguarda le principali organizzazioni multilaterali internazionali in materia economica, finanziaria, internazionale e commerciale va segnalato che il Brasile partecipa, tra le altre, all'UNCITRAL, alla CEPAL, all'OMPI e all'OIL²¹¹.

2. La mediazione

L'attuale situazione del sistema giuridico brasiliano, caratterizzato dal sovraccarico dei tribunali, dal ritardo nell'ottenimento delle prestazioni giurisdizionali, gli elevati costi dei processi e per via della mancanza di accesso alla giustizia, impone la necessità di una riflessione sui nuovi metodi di raggiungimento di una pacificazione dei conflitti sociali.

In quest'ottica, alla luce della necessità di cambiamento di questo scenario, acquistano un'importanza fondamentale i mezzi alternativi di risoluzione delle

²¹¹ per approfondimenti si consulti *Brasile: diritto di impresa e investimenti esteri*, D. DE AVILA VIO, C. SCIALDONE. A cura di J. GASPERI, Ipsa, 2007.

controversie che costituiscono, oggi, non soltanto dei metodi che consentono di risolvere le liti al di fuori del potere giudiziario, ma anche degli strumenti, dei ricorsi addizionali che potrebbero essere utilizzati dal potere giudiziario per l'adeguamento e l'efficienza dei suoi interventi.

Come noto, la giurisdizione, anche in Brasile, è una funzione dello Stato mediante la quale esso si sostituisce ai titolari degli interessi in conflitto per cercare la soluzione del medesimo; essa corrisponde, così, a uno dei fini dello Stato, che è quello di disciplinare la società. Tuttavia si deve tener conto che la tendenza universalmente riconosciuta degli scopi del processo e dell'esercizio della giurisdizione è l'abbandono delle formule esclusivamente giuridiche, con la conseguenza che, essendosi reso necessario andare al di là delle obiettivi giuridici della giurisdizione, è indispensabile anche controllare il risultato che questi mezzi di risoluzione delle alternative hanno sulla società e sullo Stato; il predetto controllo non ha un unico elemento da controllare, bensì tre: lo scopo sociale, quello politico e quello giuridico. In particolare, lo scopo sociale fondamentale è la riappacificazione dei conflitti degli interessi con la giustizia. Del resto la vita in società genera insoddisfazione, atteso che infiniti sono gli interessi e finiti sono i beni oggetto di questi interessi. Quando ci si trova innanzi a tali conflitti, si parla di conflitti di interesse. Si può concludere che lo scopo sociale della risoluzione dei conflitti è l'eliminazione degli stessi per mezzo di criteri giusti.

Un altro scopo sociale è l'educazione della società mediante l'insegnamento di diritti e doveri che ogni singolo ha. La mancanza di accesso al potere giudiziario, molto spesso dovuta alla disinformazione, sfocia in tentativi di risoluzione delle controversie attraverso altri mezzi, per così dire, non convenzionali che consentono al singolo di farsi giustizia da sé, con manifestazioni di violenza e nel pieno esercizio dell'autotutela²¹².

Del resto il principale ostacolo dell'accesso alla giustizia è la lentezza processuale che si verifica in tutti e tre i gradi di giudizio –*primeira, segunda e terceira instancia*–, oltre all'elevato costo che le parti processuali si trovano a dover affrontare; oltre a ciò un'ulteriore causa è l'eccesso di ritualismo e formalismo nell'espletamento del processo giuridico e, infine, la consapevolezza che anche il tempo ha un valore

²¹² C. R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. Revista dos Tribunais, 1990, p. 206, Sao Paulo.

economico che incide grandemente sugli interessi economici sia dei singoli utenti, che delle persone giuridiche che si trovano a dover affrontare una controversia in tribunale.

Al fine di porre rimedio alla predetta situazione e di offrire alla società brasiliana un'impronta differente, il legislatore ha voluto introdurre nell'ordinamento la mediazione quale ADR finalizzata alla riappacificazione delle parti in liti. Come si è già visto per altri ordinamenti, si tratta di un processo nel quale un terzo neutro ed imparziale aiuta le parti ad ottenere un accordo che soddisfi gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e non solo di alcuni di essi. Il mediatore, utilizzando delle tecniche particolari, aiuta le parti a lavorare il conflitto ed a chiarire l'oggetto della disputa, al fine di attuare un confronto teso ad un accordo col quale possa ritenersi chiusa la disputa.

2.1 La riforma del codice di procedura civile brasiliano. La mediazione e la conciliazione

2.1.1 L'evoluzione legislativa

Il potere giudiziario brasiliano ha, nel tempo, proposto nuove normative ed implementato alcune già esistenti in tema di ADR. Infatti nel 1993 è stata pubblicata la *Lei de Arbitragem -lei n. 9307-* che consente alle parti di optare per una forma privata di composizione delle controversie relative alla sfera patrimoniale, concedendo agli arbitri il potere necessario affinché gli stessi possano analizzare e giudicare il conflitto che gli è affidato. Inoltre il legislatore brasiliano ha dato maggior importanza alla conciliazione come forma effettivamente funzionale alla velocizzazione ed alla promozione della giustizia.

Attualmente una delle più attese riforme è quella del codice di procedura civile. L'inserimento della conciliazione e della mediazione nel sistema processuale, così come sino ad ora disegnato dal legislatore, mantiene la funzione principale dei mezzi alternativi ed autocompositivi di accesso alla giustizia, ossia quella di riappacificare le parti attraverso l'ottenimento di un accordo e, di conseguenza, alleggerire il carico giurisdizionale dei tribunali ordinari lasciando spazio per la risoluzione di controversie che hanno effettivamente necessità dell'intervento dei magistrati.

E' bene precisare che il progetto di riforma del codice di procedura civile non vuole introdurre la giustizia privata in sostituzione di quella pubblica, mirando piuttosto a diffondere l'uso dei meccanismi compositivi non impositivi, così da lasciare libero accesso al potere giudiziario a chiunque necessiti di una pronuncia giudiziaria, nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 5 della Costituzione federale.

Grazie allo strumento della mediazione il cittadino occuperà un nuovo spazio all'interno del processo di amministrazione della giustizia ed assumerà una funzione attiva rispetto ad essa, recuperando così un ruolo preponderante nella composizione della vertenza, la cui introduzione sarà del tutto facoltativa; inoltre anche il meccanismo conclusivo della mediazione differisce totalmente da quello processuale: non va dimenticato che la sentenza -sia essa proferita dal giudice -potere giudiziario- o dagli arbitri- quale atto impositivo, può soltanto imporre il diritto, con la conseguenza di non riuscire a soddisfare pienamente le parti, né a ristabilire le relazioni sociali; per converso la mediazione ha come fine la promozione della composizione dei conflitti non solo dal punto di vista strettamente giuridico, ma anche e soprattutto dal punto di vista sociologico, attuando concretamente la riappacificazione sociale raggiunta mediante l'autonomia conferita ad ogni soggetto di risolvere la propria lite ponendosi al centro della stessa e facendosi elemento proattivo.

Facendo un passo indietro ed analizzando la normativa sulle ADR è importante evidenziare come in Brasile la mediazione ha cominciato ad avere forma legislativa con il *Projeto de Lei* n. 4.827/98, avanzato dalla deputata Zulaie Cobra, il cui testo proposto alla Camera conteneva una regolamentazione concisa che stabiliva la definizione di mediazione ed elencava alcune disposizioni in proposito.

La Camera dei Deputati, attraverso la *Comissao de Constituicao e Justica*, ha approvato nel 2002 il testo che ha inviato al Senato Federale che l'ha ricevuto con il n. PLC 94/2002.

In verità già nel 1999 l'Istituto Brasiliano di Diritto Processuale (IBDP) aveva già costituito una commissione per elaborare un Antiprogetto di Legge sulla mediazione nel processo civile, che culminò con diversi dibattiti pubblici e con la successiva elaborazione di un testo finale che venne, poi, presentato al Governo Federale. Di

fronte all'esistenza del progetto di legge della Deputata Zulaiê Cobra, già approvato alla Camera, il Ministero della Giustizia promosse un'udienza pubblica, invitando la Deputata, i suoi collaboratori, l'IBDP e le altre organizzazioni sociali coinvolte sul tema della mediazione; in seguito fu elaborato un testo di consenso con la Deputata e stabilita la strategia di rinvio al Relatore del Progetto presso il Senato Federale, Senatore Pedro Simon, invitandolo a presentarlo come sostitutivo. Il Senatore Pedro Simon, tuttavia, presentò un sostitutivo ispirato al testo elaborato dall'IBDP, ma alterato nei suoi aspetti principali.

Il Governo Federale, nel frattempo, come parte del Pacchetto Repubblicano, seguito all'Emenda Costituzionale n. 45 dell'8 dicembre 2004 (nota come "Riforma del Giudiziario"), presentò vari Progetti di Legge che modificavano il Codice di Procedura Civile, il che portò ad una nuova redazione del P.L.94.

Il Governo decise, quindi, d'inviare un Progetto di Legge autonomo, il cui testo fu elaborato dall'IBDP. Il 14 marzo 2006 la redazione riformulata fu ricevuta ed approvata, come sostitutivo, dalla Commissione di Costituzione e Giustizia (CCJ). Una volta approvato il sostitutivo (Emenda n. 1-CCJ), a riforma del progetto iniziale, lo stesso fu inviato alla Camera dei Deputati l'11 luglio. Il 10 agosto il progetto fu inoltrato alla CCJC, che lo ricevette il 7 agosto. Da allora non si è più avuta notizia di questo Progetto e una ricerca recente presso il sito della Camera mostra che il Progetto giace paralizzato dall'aprile del 2007.

Quando si erano ormai perdute le speranze di una positivizzazione della mediazione nel Diritto, ecco che nel 2009 viene convocata una Commissione di Giuristi che, presieduta dal Ministro del Superiore Tribunale di Giustizia Luiz Fux, si è posta l'obiettivo di presentare un nuovo codice di procedura civile. La Commissione, con un apprezzabile sforzo, ha presentato in tempi brevissimi un Antiprogetto che venne, poi, trasformato nel Progetto di Legge n. 166/10 e quindi sottoposto alla discussione ed al conseguente esame di una Commissione appositamente creata in seno alla Commissione di Costituzione e Giustizia del Senato Federale.

Nel dicembre 2010 il senatore Valter Pereira ha presentato, mediante un Sostitutivo, due minime variazioni che sono state approvate dal *plenum* del Senato ed il testo è stato inoltrato alla Camera dei Deputati che gli ha attribuito la

denominazione di Progetto di Legge n. 8046/10; in seguito il Consiglio Nazionale di Giustizia ha emanato la risoluzione n. 125 in tema di politica giudiziaria nazionale di un trattamento adeguato dei conflitti nell'ambito del Potere Giudiziario²¹³.

I lavori di riforma di quest'ansa del diritto brasiliano sono proseguiti tant'è che, all'inizio del 2011 le riflessioni effettuate dai giuristi costituenti la Commissione, dalla Camera dei Deputati e dal Ministero della Giustizia si sono ampliate sino a comprendere il testo del nuovo codice di procedura civile che è stato analizzato da una speciale commissione presieduta dal deputato Fabio Trad. Il 25 agosto del medesimo anno è stato presentato il Progetto di Legge del Senato n. 517 che ha lo scopo di regolamentare l'uso della mediazione civile sia giudiziale che stragiudiziale²¹⁴, considerando altresì che la preoccupazione della Commissione verso gli istituti della conciliazione e della mediazione di cui agli artt. 144-153 è evidente.

E' importante rilevare che il legislatore brasiliano, contrariamente al collega italiano, intende collocare l'attività di mediazione all'interno della struttura del potere giudiziario, senza che questo escluda la possibilità di esperire un tentativo di mediazione in via del tutto autonoma, oltre alla possibilità di utilizzare altri mezzi di soluzione dei conflitti, così come indicato dall'art. 153. Sul punto ha grande rilevanza anche l'art. 134 che attribuisce ai tribunali la funzione di creare attraverso la legge, ovvero mediante l'organizzazione giudiziaria, settori destinati alla realizzazione della composizione dei conflitti.

Il controllo dell'effettiva attuazione del procedimento della conciliazione e della mediazione sarà a carico del *Tribunal da Jusica* che dovrà redigere ogni anno una relazione sul punto; per contro, non spetterà al Tribunale il miglioramento qualitativo, né il controllo numerico delle procedure eseguite, spettando piuttosto al medesimo il controllo circa l'imparzialità dei conciliatori e dei mediatori.

I principi cardine della mediazione brasiliana sono molto simili a quelli classici che ben si conoscono, ossia: l'indipendenza, la neutralità, l'autonomia della volontà del mediatore, la riservatezza, l'oralità e l'informalità del procedimento. Grande

²¹³ Il testo del provvedimento è disponibile all'indirizzo internet: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

²¹⁴ Il testo è disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

rilievo è dato alla riservatezza, il cui riferimento si rinviene ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 144 laddove si precisa che essa esplica i suoi effetti in relazione a tutte le informazioni che vengono rese dalle parti durante il procedimento e che esse non possono essere utilizzate per un fine differente rispetto a quello previsto espressamente dalle parti. Proprio come nella nostra normativa, anche quella proposta dal legislatore brasiliano prevede altresì che il conciliatore ed il mediatore, così come tutti i suoi ausiliari che potrebbero intervenire a vario titolo nella mediazione, non possono divulgare o deporre su fatti o elementi afferenti alla mediazione o conciliazione. A questo proposito pare opportuno rammentare che l'art. 119 qualifica il mediatore ed il conciliatore come ausiliari di giustizia, dedicando loro un'apposita sezione^{215 216}. Per la verità, alcune disposizioni già presenti nel codice di procedura civile e facenti riferimento agli ausiliari di giustizia, sono state mantenute nel progetto del nuovo codice al fine di stimolare la realizzazione di un accordo, considerato che il principio della celerità processuale, a partire dal quarantacinquesimo emendamento costituzionale, è divenuto una garanzia del cittadino. A quest'ultimo, specialmente con la mediazione, viene garantita la composizione del conflitto nel minor lasso temporale possibile, a tutto vantaggio dei rapporti interpersonali.

L'art. 145, poi, introduce una netta distinzione tra la figura della conciliazione e quella della mediazione, prevedendo che il conciliatore può suggerire soluzioni per la risoluzione della lite, mentre il mediatore ha il solo compito di aiutare i soggetti coinvolti nel conflitto affinché le stesse individuino delle alternative che siano di reciproco soddisfacimento.

Come già ricordato, la versione originale del PLS 166/10 prevedeva che l'unico soggetto che potesse vestire i panni del mediatore fosse l'avvocato, iscritto all'ordine; con la presentazione della Relazione e del Sostitutivo presentati il 24 novembre 2010, è stata eliminata la necessità del predetto requisito, permettendo così

²¹⁵ Art. 119. “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador sudicia”.

²¹⁶ Per un approfondimento sul tema, A. BRETTAS GRUN WALD, R. RAMOS, *Acesso a justiça e mediação no projeto do novo código de processo civil brasileiro*, p. 389 ss. Il quale afferma, tra l'altro, che “importante ressaltar que embora haja a previsão expressa de formas de conciliação e mediação inseridas no processo judicial tal positivação não excluiu de forma alguma a possibilidade de as partes litigantes promoverem a composição dos conflitos de forma extrajudicial, seja por meios de tribunais privados ou profissionais especializados”.

l'apertura dell'esercizio della professione a qualsiasi soggetto.

Quella appena descritta costituisce indubbiamente una rilevante novità in quanto per molti anni il ruolo del conciliatore e del mediatore hanno coinciso in quanto la differenza intercorrente tra gli stessi non era in alcun modo percepita. Ora, l'art. 135 afferma che sarà competenza del conciliatore l'elaborazione delle proposte di soluzione del conflitto instaurato dalle parti; egli potrà anche elaborare e offrire alle parti diverse proposte di accordo affinché le medesime parti possano scegliere quelle più confacente alle loro esigenze.

Passando ad analizzare le altre disposizioni, ve n'è una singolare ma molto lungimirante a parere di chi scrive: si tratta dell'art. 147 del Progetto il quale prevede l'istituzione di un registro che conterrà le informazioni sulle risultanze del lavoro eseguito da ogni professionista; nello stesso verranno indicate il numero di controversie alle quali ha partecipato, la materia sulle quali vertono le stesse, il successo o l'insuccesso della propria attività. Tali informazioni saranno sottoposte ad una pubblicazione periodica e saranno utilizzate a fini statistici.

Riprendendo il profilo della mediazione giudiziale, che preoccupa così tanto il legislatore brasiliano, ci si avvede di come il Progetto non vieta la mediazione extragiudiziale, né quella antecedente al giudizio, ma semplicemente sceglie di non regolamentarle, lasciando in capo a tutti coloro che vi sono interessati la libertà di utilizzarle, ricorrendo all'ausilio dei liberi professionisti che sono a disposizione e reperibili sul mercato. La previsione è che, così com'è avvenuto con riguardo alla legge sull'Arbitrato, Lei n. 9.307/96, che ha diffuso la cultura di questo ADR, o per dirlo alla brasiliana, RAD, anche l'approvazione del progetto di legge sulla mediazione e conciliazione, porterà con sé la diffusione e lo sviluppo di queste forme alternative di risoluzione delle dispute, con tutto ciò che questo comporterà. Certamente il passaggio sarà lento e graduale, ma ciò che aiuterà la diffusione di una cultura alternativa del litigio è proprio la possibilità di avere il primo contatto con la mediazione nella sua modalità giudiziale e, spesso, incidentale.

2.1.2 L'attività di mediazione espletata dai tribunali

Il potere giudiziario dello stato del *Ceará* ha organizzato di recente (nel dicembre 2012) la settimana nazionale della conciliazione, durante la quale sono state tenute

circa 12.935 *audiências*, il 42% delle quali ha avuto esito positivo.

La coordinatrice del *Núcleo Judiciário de Solução de Conflitos*, giudice Jane Ruth Maia de Queiroga, ha evidenziato come i litiganti “*não puderam comparecer às audiências ainda têm a chance de tentar um acordo*”. Sostenendo inoltre che le parti non devono perdere l’opportunità di risolvere i conflitti attraverso un mezzo di risoluzione rapido e pacifico come la mediazione.

Gli interessati a tale ADR possono presentare la domanda consegnandola presso il tribunale, oppure compilandola sul sito²¹⁷ del *Tribunal de Justiça do Ceará*. Si tratta di un *form on line* molto semplice che richiede l’indicazione delle parti, dei loro recapiti, del circondario all’interno del quale le stesse si trovano e di una breve descrizione della controversia. Lo scopo, ovviamente, è quello di incentivare la partecipazione alla mediazione e l’utilizzo di tale strumento finalizzato ad una conclusione rapida e soddisfacente della propria controversia²¹⁸.

2.1.3 Il concetto di mediazione ed i contributi del diritto straniero

I giuristi brasiliani che si occupano dell’introduzione e dello sviluppo della mediazione nel loro sistema giuridico hanno volto lo sguardo anche agli altri ordinamenti al fine di effettuare un’analisi comparatistica che consentisse una valutazione consona del nuovo istituto, della sua applicabilità e dei legami con il processo civile ordinario.

Gli ordinamenti giuridici considerati sono il nostro -il quale definisce la mediazione come “*il procedimento mediante il quale un terzo, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto*”²¹⁹- e quello spagnolo –

²¹⁷ <http://www.tjce.jus.br/conciliacao/cadastro-quero-conciliar.asp>.

²¹⁸ La società brasiliana, infatti, è ancora caratterizzata da forti disuguaglianze sociali e regionali tanto che, se da una parte si registra un’esplosione della litigiosità, dall’altro l’accesso alla giustizia di altra parte della popolazione è impedito a causa delle situazioni di povertà assoluta, con il risultato di compromettere seriamente l’effettività dei diritti fondamentali. Laddove le possibilità economiche sono presenti e, di conseguenza l’accesso alla giustizia è garantito, la cultura querelante che si è sviluppata e che, di per sé, ha dato una lettura errata della garanzia costituzionale dell’accesso alla giustizia che tanti si è perseguita negli ultimi trent’anni, ha permesso l’affluire indiscriminato e generale di ogni e qualsiasi pretesa insoddisfatta, fondata o meno, obbligando il sistema giudiziario ad accogliere e trattare controversie di minimo valore pecuniario o di nessuna complessità giuridica tali, quindi, da non giustificare la giuridicizzazione potendo essere risolte attraverso altri mezzi, in altre istanze ed oltre l’apparato statale.

²¹⁹ C. BESSO, La mediazione italiana: definizione e tipologie; *Revista eletrônica de direito processual*, 2010, pag, 33 disponibile sul sito: <http://www.redp.com.br..>

secondo il quale la precedente definizione è la seguente: "*la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso*"²²⁰; è stato inoltre considerato l'Uniform Mediation Act (2001) per il quale "*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*".

Il Progetto di legge brasiliano -n. 94- nella sua versione finale del luglio del 2006 presentava, all'art. 2, il concetto di mediazione come segue: "*Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual*".

Non poteva mancare il riferimento alla direttiva europea, ossia la n. 52 del 21 maggio 2008 del Consiglio dell'unione Europea -che definisce la mediazione come un procedimento strutturato nel quale due o più parti in lite tra loro tentano, volontariamente, di trovare un accordo al fine di risolvere il conflitto, con l'aiuto di un mediatore- e, successivamente, quello alla Legge n. 69 del 18 giugno 2009 ed al suo articolo n. 60 laddove autorizza il Governo ad emanare un decreto legislativo, in accordo con il diritto comunitario e, infine, quello al D. Lgs 28 del 4 marzo 2010.

Analizzando nuovamente l'ordinamento argentino e quello spagnolo occorre considerare che, quanto al primo, la *Lei* n. 26.589/10, che sostituì la *Lei* n. 24.573/95, non definisce l'istituto, ma lo dichiara obbligatorio nei casi determinati dallo stesso, come accade nell'ordinamento italiano; quanto alla Spagna, dove l'attività della mediazione è estremamente sviluppata, ha un progetto per regolamentare, nell'ambito nazionale, la mediazione, definita come "*A los efectos de esta Ley se*

²²⁰ H. S. MUÑOZ, *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, p. 3, 2009, disponibile sul sito: <http://www.redp.com.br>.

entende por mediação aquela negociação estruturada de acordo com los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.

Sino a che l’ordinamento giuridico brasiliano non ha previsto l’istituto della mediazione, la dottrina brasiliana ha tentato di darne una definizione semplice e diretta, ritenendo che sia possibile definire la mediazione come un procedimento per mezzo del quale i litiganti cercano aiuto nel consiglio di un terzo imparziale, che li aiuterà a trovare la soluzione del conflitto²²¹. Un’altra definizione resa dalla dottrina è quella secondo la quale la mediazione è un metodo di conduzione dei conflitti, attuato da un terzo imparziale, formato ad hoc, il cui obiettivo è ristabilire la comunicazione produttiva tra le persone che si trovano in un impasse, aiutandole a trovare un accordo, se possibile²²².

Ne deriva che questo terzo non ha il fine di decidere, e nemmeno allo stesso è data l’autorità di farlo, ma deve solamente aiutare le parti ad ottenere una soluzione condivisibile per tutte le parti coinvolte. La mediazione, quindi, è ritenuta un insieme di tecniche, esperienze e costumi della cultura che si sono via via stabilizzati nella comunità che non è nuova in quanto si tratta di una forma di risoluzione delle controversie millenaria²²³.

Preso atto dell’impegno della dottrina occorre altresì considerare che il lavoro della medesima è stato favorito dalla da diverse disposizioni contenute nelle pieghe della Carta costituzionale federale e nella legislazione infracostituzionale, ossia il codice di procedura civile²²⁴, la *Lei do Divorcio* (*Lei* n. 6.515/77), *Lei de Alimentos*

²²¹ H. DELLA BERNARDINA PINHO, *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, capítulo 23.

²²² In questi termini E. RIBERTI NAZARETH in *Psicanalise e mediação – Meios efetivos de acao. Revista do Advogado*. Sao Paulo, *Associacao dos Advogados de Sao Paulo*, n. 62, p. 55, mar. 2001.

²²³ Anche la dottrina brasiliana riconosce le origini della cultura della mediazione nella cultura orientale. E. RIBERTI NAZARETH nella sua opera precedentemente citata afferma che la prima civiltà ad aver utilizzato la pratica della mediazione è stata quella cinese. In questa civiltà la mediazione ha trovato le sue basi nella filosofia di Confucio e come primordiale principio della moralità. Per i cinesi, quando le persone si trovano a dover affrontare e risolvere un conflitto e, per farlo, si rivolgono ai tribunali anziché tentare di negoziare, stanno agendo contrariamente alla morale ed ai buoni costumi.

²²⁴ Con particolare riferimento al diritto di famiglia, il codice di procedura civile brasiliano prevede all’art. 125 la responsabilità del giudice nel tentare di conciliare i litiganti: “*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: ... IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*”. Ancora, l’art. 331 prevede l’udienza di

(Lei n. 5.478/68) laddove emerge la preoccupazione del legislatore brasiliano nella ricerca di risoluzione dei conflitti, soprattutto familiari, attraverso il consenso dei litiganti medesimi, come regola che implicitamente autorizza la pratica della mediazione nelle liti, specialmente quelle che riguardano il diritto di famiglia²²⁵.

Anche la dottrina brasiliana distingue la mediazione dagli altri meccanismi alternativi di risoluzione dei conflitti, precisando innanzitutto che ogni ordinamento giuridico, a seconda delle proprie scelte politiche, attua differenti forme di utilizzo dei mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie: quella volontaria il cui consenso all'utilizzo è espresso dalle parti; quella obbligatoria *ex lege* (*por por força de lei*) e quella determinata dal giudice (*por determinação judicial*).

E' bene precisare che mentre, come abbiamo visto, l'acronimo più diffuso per indicare le procedure alternative di risoluzione delle controversie è "ADR", definizione che è stata introdotta dall'*American Arbitration Association*, "AAA", il Brasile e l'Argentina hanno adottato il corrispondente acronimo, ossia "RAD", *Resolução Alternativa de Disputas*, intendo per "disputa" una controversia, un litigio, una richiesta, una lite, una divergenza, uno scontro.

Sino ad ora, nella regolamentazione brasiliana della mediazione paraprocedurale, la funzione del mediatore è riservata agli avvocati; tuttavia nella realtà la RAD è costituita da istituti giuridici e, quindi, deve parimenti essere riservata agli avvocati. Tuttavia i progetti di legge che sono stati via via presentati e finalizzati a regolamentare la mediazione, prevedono che possa rivestire la funzione di mediatore qualunque soggetto persona giuridicamente capace, purchè abbia acquisito delle conoscenze tecniche specifiche.

conciliazione nella fase *saneadora* del processo: "*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*"; ancora la Sezione II, *Da Conciliação*, prevede agli artt. 447-449 la conciliazione nella cause relative alla famiglia, nelle ipotesi nelle quali la transazione è ammessa: Art. 447 "*Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação*". Art. 448 "*Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo*". Art. 449 "*O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença*".

²²⁵ La Costituzione federale brasiliana, infatti, agli artt. 226-230 assicura alla famiglia la protezione dello Stato, in quanto la stessa rappresenta la base della società, il luogo nel quale ogni suo membro trova la propria realizzazione, la propria felicità, va da sé che questa previsione costituzionale di protezione si estende a tutti i membri della famiglia. Ne consegue che lo Stato non protegge solo la famiglia come istituzione, bensì ogni singolo soggetto di diritto che la compone.

Una parte della dottrina²²⁶ fa correttamente notare che gli avvocati, sebbene abbiano una conoscenza a livello giuridico completa, tuttavia ricevono una formazione universitaria che li prepara allo scontro affinché possa soddisfare ed assecondare il bisogno di aggressività del proprio cliente. Infatti, se una persona si rivolge ad un legale, normalmente è per litigare e l'avvocato, deve calarsi nei panni del proprio cliente, lasciandosi così influenzare dal suo stato d'animo. Questa è la cultura del litigio che, notoriamente, non accoglie i presupposti e le modalità della RAD o di qualsiasi altra forma di risoluzione che non porti con sé lo scontro. Ancora, l'avvocato ritrova il diritto nella legge, tralasciando gli aspetti psicologici e sociali; per tale ragione la mediazione sarebbe più appropriata alla professione dello psicologo o del sociologo.

D'altro canto la mediazione può indubbiamente rappresentare un nuovo campo d'azione per gli avvocati che, laddove saranno in grado di valorizzarla, rappresenterà un mezzo per trasformare l'attività estremamente macchinosa e litigiosa in una professione che tenderà la soluzione delle controversie mediante modalità soft.

²²⁶ S. J. ROQUE, *Arbitragem, a solução vive*, II ed. *Icone Editora*, Sao Paulo, 2009, p. 242 ss.

CONCLUSIONI

“Dobbiamo diventare il cambiamento che vogliamo vedere”
Mahatma Gandhi (Mohandas Karmchand Gandhi)

Il presente elaborato si è posto lo scopo di analizzare le ADR e l'istituto della mediazione a livello storico, giuridico e culturale al fine di contestualizzare le stesse in ogni ordinamento considerato.

I numerosi interventi normativi che, negli ultimi anni, hanno fatto riferimento al ricorso alle procedure alternative rivelano un interesse che, ovviamente, non è occasionale. Le ADR, infatti, non rappresentano soltanto una modalità per deflazionare il contenzioso, ma sono una risposta alla necessità di un cambio di approccio che valorizzi la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti.

A livello europeo, le istituzioni da tempo promuovono il ricorso e lo sviluppo delle ADR, tenuto conto che le stesse costituiscono una valida alternativa per facilitare l'accesso alla giustizia dei cittadini e agevolare lo sviluppo del commercio tra i Paesi membri. In ragione dell'importanza crescente assunta dalle ADR, la Commissione europea si è proposta di raccogliere nel Libro Verde del 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale le osservazioni degli Stati membri relative alle questioni giuridiche strettamente attinenti all'ambito della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale; allo stesso modo 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 ha promosso la risoluzione consensuale delle controversie ricorrendo in particolare alla mediazione. La direttiva ha previsto che gli Stati membri consentissero ai tribunali di suggerire alle parti di ricorrere alla mediazione, senza tuttavia obbligarle a tale scelta.

Le caratteristiche principali delle ADR, e della mediazione in particolare, sono la flessibilità che consente alle stesse di adattarsi alla diversità dei singoli casi e la

rapidità con la quale la controversia può essere risolta. Proprio questi elementi distintivi ne hanno consentito un rapido sviluppo anche all'interno di altri paesi, come ad esempio l'Argentina e il Brasile.

Come si è visto, l'Argentina conosce il tentativo di mediazione obbligatoria ormai dal 1996: il legislatore, che l'ha definito "*pregiudiziaro obbligatorio*", l'ha introdotto *in primis* nella città di Buenos Aires e, successivamente, i 24 stati provinciali ne hanno seguito le orme imitandone il modello.

Il Brasile, invece, attualmente in attesa dell'emanazione del nuovo codice di procedura civile che dovrebbe contenere alcuni articoli dedicati proprio alla mediazione, la conosce ed utilizza già quale strumento volontario -e non obbligatorio- finalizzato alla risoluzione extragiudiziale delle controversie. Si tratta, quindi, di un mezzo ulteriore che si affianca al giudizio ordinario e che consente alle parti un confronto più sereno e libero delle proprie posizioni rispetto alle quali trovare un accordo soddisfacente. Va da sé che, quantomeno sino all'emanazione del nuovo codice di procedura civile, la macchina della mediazione continuerà ad attivarsi a seguito di un impulso privatistico o su mero invito del giudice. La procedura attualmente utilizzata richiede la presentazione della richiesta iniziale, il pagamento delle spese di giustizia, l'avviamento del parere positivo, la citazione del convenuto, il termine per la risposta, le pratiche di cancelleria, la risposta del convenuto e la designazione dell'udienza previa, senza contare gli innumerevoli incidenti processuali che possono rendere più complesso il procedimento.

Ad un primo e rapido sguardo al progetto di riforma del codice di procedura civile brasiliano è agevole riscontrare come esso –art. 118- non ritenga necessaria un'istanza formale che preceda il giudizio e che crei in tal modo una condizione di procedibilità dello stesso; al contrario il legislatore sembra voler evidenziare il fatto che il potere giudiziario non è tenuto ad intervenire in ogni conflitto e, parimenti, non è costretto ad offrire una risposta positiva applicando la legge al caso concreto in ogni situazione nella quale vede la sua partecipazione *super partes*, potendo invece proporre alle parti coinvolte nella lite la presentazione di un'istanza a carattere conciliativo, antecedente a quella che è la decisione tecnica del sistema giudiziario.

Rispetto alla modalità applicative attuali, quelle proposte dal progetto del nuovo codice di procedura civile sembrano essere più lineari, anche grazie all'attribuzione

al giudice di alcuni poteri, soprattutto con riferimento alla direzione del processo, menzionando espressamente l'adeguamento e la flessibilità mitigatoria come strumento per raggiungere l'effettiva pacificazione delle parti contrapposte.

Si constata in particolare come oltre alla diffusione negli stati che sono tradizionalmente un modello consolidato, la mediazione è presente anche in altri ordinamenti più recenti che ne fanno uso.

In questa prospettiva, "effettività" non significa occupare degli spazi ed agire sempre; piuttosto significa intervenire se e quando necessario, come *extrema ratio* ed allo scopo di riequilibrare le relazioni sociali, coinvolgendo i cittadini nel processo di decisione e risoluzione del conflitto.

Nell'ipotesi in cui il nuovo codice di procedura civile venisse emanato senza una disciplina regolatrice della mediazione, essa potrebbe continuare ad operare in maniera indipendente dell'azione dei pubblici poteri. Del resto questo è anche ciò che la realtà italiana sta peritando. La mediazione così come vestita dal D.Lgs 28/2010 è stata dichiarata incostituzionale –per eccesso di delega legislativa- nella parte in cui prevede l'obbligatorietà del tentativo di mediazione; tuttavia la pronuncia della Consulta offre diversi spunti di riflessione. Innanzitutto, la Corte ravvisa il difetto di delega da parte del Parlamento al Governo limitatamente alla obbligatorietà del tentativo di mediazione in particolari materie e l'aver affrontato pregiudizialmente la questione del difetto di delega non ha concesso spazio alla Corte per analizzare nel merito gli altri profili di incostituzionalità sollevati.

Se il legislatore nazionale volesse intervenire nuovamente sulla disciplina della mediazione con legge ordinaria prevedendone nuovamente il tentativo obbligatorio, sicuramente questa scelta non sarebbe in contrasto con la normativa europea. Del resto, la risoluzione del Parlamento Europeo, pubblicata del 13 settembre 2012, approvava la scelta italiana osservando che la mediazione obbligatoria, pur essendo uno strumento potenzialmente in grado di decongestionare l'amministrazione della giustizia ordinaria all'interno dei tribunali, *dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della* è [cioè all'interno] *della procedura giudiziaria.* Tuttavia il Parlamento europeo concludeva che, *"nonostante le polemiche, gli Stati membri, la cui legislazione nazionale va oltre i requisiti base della direttiva sulla*

mediazione, sembrano aver raggiunto risultati importanti nella promozione del trattamento non giudiziario delle controversie in materia civile e commerciale”. Anche la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, Sez. IV, afferma che *“non esiste un’alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l’introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall’altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale”.*

Anche la Consulta ha già espresso la propria posizione sul tema con la pronuncia n. 276/2000, relativa al rito del lavoro nelle controversie di pubblico impiego, a mezzo della quale ha affermato che la messa a punto di strumenti idonei ad agevolare la composizione stragiudiziale delle controversie, per limitare il ricorso al giudice ordinario alle sole ipotesi di inutile sperimentazione del tentativo di conciliazione, appariva un momento essenziale per la riuscita della riforma.

Il dibattito e l’alternanza di vedute dimostrano come il dialogo tra formanti interni, così come quello tra ordinamenti giuridici differenti sia fondamentale per creare una cultura della mediazione e per mettere a disposizione dell’utenza dei metodi di risoluzione delle controversie che consentano di superare le difficoltà di un giudizio in tribunale, senza tuttavia rinunciare all’esigenza di vedere soddisfatte le proprie esigenze in un’ottica di collaborazione e mantenimento dei rapporti sociali.

A parere di chi scrive, data la particolare “simpatia” per questa parte di mondo del diritto -perché sempre e comunque di diritto si tratta- occorre fare tesoro dell’esperienza sin qui maturata tanto a livello nazionale, quanto a livello europeo ed internazionale.

Il bagaglio culturale e le modalità applicative del D.Lgs n. 28/2010 consentono di guardare al futuro con una nuova prospettiva. Sarà essenziale affrontare la crisi del processo civile ed il tema delle ADR con un approccio culturale-giuridico differente grazie al quale condurre battaglie tese a migliorare modalità applicative e finalità della mediazione.

Gli operatori di settore, nel caso in cui il legislatore opterà per la stesura di un nuovo testo normativo della mediazione, dovranno accompagnarlo lungo il cammino,

offrendo momenti di confronto che evitino errori, ponderino le necessità del sistema e cedano il passo ad interventi legislativi scevri degli errori che il Giudice delle Leggi evidenzerebbe, vanificando il lavoro *e* dell'iter legislativo *e* dei complessi meccanismi attivati. Tuttavia, se questo non dovesse avvenire, la mediazione continuerà ad operare, come del resto già sta avvenendo, essendo a disposizione di tutti coloro che ne vorranno usufruire; del resto, come si è visto, nemmeno il tentativo obbligatorio poteva costringere le parti a presentarsi in mediazione e comunque, laddove il tentativo fosse esperito, di certo non implicava una conciliazione.

Considerazioni positive sul tema sono state svolte anche dal primo Presidente della Corte di Cassazione, Dott. Ernesto Lupo, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013. Egli, esponendo la relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, ha reso noto che nelle precedenti relazioni sull'amministrazione della giustizia il giudizio formulato in ordine all'istituto in esame era, nel complesso, positivo. Esso era ritenuto idoneo *“a favorire una riduzione della durata dei processi civili attraverso la rimozione della principale causa di tale fenomeno, comunemente individuata nell'incapacità del nostro sistema giudiziario di far fronte ad una domanda di giustizia in costante crescita”*.

Con particolare riguardo alle esperienze maturate nel corso del 2012, la brevità del periodo in riferimento al quale la norma ha avuto applicazione non ha consentito di verificare appieno la funzionalità dello strumento; tuttavia i dati statistici forniti dal ministero della Giustizia hanno rilevato che il procedimento ha avuto ampia applicazione nelle controversie in materia di diritti reali (19,3% dei casi), locazione (12,7% dei casi), divisione (5,6% dei casi), successioni ereditarie (3,3% dei casi), probabilmente in ragione del fatto che il carattere personale dei rapporti intercorrenti tra le parti ed il carattere non seriale degli interessi coinvolti ha facilitato il raggiungimento di un accordo tra le parti; tuttavia un considerevole successo si è registrato anche in controversie che, come nel caso di contratti bancari (9,1% dei casi) e assicurativi (8,3% dei casi), investono prevalentemente rapporti di massa.

L'efficacia deflattiva dell'istituto trova, poi, conferma nella circostanza che laddove le parti vi hanno fatto ricorso, la mediazione si è rivelata realmente in grado di favorire una soluzione conciliativa della controversia, avendo condotto ad una

definizione concordata nel 46,4% dei casi in cui entrambe le parti sono comparse. Nonostante ciò non può non rilevarsi che, in molti casi come ad esempio quello delle assicurazioni che si sono sistematicamente rifiutate di prendere parte ai tavoli di mediazione, lo scoglio più grande da affrontare rimane, ancora, quello dell'approccio attuale e strategico a questo istituto.

Il tentativo di mediazione può rivelarsi uno strumento prezioso che può condurre le parti ad una soluzione ottimale del conflitto, risultato che, difficilmente, viene raggiunto attraverso la sentenza di un magistrato; infatti, a prescindere dall'efficienza del sistema giudiziario, laddove lo stesso sia veloce, sicuro, affidabile ed economico, le parti nella maggior parte dei casi non ottengono la soluzione più adatta a risolvere tutti gli aspetti di un conflitto in quanto il fine del procedimento giudiziario è quello di verificare i fatti ed applicare la norma che si attaglia al caso concreto.

Occorre ricordare che il giudice non è tenuto ad accertarsi che la sentenza soddisfi gli interessi delle parti; tuttavia i conflitti, nella maggior parte dei casi, risultano complessi perché caratterizzati da elementi oggettivi e soggettivi che difficilmente trovano spazio nel processo ordinario, come ad esempio una percezione parziale del problema, un grado di diffidenza maggiore in una delle parti coinvolte, delle aspettative mancate, etc.

Le ADR, e in particolare la mediazione, offrono un percorso alternativo che soddisfa la domanda di giustizia in un modo differente rispetto al processo ordinario, ma richiede un cambiamento culturale profondo che, laddove attuato, consentirebbe di percepire le stesse come un mezzo di alleggerimento del carico giudiziario. Non considerare una simile alternativa significherebbe perdere un'occasione importante per dare una nuova impronta alla percezione della controversia, nonché una risorsa preziosa per la cultura giuridica.

Bibliografia

- AGNATI U., *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002
- ALPA G.- R. DANOVI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004
- ALPA G., *ADR*, in *Trattato di diritto civile*, II, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001
- ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6/2009
- ANDREWS N., *La giustizia civile inglese e il mondo esterno*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007
- AROSSA F., F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di "adr"*, Giuffrè, 2004, p. 7. Si consulti inoltre G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie* in *Politica del diritto*, 1997
- AROSSA F., F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di "adr"*, Giuffrè, 2004
- AROSSA F., F. BENIGNI, *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di "adr"*, Giuffrè, 2004
- AULETTA F., *Arbitrato bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società*, fasc. 1, 2011
- AVOLIO, *L'accesso alla giustizia: quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della Comunità europea in contratto e impresa/Europa*, 1997
- BAMBERGER V., *Verfassungsrechtliche und politische Aspekte der Richtermediation*, in AA.VV., *Handbuch Mediation*, a cura di Haft e von Schlieffen, München, 2009
- BANDINI A., N. SOLDATI, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, Giuffrè, 2010
- BARUCH BUSH A., J.P. FOLGER, *La promessa della mediazione. L'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, Vallecchi, 2009
- BASTIANON S., *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. Civ. prev.*, fasc. 1, 2010
- BERCOVITCH J., *Mediation and negotiation techniques*, in *Aa.Vv Encyclopedia of violence, peace, and conflict*, Vol. II, Academic Press, San Diego, 1999
- BERNINI A.M., *Metodi alternativi di risoluzione delle liti nei servizi bancari e finanziari*, Padova, 1996
- BESSO C., *La mediazione italiana: definizione e tipologie*; *Revista Eletronica de dereito processual*, 2010, disponibile sul sito: <http://www.redp.com.br>
- BESSONE M., E. SILVESTRI, M. TARUFFO (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, Cedam, 2000
- BIANCO M., S. GIACOMELLI, C. GIORGIANTONIO, G. PALUMBO, B. SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili*

- in Italia: offerta, domanda o rito?*, *Rivista di politica economica*, settembre 2007
- BONELL J. e BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997
 - BONELL J., *I principi Unidroit nella pratica*, Milano, 2002
 - BONELL J., S. SCHIPANI, (a cura di) *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996
 - BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, 2005
 - BOULLE-NESIC, *Mediation: Principles Process Practice*, Buttersworth, London, 2001, CALLER, (a cura di), *ADR and commercial disputes*, Swet & Maxwell, London, 2002
 - BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010
 - BOVE M., *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 2010
 - BRETTAS GRUN WALD A., R. RAMOS, *Acesso a justica e mediacao no projeto do novo codigo de processo civil brasileiro*
 - BRUNI, *Codice della mediazione e della nuova conciliazione*, Maggioli, 2010
 - BULTRINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corriere giuridico*, 1999
 - CALDERALE A., *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Giuffrè, 2005
 - Cappelletti M., B. Garth, Milano, *Giuffrè-Sithoff Alphenaaanderijn*
 - CAPPONI B., V. VERDE (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, Napoli, 2002
 - CAPUTO A., P.G. MISTO', *Mediazione, adr, arbitrato*, Giappichelli Editore, 2010
 - CAPUTO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Zanichelli, Bologna 2009
 - CAPUTO, M. MISTO', *Mediazione, ADR, arbitrato*, Giappichelli, 2010
 - CARADONNA M., A. BOSSI, *L'arbitrato bancario e finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela* in *Riv. dottori comm.* 2010
 - CARADONNA M., A. BOSSI, *L'arbitrato bancario finanziario quale strumento di gestione delle liti tra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dottori comm.* 2010
 - CARBONE V., *Alla ricerca di uno strumento deflattivo del processo di legittimità*, in *Corriere giuridico*, n. 5, 2001
 - CARBONE V., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*
 - CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 2 ed.
 - CERA S., D. COLANGELI, F. PAOLELLA, *Gli istituti alternativi alla giurisdizione ordinaria*, *Led*

- CERINI D., V. GORLA *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Giappichelli, Torino, 2011
- CHIARLONI S., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in Riv. dir. Proc., 1996, II
- CICALA M., Effettività dei diritti ed efficacia delle decisioni nell'ordinamento italiano di fronte alla sfida europea, in Corriere giuridico, n. 6, 2000
- COBB S., *A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the Storytelling "Metaphor"*
- COELHO DA ROCHA M.A., *Instituicoes de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1857, Vol. I, § 40
- COLOMBO A., *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Le Società*, fasc. 1, 2007
- COMINELLI L., *Temi e problemi della giustizia*, Giuffrè, 2007
- COMOGLIO P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2000
- CONSOLO C., M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. dell'econ.*, fasc. 1, 2011
- CONTI C., *Il Conciliatore Bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Bancaria*, fasc. 4, 2007
- COSI G., G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, 2010
- COSI G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, 2007
- CRAWFORD M., *Roman Statutes*, II, London, 1996
- CREMADES B. M., *Ley de mediación y reforma de la Ley de Arbitraje*, 24 febbraio 2010 in www.diariojuridico.com
- CUOMO ULLOA F., *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *I contratti*, fasc. 12, 2008
- CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1997
- D. CHOPRA, *L'antica saggezza dell'anima*, Sperling & Kupfer, 2005
- D'ALESSANDRO A., *Dies geniales*, la cui editio princeps è del 1° aprile 1522, pubblicata a Roma in aedibus
- DAUGHTRY E., H. GARRY, L. REED, *ADR negli Stati Uniti, Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004
- DAUGHTRY E., H. GARRY, L. REED, *ADR negli Stati Uniti, Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004
- DAUGHTRY E., H. GARRY, L. REED, *ADR negli Stati Uniti, Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Giuffrè, 2004
- DE AVILA VIO D., C. SCIALDONE. A cura di J. GASPERI, *Ipsa*, 2007
- DE CAROLIS B., *L'arbitrato bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della*

- consulenza legale*, n. 70, 2011, p. 21, consultabile sul sito internet ufficiale della Banca d'Italia, www.bancaditalia.it
- DE FRANCESCO M., *Persona giuridica (Diritto privato e pubblico)*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Torino, 1965
 - DE LUCA PICIONE M., *Cenni storici sulle ADR*, in *Temi romana*, LVIII n°1-3 gennaio/dicembre 2010, p. 10, reperibile all'indirizzo www.ordineavvocati.roma.it
 - DE PALO G. – G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999
 - DE PALO G., G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, 1999
 - DE PALO G., L. D'URSO, *Manuale del mediatore professionista. strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR Risoluzione alternativa delle controversie)*, Giuffrè, 2010
 - DE' COSTANZO M., *La mediazione nella giurisprudenza*, Giuffrè, 2007
 - DELLA BERNARDINA PINHO D., *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23
 - DI FLORIO A., *La tendenza espansiva della mediazione: necessità o virtù?* In *Questione giustizia*, 2009
 - DI ROCCO M.- A. SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali nel metodo conciliativo*, Milano, 2003
 - DILIBERTO O., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole*
 - DILIBERTO O., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992
 - DINAMARCO C. R., *A instrumentalidade do processo. Revista dos Tribunais*, 1990, p. 206, Sao Paulo
 - DRAETTA U., *Il "rovescio" dell'arbitrato*, Giuffrè, 2010
 - FERRARA, C. PUCCIARELLI, C. TROISI, *Interagendo. Spazi di confronto delle mediazioni*, Sellino editore, 2007
 - FINOCCHIARO G., *La specialità della conciliazione presso la Consob non esclude l'uso di alcune regole sulla mediazione*, in *Guida al diritto*, fasc. 15, 2010
 - FISHER R., B. SCOTT, *Troviamo un accordo. come costruire le relazioni negoziando*, Corbaccio, 2008
 - FISHER R., W. URY, *Getting to yes. Negotiation agreement without living in*, II ed., Houghton Mifflin Company, 1981
 - FOLBERG J. – A. TAYLOR, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984
 - FRAGOMENI T., *Mediazione e conciliazione*, CELT, 2012
 - FULLER L., *Mediation – Its Forms and Functions*, in Id., *The Principles of Social Order*, Duke università Press, 1981

- GAGGERO P., *Il fenomeno della comunitarizzazione degli ordinamenti bancario e finanziario*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo II
- GALGANO F. (a cura di) con la collaborazione di F. FERRARI- G. AJANI, *Atlante di diritto privato comparato*, II ed
- GALGANO F., *Persona giuridica*, voce del *Digesto IV*, “Dig. Disc. Priv.” – Sez. civ., Vol. XIII, Torino, 1995
- GALLETTO T., *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Giuffrè, 2010
- GALLETTO T., *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Giuffrè, 2010
- GAMBARO A. et alia, *Comparazione giuridica*, (voce), *Digesto, Disc. Priv.*, vol. III, Torino, 1988
- GAMBARO A., *Le tesi di Trento. Appunto sul metodo, bozza di lavoro dattiloscritta*, Trento, 2002
- GAMBARO A., R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009
- GENNARI, *L'arbitrato societario*, Cedam, 2009
- GOMEZ J., *Incógnitas sobre la próxima legislatura*, 19 dicembre 2011, in <http://elcensorprocesal.blogspot.com/2011/12/incognitas-sobre-la-proxima-legislatura.html>
- GORLA G., *Il diritto comparato in Italia e nel mondo occidentale e una introduzione al dialogo civil law-common law*, Giuffrè, Milano, 1983
- GUIZZI G., *L'arbitrato Bancario Finanziario nell'ambito delle decisioni dell'ABF*; in *Le Società*, fasc. 10, 2011
- HENDERSON D. F., *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, I Tokyo, 1965
- HUMBERT M. (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005 XVI-XX), Roma, 2001
- IANNELLI, *La mediazione*, Utet, 2007
- IVALDI P., *L'adattamento al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE, R
- JOSEPH D., *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, III, London, 2005
- LEGRAND P. -R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, ed ivi in particolare il contributo di M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, H.M.TT, *Fonction subversive du droit comparé*, RIDC, n. 3, 2000
- LI H., *Access to Justice: People's Republic of China*, in *Access to Justice*, vol. I, *A world Survey Book*, I
- LOMBARDI G., *Il costituzionalismo latino-americano. Originalità di un modello*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il diritto dei nuovi mondi, Atti del convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della facoltà di Giurisprudenza*, Genova 5-7 novembre 1992, Padova, 1994

- LUISO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in G. ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010
- LUISO P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *studi di diritto processuale civile in onore di Tarzia*, III
- LUISO P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *studi di diritto processuale civile in onore di Tarzia*, III, MILANO, 2005
- LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2006
- LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003
- MACKIE K. - D. MILES - W. MARSH -T. ALLEN, *The ADR Practical Guide – Commercial Dispute Resolution*, 2000 Butterworth
- MAGNONE CAVATORTA F., *Prova documentale e arbitrato*, Cedam, 2009
- MAIMERI F., *L'arbitrato bancario finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'imperio legislativo*, in *Scritti in onore di Francesco Caproglione*, Tomo I, Padova, 2010
- MAIMERI F., *Specificità del modello ordinatorio dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. CAPRIGLIONE, M. PELLEGRINI, *Atti del seminario tenutosi nell'Università LUISS Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*
- MANCINI T., *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato della Consob*, in *Riv. arb.*, fasc. 4, 2007
- MANOLITA, *Rischio e funzione della mediazione*, Edizioni scientifiche italiane, 2005
- MARTELLO, *L'arte del mediatore dei conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Giuffrè, 2008
- MASSA, *ADR: dentro o fuori dal processo*, in *Quest. giust.*, 1994
- MAZOCHI L.; DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente* Leipzig 1824
- MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici* in COSÌ G., FODDAI M. A. (a cura di) *Lo spazio della mediazione*, Milano, Giuffrè, 2003
- MELLUCCIO A., *La nuova disciplina della mediazione (d.lgs 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Temi romana*, fasc. 1-3, 2010
- MOCCIA A., *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato. Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996
- MOORE C. W., *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1986
- MUÑOZ H.M., *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, p. 3, 2009, disponibile sul sito: <http://www.redp.com.br>

- NASCIMBENE B., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002
- NASCOSI A., *La nuova camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Le nuove leggi civ. e comm.*, fasc. 5, 2009
- NICOSIA P.S., *Mediazione e conciliazione societaria*, Ist. Carlo Amore, 2008
- NODA Y., *Comparative Jurisprudence in Japan – Its past and present, Part I*, in *Law in Japan – An Annual*, 1975
- NUTI, *La giustizia italiana arriva impreparata al nuovo esame sul monitoraggio*, in *Diritto&giustizia*, quotidiano di informazione giuridica on line, 4 dicembre 2002
- ORLANDO L., *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie, finanziarie. L'alternatività tra procedura di mediazione ai sensi del D.Lgs 28/2010 e la cd. "conciliazione obbligatoria"*, 2011, consultabile sul sito internet: www.mondoadr.it
- ORTOLANI A., *Il Giri e la questione della mentalità giuridica giapponese*, *Rivista di diritto civile*, anno LV, n. 3, 2009
- ORTOLANI A., *Il Giri e la questione della mentalità giuridica giapponese*, *Rivista di diritto civile*, anno LV, n. 3, 2009
- PALIERO L.M., *La mediazione in Germania: recenti prospettive*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012
- PEEPLES, *ADR: un panorama delle alternative alla causa civile*, in *Riv. Not.*, 2002
- PELLECCHI L., *La legge e il magistrato. Intorno a una tecnica normativa romana*. A cura di M. HUMBERT, *Le dodici tavole dai decemviri agli umanisti*, IUSS Press, Pavia, 2005
- PICARDI N., nel volume del C.N.R., *Ricerche sul processo*, VII; *Il processo civile cinese*, Rimini, 1998
- POCAR V., *Considerazioni sull'attualità del pensiero internazionalprivatistico di Augusto Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, 1988
- PRETOLATI F., *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata ragionevole*, Milano, 2005
- PROSPERETTI M., *Profili di diritto civile nelle procedure di conciliazione facoltativa delle International business disputes*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001
- QUADRI E., *L' "arbitrato bancario e finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, fasc. 6, 2010
- RAGO, M. CICOGNA, G. N. GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, 2010
- RESCIGNO P., *La "parte generale" del codice civile nell'Esboco di Teixeira de Freitas*, in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova 1988
- RIBERTI NAZARETH E. in *Psicanalise e mediacao – Meios efetivos de acao*. *Revista do Advogado*. Sao Paulo, *Associacao dos Advogados de Sao Paulo*, n. 62, p. 55, mar. 2001

- RIZZI C., Y. HU, *La risoluzione delle controversie in Cina: capire il sistema legale e l'influenza di una cultura millenaria*, in *Dir. Comm. Internaz.* 2010, 03
- ROMANO G., S. CANNAVALE, M. ALBINI, S. JASONNA, M. FASCIGLIONE, *L'equa riparazione nei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione e della Corte europea*, Milano, 2005
- ROMANO, D.A. PARROTTA, E. LIZZA (a cura di), *Il diritto ad un giusto processo tra corte internazionale e corti nazionali*, 2002, Milano
- ROQUE J., *Arbitragem: a colucao viável*, Icone editora, 2009
- ROSSI CARLEO L., *La codificazione dei diritti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo I
- ROSSI CARLEO L., *La codificazione dei diritti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, cit., tomo I
- RUPERTO S., *L' "arbitrato bancario e finanziario"* in *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 3, pt. I, 2010
- SACCO R., A. GAMBARO, *op.cit.*
- SACCO R., A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 2008
- SACCO R., DE NOVA, *Il contratto*, T.I., Torino, 1993
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, quinta ed., Tornino, 1992, pag. 3 ss. In questi termini A. CALDERARE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Guffrè, 2005, pag. 1 ss
- SACCO R., *La comparazione giuridica*, cap. I, in A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1996
- SACCO R., *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, I-II, in *The American Journal of Comp. Law*, Vol. 39, 1991
- SCHNEEBALG, E. GALTON, *Avvocati e consulenti delle parti in conciliazione*, Giuffrè 2005, p. 5
- SOLDATI N., *Arbitrato, mediazione e conciliazione. 190 formule personalizzabili*, Il Sole 24 ore, 2010
- SOLDATI N., *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *I contratti*, fasc. 4, 2009
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè editore, 2003
- TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Giuffrè editore, 2006
- TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Giuffrè, 2006
- TRACHTE-HUBER S.K., *Alternative Dispute Resolution: Strategies for Law and Business*, Anderson Publ., Cincinnati
- UZQUEDA A., *La procedura di mediazione*, reperibile sul sito: http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/446/Relazione_Ana_Uzqueda.pdf
- VALSECCHI P., *Diventare mediatore dei conflitti, interpersonali. Manuale pratico di mediazione sociale, civile e commerciale*, Bonanno, 2010
- VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino 1999; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955

- VENEZIANI B.- L. BELLARDI, *Mediazione (dei conflitti)* in *Digesto Comm.*, Torino 1993, Vol. IX
- VETTORI G., *Diritto dei contratti e “costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, 2005
- VIGORITI V, *Giustizia e futuro: mediazione e class action*, in *Rassegna forense*, 2009
- VILLELA A.M., *O direito International privado no Esboco de Teixeira de Freitas*
- VIOTTI S., *Il regolamento in materia di mediazione civile. Primi spunti applicativi*, in *Giur. merito* 2011, 01
- VOIGT M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, in due volumi, Leipzig, 1883
- VON BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008
- WEITZ, *Gerichtsnahe Mediation in der Verwaltungs-Sozial-Finanzgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 2008
- WHITAKER DA CUNHA, *The Constitution of the United States and Brazilian Consitutional Law*, in *Studies on Jurisprudence*, Rio de Janeiro, 1988
- ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo – Principi generali*, I, Giuffrè, Milano, 1958
- ZWEIGERT K.- H. KOTZ, *Il diritto giuridico dell’Estremo Oriente*, in *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I