



LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA ALLA LUCE DEL D.LGS 28/2010

CLAUDIA TROISI

SOMMARIO: 1. Nascita delle *Alternative Dispute Resolution*. - 2. Modelli fondamentali di *ADR*. - 3. Varie forme di *ADR*: la Negoziazione. - 4. L'Arbitrato. - 4.1. Arbitrato amministrato e *ad hoc*. - 4.2. L'Arbitrato Bancario Finanziario. - 5. La Conciliazione. - 6. La Mediazione. - 6.1. Mediazione e transazione. - 7. Altre tipologie di *ADR*. - 8. Il Mediatore europeo. - 9. *Le On-Line Dispute Resolution (ODR)*. - 10. Il d.lgs. 28/2010. Nuove prospettive. - 11. Ambito applicativo della mediazione alla luce del d.lgs. 28/2010. - 12. La mediazione sanitaria. - 13. La mediazione nel settore immobiliare. - 14. Figura del mediatore: aspetti deontologici. - 15. Mediazione e *class action*.

1. La nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione dei conflitti viene fatta coincidere convenzionalmente con un evento culturale considerato un determinante punto di svolta nell'analisi dei problemi relativi alla giustizia civile nord americana. Tale evento è rappresentato dalla Conferenza del 1976¹ svoltasi a Chicago, sul tema della crisi conclamata dell'accesso alla giustizia, per celebrare i 70 anni dal discorso tenuto da Roscoe Pound², uno dei padri fondatori del diritto americano, dinanzi all'*American Bar Association* nel 1906 sul tema *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*³. Quella di Pound fu una delle prime e più importanti voci che all'epoca si levarono contro le distorsioni e gli eccessi del sistema *adversary* americano con il suo attacco alla cosiddetta *sporting theory of justice*. La sua tesi era che il formalismo giuridico incoraggiava un uso strumentale del diritto, poiché era incapace di favorire l'accordo basato su un consenso intorno ai valori realmente in gioco nel conflitto. Negli Stati Uniti, infatti, nella metà degli anni Settanta, un movimento di giuristi, riprendendo una felice intuizione di Pound, ha invocato una giustizia con una pluralità di percorsi (*Multi-Door Court House*, secondo la significativa definizione di Frank Sander⁴), aprendo la strada ad una varietà di forme alternative al giudizio ordinario per risolvere le controversie (*ADR-Alternative Dispute Resolution*), tra le quali l'istituto principe è la mediazione (*Mediation*). Pound allude alle molteplici porte (*multi-door*) del palazzo di giustizia (*courthouse*) che simboleggiano le varie opzioni di trattamento delle controversie verso cui le parti che entrano in tribunale possono essere

¹ Gli atti della conferenza sono riprodotti in 70 *Federal Rules Decisions* (F.R.D.), 1976; A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St.Paul, Minn., 1979.

² Sul pensiero di Pound cfr. per tutti: K.L. HALL, *The magic mirror. Law in american history*, New York-Oxford, 1989.

³ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, n. 29, 1906.

⁴ F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111, 1976.



indirizzate, dando vita ad un sistema istituzionalizzato di *ADR*, promosso e gestito dagli stessi organi giudiziari. Il fulcro della Conferenza era l'esigenza di diversificare le procedure in funzione della materia del contendere, al fine di ridurre il sovraccarico delle Corti e di consentire che le scarse risorse fossero impiegate per quei casi rispetto ai quali il processo non costituisse la soluzione più antieconomica tra quelle ipotizzabili in astratto.

Se ufficialmente l'esigenza di creare modalità alternative al processo era mossa dalla necessità di assicurare alla collettività un'adeguata forma di tutela che la giustizia formale non riusciva a garantire, visti i tempi lunghi, i costi elevati ed un linguaggio tecnicistico ed elitario, vi erano anche altre, inconfessate esigenze. Uno degli obiettivi era liberare le Corti dai disagi creati dall'eccessivo carico giudiziario specialmente in riferimento a quelle cause di esiguo valore⁵, e perciò poco utili ai fini del progresso della scienza giuridica; l'altro era quello di frenare l'attivismo di alcuni giudici progressisti, specialmente in relazione a temi di particolare risonanza sociale e politica (es. diritti civili, tutela dell'ambiente, del consumatore, ecc)⁶.

2. Le tecniche *ADR* pur nella loro eterogeneità possono ricondursi a due modelli fondamentali⁷, che corrispondono a una distinzione sistematica tra *evaluative* o *adjudicative ADR* (cioè i mezzi c.d. "decisionali", tra i quali l'archetipo è l'arbitrato, appartenenti al modello valutativo, che definiscono la controversia attraverso una decisione pronunciata da un soggetto terzo che non sia un giudice), e *facilitative* o *non adjudicative ADR* (c.d. mezzi "non decisionali", tra i quali la mediazione, appartenenti al modello conciliativo, caratterizzate dal consenso delle parti sia nella fase procedimentale di dialogo e confronto che in quella finale di accordo riguardo ai rispettivi interessi).

E' possibile effettuare un'altra distinzione fondamentale tra strumenti alternativi che nascono spontaneamente nella società civile, per iniziativa di enti e associazioni o organismi appartenenti al mondo delle imprese e del mercato, e strumenti alternativi predisposti a livello istituzionale con specifici provvedimenti legislativi (es. difensore civico, autorità indipendenti di recente istituzione, competenze conciliative alle Camere di Commercio)⁸.

⁵ Anche dette *small claims* o *garbage cases*.

⁶ S. LEESON, B.M. JOHNSTON, *Ending It: Dispute Resolution in America : Descriptions, Examples, Cases, and Questions*, Cincinnati, 1988; C.A. MCEWEN, *Differing visions of Alternative Dispute Resolution and Formal Law*, in 12 *Just.Sys.J.*, 1987.

⁷ E. SILVESTRI, *Osservazione in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1, 321; P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001.

⁸ S. CHIARLONI, *Giudici onorari e meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Questione Giustizia*, 1998, 2.



Solitamente viene data una definizione in negativo delle tecniche *ADR* in considerazione dell'elemento comune consistente nella loro estraneità al sistema giurisdizionale, ma soprattutto per la difficoltà di racchiudere in un'unica definizione una pluralità di strumenti, spesso molto differenti tra loro. A tale riguardo, si può operare una distinzione sia per quanto riguarda la “tecnica” di risoluzione del conflitto, a seconda che questa sia gestita da un terzo (mediazione, conciliazione, arbitrato) oppure affidata direttamente alle parti (negoziiazione diretta); sia per quanto riguarda la “funzione”, a seconda che sia quella di decidere della controversia, facilitare un accordo o prevenire future liti; sia per quanto riguarda la “tipologia di conflitto”, esistendo determinate tecniche *ADR* più utilizzate per certi tipi di controversie rispetto ad altre.

3. A titolo esemplificativo, si può tentare di fornire un panorama, certamente non esaustivo, delle varie figure di *ADR* che si sono sviluppate nella prassi dei paesi di *common law* e poi in quelli di *civil law*, partendo da forme non aggiudicative di procedure fino a quelle più propriamente valutative come l'arbitrato.

A caratterizzare il sistema di regolamentazione dei conflitti all'interno di una società coesistono almeno due modalità di risoluzione opposte: la modalità coercitiva e la modalità negoziale.

Nel primo caso, le parti hanno un controllo limitato sulla procedura e sul suo esito. Le regole procedurali sono, in varia misura, poste dall'esterno e in generale non sono disponibili. La procedura è, inoltre, essenzialmente “formale”, nel senso che ha riguardo non tanto agli interessi delle parti, quanto soprattutto alla correttezza formale degli atti.

Nell'ordine negoziato, invece, le parti mantengono dall'inizio alla fine il controllo sulla procedura e sul suo eventuale risultato. La procedura è governata dall'autonomia delle parti, seguendo progressivamente tutte le regole che le stesse abbiano stabilito, e informale, non seguendo prescrizioni o modelli.

Il negoziato⁹ è uno dei metodi di gestione dei conflitti più diffuso nella pratica, caratterizzato da rapidità ed economicità, e spesso attivato naturalmente in base a un normale istinto o predisposizione al compromesso, senza che venga studiato e sistematizzato in quanto tecnica specifica. Nella vita degli affari, i protagonisti del mondo professionale investono molto tempo ed energie in trattative senza che nei loro percorsi formativi sia previsto l'apprendimento di teorie e tecniche negoziali, al contrario di quello che avviene in altri Paesi, quali gli Stati Uniti o altri paesi europei. Spesso accade che lo strumento negoziale non venga proprio esplorato al tavolo delle trattative, prevalendo nella prassi una modalità di tipo antagonistico. Saper scegliere le

⁹ Il primo testo sulla negoziazione fu scritto da un diplomatico francese, FRANÇOIS DE CALLIÈRES, *De la manière de négocier avec les souverains*, nel 1716. Per un approfondimento sulle teorie negoziali cfr.: M. WHEELER, *An introduction to Negotiation*, Harvard Press, 2003; H. RAIFFA, *Negotiation Analysis*, Belknap Harvard, 2002; R. FISHER, W. URY, *Getting to Yes*, Penguin, 1991; J. SALACUSE, *the Global Negotiator*, Palgrave, 2003.



tecniche e le strategie negoziali appropriate nella specifica circostanza richiede, infatti, una apposita formazione.

Come si sa, essendo il termine negozio etimologicamente collegato alla negazione dell'ozio (*nec otium*), esso allude a un lavoro continuo e costante finalizzato alla ricerca di un modo per risolvere consensualmente una questione complessa.

Secondo una definizione, «si assiste ad un processo negoziale in tutte quelle situazioni in cui due o più parti riconoscono l'esistenza di differenze di interessi o di valori tra di loro ma intendono o sono costretti a raggiungere un accordo»¹⁰.

E' un «processo in cui due o più controparti, nessuna delle quali sia in grado di prevalere sull'altra, tentano di raggiungere un accordo che rappresenti una soluzione soddisfacente per tutti, e che risolva le differenze di preferenza riguardo ad un problema specifico di comune interesse. E' un processo, cioè una situazione che si svolge dinamicamente lungo un certo periodo di tempo, al centro del quale sta un problema che aggrega e accomuna le parti altrimenti lontane tra loro. L'idea di fondo è di trovare una soluzione che deve essere tale da soddisfare le esigenze di tutti»¹¹.

La negoziazione abbandona la logica contenziosa in favore del c.d. approccio collaborativo in cui i configgenti si siedono allo stesso tavolo e cercano, attraverso un flusso corretto di comunicazione, di “massimizzare il guadagno” reciproco ovvero di “minimizzare i costi”.

Anche nella negoziazione può individuarsi un certo condizionamento da parte dei principi giuridici, pur se non sempre in modo consapevole¹². In caso di conflitto la regola decisiva non va ricercata nel valore giuridico delle norme ma piuttosto nella percezione di determinate norme come espressione di principi socialmente accettati e interiorizzati dalla collettività. L'effetto paradossale della negoziazione - e delle tecniche *ADR* in generale - è da un lato l'indebolimento del valore decisionale dell'ordinamento giuridico, dall'altro il raggiungimento di una tutela più avanzata nei confronti di situazioni non codificate seppure socialmente riconosciute (es. obbligazioni naturali, famiglia di fatto). Inoltre, in caso di conflitti tra soggetti legati da relazioni continuative (di lavoro, commerciali, interpersonali) è più frequente il ricorso, nella predisposizione dell'accordo negoziale, a principi e norme di carattere giuridico.

Si possono distinguere due tipologie di negoziazione, una diretta e un'altra indiretta, in base alla presenza o meno di un terzo soggetto che si interpone tra le parti allo scopo di facilitare la comunicazione. La “negoziazione diretta” avviene direttamente attraverso l'incontro delle parti in conflitto, senza interferenze esterne, sulla base dei soli rapporti di forza esistenti tra le parti. I configgenti si incontrano *face to face*, volontariamente, allo scopo di informarsi reciprocamente sui rispettivi bisogni e gli interessi relativi all'oggetto della contesa per cercare una soluzione possibile. Non

¹⁰ H. RAIFFA, *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, 1982.

¹¹ S. CASTELLI, *La mediazione*, Milano, 1996.

¹² T. MASSA, *ADR: dentro o fuori dal processo*, in *Questione giustizia*, nn. 2-3, 1994, 508.



sempre l'incontro diretto è possibile o opportuno in considerazione dei rapporti tra le parti, del livello di *escalation* del conflitto o della capacità di gestione autonoma della negoziazione posseduta dalle parti. Allora, si può fare ricorso ad un altro schema di negoziazione che viene definita "negoziazione indiretta", che a sua volta può avvenire attraverso due modalità diverse: attraverso un portavoce/negoziatore comune ad entrambe le parti che funge da messaggero, in modo tale che le parti non si incontrano mai; o, più frequentemente, attraverso la nomina, per ciascuna parte, di un rappresentante (es. avvocato), nel caso in cui le parti diffidino della neutralità del negoziatore unico, con lo svantaggio, però, di una catena di interferenze che rischia di deformare le reciproche informazioni, nonché l'impossibilità di imparare a parlare direttamente del proprio conflitto e raggiungere una piena autonomia. A prescindere dal modello negoziale, un buon negoziatore deve studiare in modo attento la situazione al fine di scegliere l'atteggiamento e le strategie più adatte al caso concreto e che garantiscano il miglior risultato. La negoziazione non può essere improvvisata; è necessaria la predisposizione accurata di un progetto strategico di lavoro, compresa l'individuazione dei "punti di rottura"¹³, cioè i limiti di là dai quali l'accordo non risulta più conveniente, delle posizioni, degli interessi e dei punti di vista dei confliggenti.

I metodi di trattativa possono essere diversi a seconda delle situazioni: una delle possibilità è quella di instaurare una negoziazione c.d. "posizionale", cioè una trattativa in cui ciascuna delle parti prende una posizione, la difende e fa concessioni per raggiungere un compromesso. Le parti in causa tendono ad attestarsi su posizioni e rivendicazioni rigide e non si avventurano a esplorare gli interessi che stanno a monte. Questo è un tipo di negoziazione molto diffuso, utilizzato generalmente per permettere di comunicare con facilità i propri obiettivi e per offrire un'ancora a cui aggrapparsi in situazioni di incertezza e di pressione. Più si va avanti con un approccio posizionale e più diventa difficile cambiarlo poiché le parti concentrando la propria attenzione a chiarire le proprie ragioni e a difenderle dagli attacchi, si arroccano sempre più sulla posizione iniziale.

La negoziazione posizionale può essere efficace, ma solo nelle situazioni relativamente semplici, in cui la posta in gioco è una, ben definita, e la contrattazione consiste nel tentativo di avvicinare la posta alla propria posizione.

Quando invece la situazione è complessa, questo tipo di approccio può presentare forti limiti: più a lungo dura e più spinge le parti ad irrigidirsi, a minacciare l'abbandono, a rafforzare le proprie posizioni, lasciando sullo sfondo le preoccupazioni e gli interessi, più generali, sottostanti. Gli accordi che ne derivano tendono ad essere vie di mezzo tra le due posizioni oppure conducono al prevalere del negoziatore più forte su quello più debole.

Tradizionalmente, si distingue tra due tipi di negoziazione: "distributiva" e "cooperativa". La prima consiste in un processo attraverso il quale le parti si dividono e

¹³ S. CASTELLI, *Op.cit.*



si assegnano il bene per cui negoziano attraverso pressioni e concessioni reciproche (rientra in tale schema anche la transazione). Si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella distribuzione di una risorsa limitata rispetto alla quale possiedono interessi contrapposti. In questo caso il gioco che si instaura è “a somma zero”. La zona negoziale è definita dai punti di resistenza dei negoziatori che coincidono con il minimo di utilità che le parti ricaverebbero comunque, anche in assenza di un accordo. La negoziazione distributiva, da una parte, deve cercare di stimare dove si colloca il punto di resistenza della controparte, per ottenere il massimo senza rischiare rotture; dall'altra, deve manipolare la percezione della situazione della controparte per indurla a fare la concessione più grande.

La negoziazione cooperativa (o integrativa), invece, presuppone la possibilità che i negoziatori possano soddisfare i loro reciproci interessi attraverso la creazione di alternative e la promozione dello sforzo congiunto delle parti per risolvere il conflitto (spirito conciliativo). Per negoziare in forma cooperativa, pertanto, è necessario scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni e generare opzioni soddisfacenti per tutte le parti. La negoziazione integrativa si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella ricerca di un valore aggiunto per entrambi. In questo caso, il gioco che si instaura è “a somma variabile”. Mentre nei negoziati distributivi l'unica strategia possibile degli attori è quella rivendicativa, nei negoziati integrativi essi hanno due possibilità: creare valore e rivendicare valore. Nei negoziati di natura integrativa che durano nel tempo, gli attori possono imparare a rinunciare alla massimizzazione dei loro interessi di breve termine in virtù di quelli di lungo periodo.

Il metodo di negoziazione cooperativa è stato per la prima volta sviluppato dall'*Harvard Negotiation Project*¹⁴, un'unità dell'*Harvard Law School*, costituita nel 1979 come parte del *Program on Negotiation Consortium*, per migliorare sia l'insegnamento teorico che la pratica della negoziazione e risoluzione dei conflitti, ed è strutturato su due livelli, il primo, esplicito/oggettivo, relativo ad interessi legati al “bene” oggetto della controversia; il secondo, implicito/soggettivo, relativo ad interessi meno evidenti che fanno capo alla parte in quanto “persona”. Principi di fondo sono che la negoziazione deve produrre accordi sensati ed efficienti e curare la preservazione dei rapporti attraverso la valorizzazione delle percezioni, delle emozioni, della comunicazione, e nello stabilire una relazione di lavoro. E' importante secondo il modello di Harvard non fermarsi sulle proprie posizioni, identificare e dare priorità agli interessi, prendere le decisioni in conformità a criteri oggettivi, generare opzioni ed identificare quale sia la miglior alternativa all'accordo negoziato.

Nell'ambito di quel contesto di ricerca, Roger Fisher, direttore del dipartimento, e William Ury, docente di antropologia, hanno elaborato, a partire dallo studio di casi

¹⁴ R. FISHER, W. URY, *L'arte del negoziato*, Milano, 1995; K.L. HALL, *Negotiation: Strategies for Mutual Gain*, Sage, 1993.; B.C. MCRAE, *Negotiating and Influencing Skills*, 1997; A. ROBERTI, *Negoziare secondo Harvard. Principi e tecniche per preparare e condurre la negoziazione strategicamente*, Rimini, 2005.



negoziali di successo, un approccio innovativo di gestione creativa dei conflitti: *l'Alternative Dispute Resolution*. Il testo *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*, scritto dai due autori e pubblicato negli Stati Uniti nel 1981, diventa rapidamente il testo fondativo e divulgativo della negoziazione creativa come campo di studi a sé. L'approccio proposto dai due studiosi si basa su quattro principi fondamentali. Il primo è scindere le persone dal problema, nel senso che in un negoziato le persone hanno a che fare con le proprie emozioni e con le emozioni degli altri. Occorre assumere la consapevolezza che “i negoziatori sono innanzitutto persone” e che le discussioni sulla sostanza sono condizionate dal rapporto personale tra le parti; le persone si sentono minacciate, traggono da considerazioni sui fatti deduzioni infondate che creano malintesi. È importante allora scindere le persone dal problema, non confondere la difficoltà della comunicazione con la fondatezza delle ragioni e con la sostanza delle questioni.

Questo richiede capacità di ascolto attivo. Ciascuno deve cercare il più possibile di accettare che la controparte esprima il suo malcontento, il suo disagio, le sue ragioni anche in modo emotivo, al massimo facilitandola in questo, in modo che sia ancora più facile capire, attraverso le sue emozioni ma anche al di là di esse, qual è il problema dal suo punto di vista. Il secondo è concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni, poiché ogni parte esprime una posizione che è quella che ha “scelto” come capace di soddisfare i propri interessi. Ma è una delle tante posizioni, generalmente è anche quella più ovvia. Inoltre, dietro opposti schieramenti esistono, di solito, molti più interessi di quelli in conflitto, che possono essere inespressi, impalpabili, incoerenti, oppure possono esserci interessi alla conciliazione che occorre fare emergere. È importante, per questo, da un lato, riflettere sui propri interessi e, dall'altro cercare gli interessi reali dietro la posizione dichiarata dalla controparte, chiedersi il perché, cercando di capire quali conseguenze potrebbero avere le varie soluzioni sui rispettivi interessi. Più che mediare tra le posizioni, occorre cercare di conciliare gli interessi. Può essere quindi utile rendere espliciti i propri, affinché anche la controparte possa prenderli in considerazione. Il terzo principio è inventare soluzioni vantaggiose per ambo le parti (negoziiazione creativa). Spesso in un negoziato si parte dalle posizioni e si cerca il più possibile di ridurre la loro distanza. In una situazione complessa è, invece, importante allargare la gamma delle opzioni possibili, produrre un numero elevato di soluzioni creative, anche attraverso la tecnica del *brainstorming*, senza giudicarle, separando il momento dell'invenzione da quello della decisione. La discussione delle opzioni emerse consentirà di sviluppare lo spazio entro il quale negoziare, trovando possibilità in grado di dare guadagni comuni. Il quarto principio è insistere su criteri oggettivi poiché la negoziazione deve avvenire su basi indipendenti dalla volontà di ciascuna delle parti, in base a criteri assumibili dalle varie parti come “principi”. L'esito di un negoziato deve essere espresso, a seconda della situazione, utilizzando criteri che potrebbero coincidere con il valore di mercato, con gli standard professionali, con quello che un tribunale deciderebbe, con i precedenti noti, ecc. Negoziare sul merito significa allora:



1) inquadrare ogni problema come una ricerca comune di criteri oggettivi; 2) ragionare (ed essere disponibili al ragionamento) su quali unità di misura siano più appropriate e su come dovrebbero essere applicate; 3) non cedere alle pressioni, ma concentrarsi sui criteri oggettivi individuati. Il negoziato di principi consente di tener duro senza essere scorretti.

Tipico esempio di negoziazione tratto alla Scuola di Harvard, e successivamente più volte riadattato, è quello delle due sorelle che litigavano per un'arancia. Una di loro riteneva di averne più diritto in quanto l'aveva presa per prima; l'altra, invece, argomentava che il diritto spettava a lei essendo la primogenita. La loro madre, nel tentare una soluzione imparziale, offrì di tagliare il frutto a metà: le bambine rifiutarono fermamente la soluzione proposta e continuarono a litigare. La nonna, che osservava attenta la scena, decise di chiedere ad ognuna delle bambine perché volevano l'arancia. La più piccola rispose che aveva sete, l'altra che voleva la buccia per preparare una torta perché aveva fame. Così la nonna grattugiò la buccia dell'intera arancia e la offrì alla nipote per la sua torta, e spremette la polpa dell'intera arancia e la offrì all'altra. Scoperti i bisogni e gli interessi delle parti la soluzione che ottimizzava i risultati per entrambe apparve evidente, al contrario di quando le parti si erano arroccate sulle loro posizioni. Nel caso specifico, la posizione era rappresentata dal volere l'arancia ciascuna per sé, l'interesse era rappresentato dalla buccia per una parte e dal succo per l'altra, interessi perfettamente compatibili, la cui realizzabilità contemporanea non appariva evidente, rimanendo solo sul piano delle posizioni. Ciò dimostra che non sempre le posizioni corrispondono esattamente agli interessi che ciascuna parte intende soddisfare, anzi spesso capita di verificare che gli interessi di entrambe le parti possono risultare compatibili o addirittura complementari. Obiettivo delle tecniche negoziali è proprio riuscire a scoprire i veri interessi e bisogni delle parti dietro le iniziali prese di posizione. L'arroccamento dietro le "posizioni" rende molto difficile fare movimenti di avvicinamento e trovare una qualsiasi forma di compromesso, poiché ogni concessione verrà interpretata come ridimensionamento delle proprie "legittime pretese".

4. L'arbitrato¹⁵ rientra nelle tecniche ADR ma è lo strumento "ideologicamente" più vicino ai sistemi tradizionali in virtù del suo spirito contenzioso,

¹⁵ Non è questa la sede per approfondire le dibattute tematiche relative all'arbitrato; la bibliografia in materia arbitrale è vastissima. Si segnalano, di seguito, le più significative opere a carattere generale successive alla riforma dell'arbitrato del 1994: M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 1994; S. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 1994; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; P. BERNARDINI, G. DE NOVA, R. NOBILI, C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Milano, 1994; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1994; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; A. ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, 1994; N. PICARDI, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1994; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995; C. PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995; G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1995; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto*



finalizzato a individuare le responsabilità scaturenti da una controversia attraverso una decisione presa dall'alto e imposta ai confliggenti attraverso la logica della ricostruzione del fatto e della ricerca delle norme applicabili. Questo istituto ha da tempo trovato largo impiego anche quale alternativa alla giustizia ordinaria, specie in questioni di particolare delicatezza. Si tratta di un processo volontario in cui le parti in conflitto domandano (o demandano) a una terza persona imparziale, estranea all'apparato giurisdizionale dello Stato, di loro comune fiducia, di prendere una decisione al loro posto. Le ragioni della preferenza per una decisione privata della lite dipendono da esigenze di rapidità nelle decisioni¹⁶, competenza specifica dell'arbitro in determinate materie e riservatezza del procedimento. L'autorevolezza degli arbitri, però, identificata spesso con ruoli giuridici di rilievo, comporta una inevitabile lievitazione dei costi.

L'arbitrato ha origini piuttosto remote, si riscontra la sua presenza già nel diritto romano o nelle comunità arcaiche attraverso la pratica dell'affidamento della decisione di una controversia all'"*amicus communis*"¹⁷. Nel nostro ordinamento sono state forti le resistenze al pieno riconoscimento dell'istituto, visto per molto tempo come fenomeno subalterno alla giurisdizione ordinaria. L'ottavo titolo del quarto libro del codice di procedura civile è dedicato all'arbitrato ed è frutto di una serie di progressive innovazioni legislative che hanno riformato la disciplina dell'istituto contribuendo a renderlo definitivamente figura autonoma dal processo ordinario.

In particolare la legge 9 febbraio 1983 n. 28 (*Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*) ha adeguato la normativa italiana agli standard internazionali, e la legge 5 gennaio 1994 n. 25 (*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*)¹⁸ ha reso definitivamente l'arbitrato figura di natura privatistica, autonoma e indipendente dalla giurisdizione statale¹⁹.

dell'arbitrato, Napoli, 1997; F. BARTOLINI, R.C. DELCONTE, *Codice dell'arbitrato*, Piacenza, 1997; P. BERNARDINI, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Agg., Milano, 1997; G. GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 e la riforma del diritto internazionale privato. La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997; AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998; P. BERNARDINI, A. GIARDINA, *Il codice dell'arbitrato*, Milano, 2000; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000; G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2001. In tema di arbitrato societario si veda: A. TARTAGLIA POLCINI, *I modelli arbitrali nel nuovo diritto societario*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Napoli, 2004.

¹⁶ Ex art. 820 c.p.c. il procedimento si conclude con il deposito del lodo arbitrale entro 240 giorni dalla prima udienza, come prevede la riforma avvenuta con il D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

¹⁷ C. PUNZI, *Op.cit.*, 2000.

¹⁸ Sul punto si veda C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile - III*, Torino, 1995.

¹⁹ Cfr. Sul punto Cass. SS.UU. sent. n. 527/2000. *Contra* Corte Cost. Sent. n. 376/2001. Il dibattito sulla natura dell'arbitrato vede fronteggiarsi due teorie: la teoria privatistica, in base alla quale l'arbitro in quanto soggetto privato, non può prendere una decisione di carattere giurisdizionale; la teoria giurisdizionalistica, per la quale l'arbitrato è atto equiparabile anche negli effetti a una sentenza del giudice ordinario.



La recente riforma della disciplina dell'arbitrato è avvenuta ad opera del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40²⁰, prima del quale il Capo I del Titolo VII del libro quarto del codice di rito era intitolato «Del compromesso e della clausola arbitrale», mentre ora, più correttamente, la riforma ha inteso modificare la rubrica di tale Capo, oggi intitolato «Della convenzione d'arbitrato».

E' bene distinguere le convenzioni arbitrali dal cd. «contratto di arbitrato», mentre le convenzioni arbitrali (compromesso e clausola compromissoria) sono il presupposto in virtù del quale può sorgere un arbitrato, il «contratto di arbitrato» regola i rapporti esistenti tra le parte ed il collegio arbitrale.

Presupposto dell'arbitrato è il patto con il quale le parti conferiscono agli arbitri l'incarico di risolvere la controversia. Tale patto può assumere la forma di compromesso²¹ o di clausola compromissoria²²: il primo è uno specifico negozio giuridico stipulato *ad hoc*, antecedente o successivo al sorgere della lite; la seconda è una clausola apposta ad un contratto esistente tra le parti nella quale i contraenti stabiliscono di demandare ad un arbitro le eventuali future liti scaturenti dal contratto.

Il nuovo art. 806 c.p.c. ricalca l'impostazione della precedente versione, la quale, tuttavia, esprimeva una norma riferita esclusivamente al compromesso e richiamata dal successivo art. 808 c.p.c. con riferimento alla clausola compromissoria.

L'intento di riordino sistematico chiarisce che il compromesso e la clausola compromissoria sono entrambe "convenzioni d'arbitrato", per cui si vuole offrire una disposizione di apertura della disciplina applicabile ad ogni convenzione.

Mentre prima della recente riforma era fatto divieto espresso di far decidere ad arbitri le controversie «che non possono formare oggetto di transazione», la nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c. (*Il compromesso*) dispone che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge». La modifica (non solo terminologica) sostituisce quale limite all'arbitrabilità (che nelle precedente disciplina era quello dei diritti che non sono transigibili) quello dell'indisponibilità dei diritti, che porterà inevitabilmente a nuovi dubbi interpretativi.

Il secondo comma dell'art. 806 si riferisce alle controversie di lavoro indicate dall'art. 409 c.p.c., chiarendo che queste ultime «possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro».

Il primo comma dell'art. 807 c.p.c., ricalcando la precedente formulazione, prevede *ad substantiam* non solo la forma scritta del compromesso, ma ne impone anche la determinazione dell'oggetto. Infatti, «il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia».

²⁰ Dal titolo "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80".

²¹ Artt. 806-807 c.c.

²² Art. 808 c.c.



La riforma intende, poi, adeguare la previsione in ordine alla forma scritta ai progressi della tecnologia, inserendo nuove tecniche di scrittura nella formulazione del secondo comma. *Ex art 807 c.p.c.*, secondo comma, infatti, «la forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi».

Ulteriore modifica è consistita nell'eliminazione del terzo comma della norma previgente, che sottoponeva il compromesso alle "disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione", evidenziando così il nuovo spirito del legislatore: la scelta dell'arbitrato non è più considerata "atto eccedente l'ordinaria amministrazione" ed è quindi esonerata dalle relative formalità.

L'art. 808 c.p.c. (*La clausola compromissoria*) è dedicato alla clausola compromissoria e dispone che «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 convenzione d'arbitrato». Con riferimento alla forma, «la clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807». Inoltre, si precisa che «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».

La riforma ha introdotto un nuovo articolo, 808 *bis* (*Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*), prevede che «le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati». Anche per i rapporti extracontrattuali, dunque, viene espressamente prevista la possibilità di ricorrere all'arbitrato non solo per mezzo del compromesso, quando la controversia è già insorta, ma anche a mezzo di apposita convenzione arbitrale preventiva, analogamente a quanto avviene con la clausola compromissoria nei rapporti contrattuali.

Secondo alcuni la disposizione deve essere interpretata nel senso di riconoscere alle parti la possibilità di concludere compromessi che deferiscano ad arbitri eventuali controversie future attinenti a rapporti non contrattuali, che comunque debbano essere già identificati («determinati») al tempo della conclusione della convenzione arbitrale²³.

La convenzione suddetta deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807 c.p.c.

Il nuovo art. 808 *ter* (*Arbitrato irrituale*) prevede che «le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo

²³ A. SIROTTI GAUDENZI, *Guida al Diritto dell'Arbitrato*, Milano, 2006.



824 *bis* c.p.c., la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale»²⁴.

Tale articolo contiene la novità più significativa introdotta dalla riforma. Per decenni si sono susseguiti orientamenti giurisprudenziali contraddittori che ricavavano la natura rituale o irrituale dell'arbitrato da elementi molteplici ed incerti quali le parole contenute nella clausola compromissoria, con la conseguenza che spesso le parti di un contratto dovevano attendere la pronuncia della Corte di Cassazione per sapere quale tipo di arbitrato, e quindi di lodo, avrebbe regolato i loro rapporti.

Il legislatore stabilisce, quindi, il principio per cui l'arbitrato è sempre rituale a meno che le parti non abbiano stabilito espressamente e per iscritto che la controversia sia definita mediante "determinazione contrattuale".

Il lodo contemplato dall'art. 808 *ter* presenta una sua disciplina non essendo affatto soggetto alle regole generali delle impugnative negoziali del codice civile, bensì ad una autonoma azione di impugnativa i cui motivi appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo.

Una decisione «annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro primo» (cioè in primo grado davanti al tribunale competente), ma non più per la tipologia dei motivi sottostanti alle azioni contrattuali (nullità, annullabilità), bensì per motivi propri, riproducenti nella sostanza l'armatura dell'impugnazione per nullità dell'art. 829 c.p.c.²⁵.

Il nuovo art. 808 *quater* (*Interpretazione della convenzione d'arbitrato*) offre la metodologia di interpretazione della convenzione d'arbitrato con riferimento all'estensione dell'oggetto dell'arbitrato. È stabilito che «nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce». Con tale norma il legislatore intende, evidentemente, favorire una gestione unitaria della controversia, evitando il ricorso all'autorità giudiziaria per la soluzione di eventuali questioni connesse o interpretative.

Il nuovo art. 808 *quinquies* (*Efficacia della convenzione d'arbitrato*) intende assicurare il rispetto della volontà delle parti di devolvere ad arbitri la decisione della controversia,

²⁴ M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati*, Torino 2006; V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *NGCC*, 2007, II, 65 ss.; F.P. LUISSO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261.

²⁵ *Ex art.* 808 *ter* il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I: 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825.



evitando la caducazione degli effetti della convenzione d'arbitrato nel caso in cui il procedimento arbitrale si concluda senza pervenire ad una pronuncia nel merito.

Ai sensi dell'art. 809 c.p.c. «Gli arbitri possono essere uno o più purché in numero dispari». Se la soluzione della controversia è devoluta ad un collegio arbitrale, ciascuna parte nomina il proprio arbitro e i due designano congiuntamente il terzo avente funzioni di presidente o in assenza di tale indicazione l'ulteriore arbitro è nominato dal presidente del tribunale; se l'arbitro è unico, la nomina è fatta congiuntamente dalle parti.

Le parti hanno la facoltà di stabilire le norme che gli arbitri devono seguire nello svolgimento dell'arbitrato e la lingua dell'arbitrato, in mancanza saranno gli arbitri stessi a regolare il procedimento come ritengono più opportuno, con l'obbligo di attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa²⁶ nel rispetto dei principi costituzionali del contraddittorio e del diritto di difesa²⁷.

L'art. 824 *bis* (*Efficacia del lodo*) introduce una delle novità più significative della riforma stabilendo che “il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”.

Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto (art. 825 c.p.c.).

4.1. L'arbitrato può essere “amministrato” o “istituzionale” oppure “*ad hoc*”. Nell'arbitrato *ad hoc* sono le parti a provvedere direttamente alla nomina degli arbitri ed alla definizione di tutte le questioni riguardanti il concreto svolgersi del procedimento arbitrale. L'arbitrato amministrato²⁸ si ha quando viene offerto come servizio da particolari istituzioni, pubbliche o private, provviste di adeguate strutture e che offrono garanzie di specifica competenza, riservatezza, celerità, imparzialità nella decisione delle liti, predeterminazione dei costi. Lo sviluppo dell'arbitrato ha potuto giovare, infatti, del continuo appoggio, soprattutto a livello organizzativo, delle Camere di Commercio, in Italia ed all'estero. Il ricorso a questi ed altri organismi simili, che si stanno sviluppando un po' in tutta Italia, ha garantito e garantisce l'attribuzione delle controversie ad arbitri di sicura indipendenza, dotati di competenze specifiche in relazione ai temi in discussione, secondo procedure note *a priori* ed estremamente collaudate, a costi che potrebbero essere definiti “controllati”. La caratteristica principale, che li differenzia dalla disciplina ordinaria degli arbitrati *ad hoc*, è la

²⁶ Art. 816 *bis* c.c. (*Svolgimento del procedimento*); durante il giudizio le parti potranno fare valere le proprie ragioni, valendosi anche dell'assistenza legale, sottoponendo, in contraddittorio, al giudizio degli arbitri prove e deduzioni.

²⁷ Art. 24 Cost.

²⁸ Cfr. la recente riforma del processo civile attuata con la legge 28 dicembre 2005, n. 263.



precostituzione dell'organo arbitrale, nel senso che le parti non possono scegliere gli arbitri-persone fisiche, con un conseguente limite dell'autonomia privata.

4.2. L'Arbitro Bancario Finanziario²⁹ (ABF) è un sistema di risoluzione delle liti tra i clienti e le banche e gli altri intermediari che riguardano operazioni e servizi bancari e finanziari previsto dalla delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio del 29 luglio 2008. È considerato un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie perché offre un'alternativa più semplice, rapida ed economica rispetto al ricorso al giudice, che spesso invece comporta procedure spesso lunghe e complesse.

L'ABF è stato attivato presso la Banca d'Italia e istituito in esecuzione della previsione dell'art. 128 *bis* del Testo Unico Bancario. Questa norma, introdotta dalla Legge 262/2005, demanda la propria attuazione ad una delibera del CICR (Comitato Interministeriale Credito e Risparmio) il quale vi ha provveduto con atto n. 275 del 29 luglio 2008.

In seguito la Banca d'Italia ha, a sua volta, emanato le disposizioni applicative con il Provvedimento 18 giugno 2009 intitolato "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari".

Le disposizioni prevedono che l'Organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario si articolerà in tre collegi con sede a Milano, Roma e Napoli.

L'organismo è, pertanto, articolato sul territorio nazionale in 3 collegi indipendenti, che si occuperanno di controversie nelle quali il ricorso del cliente bancario viene istruito da una segreteria tecnica composta da personale qualificato della Banca d'Italia. Milano decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto. Roma decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria, oppure in uno Stato estero. Napoli decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

Ciascuno dei collegi sarà composto da cinque membri: due espressione delle parti (intermediari e clienti) e tre, compreso il Presidente, scelti dalla Banca d'Italia. La sezione III delle citate disposizioni contiene i requisiti e le modalità di nomina dei membri dei collegi.

L'arbitro si occuperà di tutte le controversie attivate dai clienti di banche e finanziarie sulle materie vigilate dalla Banca d'Italia in cui la richiesta di ristoro da parte del cliente non supera i 100mila euro se il cliente chiede una somma di denaro e senza limiti di importo se si chiede l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà (per esempio mancata consegna della documentazione sulla trasparenza o mancata cancellazione di un'ipoteca dopo l'estinzione di un mutuo). Sono escluse le controversie attinenti ai

²⁹ N. SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, n. 8, 2009, p. 853.



servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U. ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Sono escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in leasing o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di factoring). Non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007.

Non possono essere inoltre proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5; articolo 141 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, d'ora in avanti "Codice del Consumo") (5). Il ricorso all'ABF è tuttavia possibile in caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa; in questo 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.

Il ricorso all'arbitro può avvenire via web, con posta elettronica certificata oppure per posta tradizionale, via fax o addirittura a mano. L'*iter*, dalla presentazione del ricorso fino all'adempimento da parte dell'intermediario dura al massimo 165 giorni. La banca che soccombe nel giudizio davanti all'ABF e non rispetta la decisione del collegio vedrà il suo nome pubblicato sul sito dell'Arbitro con conseguente danno alla reputazione. Per presentare il ricorso il cliente deve versare un contributo spese di 20 euro, che viene rimborsato dall'intermediario se il ricorso viene accolto. Tutte le istruzioni sono comunque raccolte in una guida pratica messa a punto dalla Banca d'Italia.

Sono soggetti alla decisione dell'Arbitro le banche, gli intermediari iscritti negli elenchi previsti dal Testo unico bancario, gli istituti di moneta elettronica che operano in Italia, Poste italiane per le attività di Bancoposta e le banche e gli intermediari esteri che operano in Italia.

Prima di rivolgersi all'ABF occorre che il cliente abbia tentato di risolvere la controversia direttamente, cercando un dialogo con la banca attraverso la presentazione di un reclamo. Interpellare l'arbitro non pregiudica comunque la possibilità, decisamente più dispendiosa, di ricorrere alle vie legali.

5. La conciliazione e, più in generale, i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione critica della giurisdizione statale: altrimenti si potrebbe argomentare *a contrario* che se



quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe tranquillamente fare a meno. E non devono essere considerati neppure esclusivamente uno strumento deflattivo del carico di lavoro giurisdizionale, a cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte (anche se, di fatto, ogni conciliazione significa una controversia giurisdizionale in meno). Va, invece, sottolineato come conciliazione e tecniche ADR siano essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un "servizio" efficiente, come accade in molti paesi europei.

Il termine conciliazione corrisponde alla traduzione del termine *mediation* americano, visto che inizialmente serviva a distinguerlo dalla mediazione quale contratto *ex art. 1754 c.c.*, ma spesso mediazione e conciliazione sono usati come sinonimi.

Nel d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 *in materia di conciliazione delle controversie civili e commerciali* è chiaramente precisata (art. 1), per la prima volta nella normativa nazionale, la definizione degli istituti protagonisti dello stesso: si intende per *mediazione* l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; per *conciliazione* si intende la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.

Secondo l'impostazione della nuova disciplina, dunque, la differenza sostanziale consiste nel fatto che la mediazione rappresenta l'intero *iter* del procedimento, mentre la conciliazione costituisce più propriamente il momento finale della mediazione, il risultato (ma può non esserlo se non si raggiunge un accordo).

In certi ambiti, invero, si discorre più propriamente di mediazione (per es. mediazione familiare, ambientale, internazionale) ed in altri si utilizza invece il termine conciliazione (per es. tentativo di conciliazione nell'ambito delle controversie di lavoro).

Secondo alcuni, la conciliazione si fonda sulla convinzione che il conflitto in sé sia dannoso, e che vada eliminato sulla base degli elementi comuni delle parti. Ciò che persegue il conciliatore è necessariamente la pace, attraverso il riferimento a discorsi di ordine morale e valoriale. Alcuni la differenziano dalla mediazione per il ruolo più attivo, propositivo attribuito al conciliatore. Rispetto alla mediazione, la conciliazione è, cioè, più orientata al risultato, all'effetto; invece, la mediazione più al mezzo, al procedimento comunicativo³⁰. Secondo un altro orientamento, sia la mediazione sia la conciliazione appartengono all'area della *cultura della mediazione* (condivisione di principi e realizzazione della giustizia di prossimità), ma hanno due ruoli diversi, poiché la conciliazione è un intervento previsto nel nostro ordinamento ed è compito del giudice (che aiuterebbe la diffusione della cultura della mediazione), la mediazione implica una

³⁰ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002; S. CASTELLI, *La mediazione: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, in M. BOUCHARD, G. MIEROLO (a cura di), *Prospettive di mediazione*, Torino, 2000.



specifica formazione e professionalità. E' stato evidenziato³¹ come anche all'interno della recente proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale si tende a stabilire una disciplina generale e uniforme della conciliazione e della mediazione, ed una sostanziale identità tra i due istituti, infatti lo stesso termine mediazione viene riferito a qualunque procedimento, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia siano assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia³².

La pratica della conciliazione presuppone un apprendimento della gestione positiva dei conflitti che contiene una cultura del dialogo e dell'etica. Ciò si trova in stretto rapporto con l'educazione per la cultura della pace, poiché quando risolviamo un conflitto acquistiamo la capacità di gestire altri futuri contrasti³³. Si tratta di procedure che, attraverso tecniche ormai collaudate, aiutano le parti a trovare un punto d'incontro dei loro effettivi interessi, evitando ogni decisione autoritaria (giudiziale o arbitrale).

La conciliazione è una forma di risoluzione delle controversie che si realizza attraverso la manifestazione della volontà delle parti. Già S.Satta, verso la fine degli anni'30, scriveva: «le liti si estinguono veramente solo con la libera volontà delle parti, con la conciliazione, come la parola stessa ci dice»³⁴. «L'intervento del terzo, conciliatore, si ha nel momento in cui, valutate le posizioni delle parti ed individuate le possibili soluzioni di composizione delle controversie, indica alle parti il proprio *consilium* e cerca di realizzare il *concilium* ovvero l'aggregazione e l'incontro delle volontà che, pur se guidate dal *consilium* del terzo, si manifestano solo *postea* e cioè dopo il suo intervento»³⁵, ed è «idonea a ristabilire la pace sociale e consentire la prosecuzione dei rapporti tra le parti»³⁶.

Non si tratta di appiattimento delle divergenze, ma, usando determinati metodi e tecniche suggeriti dal conciliatore, si realizza uno stato di convergenza di mezzi e di scopi in cui «entrambe le parti vincono», anzi arrivano a trovarsi, dopo la controversia, in una situazione economica e psicologica migliore di prima³⁷.

La conciliazione stragiudiziale è una «procedura pacifica, volontaria e cooperativa di risoluzione dei conflitti per cui una terza persona imparziale, il conciliatore, assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, guidando la loro

³¹ E. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 2.

³² Com (2004) 718, art. 2/a.

³³ A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002.

³⁴ S. SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 206.

³⁵ C. PUNZI, *Enciclopedia del diritto*, Agg. 2000, IV, p. 328.

³⁶ C. PUNZI, *Conciliazione ed arbitrato*, in *Riv. Dir. proc.*, 1992.

³⁷ P.S. NICOSIA, A. RUGGIERO, *Manuale del Conciliatore. Tecniche di risoluzione extragiudiziale delle controversie*, Milano, 2000.



negoziazione, facendone affiorare gli interessi ed orientandole verso la ricerca di accordi reciprocamente soddisfacenti³⁸.

Dalla definizione si possono dedurre alcune caratteristiche utili al fine di un preciso inquadramento della procedura conciliativa: si tratta di una procedura “pacifica”, visto che le parti di un conflitto il più delle volte si arroccano su posizioni rigide, come solitamente accade nelle controversie giuridiche, in cui si intraprende una vera e propria “battaglia” per sconfiggere l’avversario; in tali situazioni è indubbiamente difficile poter giungere a un accordo, che risulta possibile solo quando si saranno interrotte le ostilità. E’ “volontaria” nel senso che le parti possono decidere di parteciparvi o no, possono decidere di concludere la procedura soltanto se lo riterranno conveniente o utile per i loro interessi; non sono costrette a raggiungere un accordo e, in caso di accordo, ne delineano in modo autonomo i contenuti; infine, non sono costrette a rinunciare ad altri metodi per risolvere il loro conflitto. E’ “cooperativa”, poiché il conciliatore guida le parti verso una negoziazione che le stimola a guardare “oltre”, anche cioè verso il futuro dei loro rapporti. E’ “imparziale”, poiché il conciliatore è un terzo equidistante che non ha interessi in comune con le parti; è un professionista esperto in tecniche di negoziazione che aiutano ad ascoltare, valutare e creare alternative. E’ “veloce”, visto che la durata normale della procedura varia da una a due sessioni di circa due ore ciascuna, a seconda della natura e della complessità della materia oggetto del contendere. E’ “creativa”, poiché ogni accordo è modellato sugli interessi e sui bisogni delle parti. E’ “riservata”, poiché tutto quello che emerge negli incontri di conciliazione è strettamente riservato e non può essere divulgato né dai conciliatori, né dalle parti fuori da tale ambito. E’, infine, una procedura “autonoma”, nel senso che non è ostativa alla proposizione di una causa di fronte alla giustizia ordinaria. Nel caso che la conciliazione si concluda con il raggiungimento di un accordo totale o parziale, questo avrà valore di contratto e le parti si impegneranno a darne esecuzione nei termini da loro stabiliti; nel caso di mancato accordo, invece, le parti sono libere di portare il caso di fronte al Tribunale³⁹.

La conciliazione con la sua flessibilità, dovuta al principio del consenso e della informalità, costituisce un efficace strumento per far emergere i veri interessi delle parti in conflitto. Proprio il fatto di non essere costretta da regole o categorie legali, riesce a ridefinire il contenzioso nei termini di un problema comune. Può conseguire risultati creativi che si spingono al di là del semplice riconoscimento dei diritti formali, trovando soluzioni che soddisfano le reali necessità delle parti in quella specifica situazione conflittuale, offrendo una reale possibilità di organizzare gli individui intorno a interessi comuni e a costruire vincoli e legami sociali più stabili.

Il carattere privato e non giudiziale di tale strumento offre alle parti un’opportunità di contatto e comunicazione, così la procedura di conciliazione diventa

³⁸ A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *Op.cit.*

³⁹ A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *Op.cit.*



uno strumento per aiutare gli individui a rafforzare le proprie capacità di relazionarsi di fronte ai conflitti. Gli effetti in termini di rafforzamento e di riconoscimento interindividuale possono avere significative influenze nel ridefinire gli assetti delle relazioni sociali, passando dall'indifferenza o ostilità alla costruzione di una relazione di cooperazione o alleanza.

Mentre il processo civile ha carattere prevalentemente documentale, la procedura di conciliazione è caratterizzata dalla comunicazione, che è l'obiettivo prioritario del conciliatore. Ai fini di una efficace comunicazione, è necessario prestare attenzione non soltanto alle parole, ma anche al tono della voce, ai modi e ai gesti. La comunicazione è spesso condizionata dal proprio *background* e dalle diverse percezioni di ciascuna persona; il conciliatore svolge, quindi, un ruolo fondamentale nel guidare e facilitare la comunicazione, attraverso l'utilizzo di strumenti e tecniche quali l'eliminazione di distrazioni, lo stabilire un contatto visivo, la parafrasi, le sessioni private e tutto ciò che possa aiutare un ascolto attivo e partecipato.

6. La mediazione costituisce una delle possibili tecniche alternative di gestione dei conflitti, anche essa non sostitutiva dello strumento giuridico. La mediazione definisce la propria fisionomia non tanto a supporto del modo di regolazione tipico del conflitto costituito dall'atto giurisdizionale, ma interviene come modo del tutto autonomo di regolazione del conflitto stesso. Lo scopo pratico che vuole raggiungere la mediazione è la restituzione, ai soggetti protagonisti del conflitto, del potere e della responsabilità di assumere la decisione in ordine al conflitto stesso. In altri termini, essa si propone di ristabilire una relazione interrotta tra più parti e non, a differenza dell'atto giurisdizionale, di stabilire un vincente e un perdente, una ragione e un torto.

In un originale lavoro⁴⁰ Jean Pierre Bonafé-Schmitt ha definito la mediazione come «un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare con il suo aiuto una soluzione al conflitto che le oppone».

In Italia sono state proposte diverse definizioni del concetto di "mediazione". Una delle più articolate e puntuali è quella secondo cui: «*La mediazione è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderati di un conflitto. Il mediatore, privo di ogni potere che non sia quello derivato dall'autorevolezza che le parti gli attribuiscono, mira a ristabilire il dialogo per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti. L'obiettivo finale della mediazione si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell'interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale.*»⁴¹

⁴⁰ J.P. BONAFE-SCHMITT, *La mediation: une justice douce*, Syros Alternatives, Paris, 1992.

⁴¹ S. CASTELLI, *Op.cit.*



La mediazione, come gli altri strumenti alternativi di gestione dei conflitti, non ha lo scopo di sostituirsi al diritto, anzi, lo completano, purché si sviluppino nel rispetto della legge. Esistono, infatti, dei principi nel nostro ordinamento giuridico che non sono derogabili, nemmeno dal principio della libertà negoziale.

«La mediazione nelle controversie civili non è destinata a prevenire formalmente una lite giudiziaria ma a restituire ai confliggenti la capacità di governare il conflitto. La mediazione non si pone l'obiettivo di formalizzare un titolo negoziale che pregiudichi o ritardi il ricorso all'Autorità Giudiziaria. Ciò significa che in nessun momento del processo di mediazione viene lesa il diritto costituzionale all'azione giudiziaria (art. 24 Cost.)»⁴².

Dunque, la mediazione è solo una strategia diversa da quelle previste dal diritto per gestire i conflitti e non può e non deve scavalcare gli obblighi da esso previsti, a cui, anzi, in certi casi è opportuno ricorrere.

La mediazione è quindi una “filosofia”, una modalità di approccio alla realtà, finalizzata a far sentire le persone parti attive nel prevenire e nell'affrontare i conflitti, in quanto demanda a loro la gestione della situazione che ha creato il disagio, in un'ottica propositiva e di dialogo.

Nel pensiero di Hegel la mediazione, che lui chiama *Vermittlung*, ha una funzione dinamizzatrice poiché rappresenta una fase del rapporto dialettico tra tesi e antitesi, dalla quale si sviluppa la sintesi.

La mediazione è intesa quale strumento per riattivare una comunicazione interrotta, fermo restando che l'eventuale ripristino del contatto assunto con l'aiuto del mediatore, terzo imparziale, è frutto esclusivamente della volontà delle parti stesse.

La parola mediazione discende dal latino ‘*mediare*’, cioè aprire nel mezzo, dividere, adatto a definire quel processo mirato a far evolvere il conflitto, aprendo i canali di una comunicazione interrotta⁴³.

Con la mediazione si sposta l'accento dall'idea di elusione e risoluzione del conflitto, all'idea di una “gestione” del conflitto. Idea quest'ultima che recupera la validità positiva e pedagogica del conflitto, che vede nel conflitto, non un male in sé, ma nient'altro che una “situazione”, un evento della vita umana, la cui negatività e positività non dipendono da sue caratteristiche intrinseche e date *a priori*. L'obiettivo è fare del conflitto una risorsa trasformandolo in una fonte di confronto e dialogo, un'occasione per favorire la delineazione delle identità individuali e di gruppo; il conflitto non va affrontato in una prospettiva di patologia e di relativa cura, ma è più efficace la prospettiva del “prendersi cura” del conflitto senza volerlo “curare”⁴⁴.

La mediazione si allontana dall'idea di conflitto come una guerra, in cui ci siano vincitori e vinti, torti e ragioni: essa si basa sul presupposto che ci sono giochi in cui possono essere entrambi i giocatori a vincere. Affinché ciò accada occorre, però, che i

⁴² M. BOUCHARD, *Giudici in una terra di mezzo*, in *Narcomafie*, 1995.

⁴³ E. RESTA, *Op.cit.*, 2002.

⁴⁴ M. DEUTSCH, *Educating for a peaceful world*, in *American Psychologist*, San Francisco, 1993, 48.



giocatori abbandonino un'impostazione del tipo "io vinco/tu perdi" (*win/lose*) in favore di quello che viene definito un "approccio collaborativo" un atteggiamento, in altre parole, basato sulla ricerca del reciproco vantaggio e delle soluzioni costruttive per entrambi, in un ottica che potrebbe essere definita del tipo "io vinco/tu vinci" (*win/win*) in cui tutti i contendenti possano trovare una soddisfacente composizione della propria lite. Il primo passo verso tale approccio che rende vincenti entrambi i configgenti è la ripresa di un gioco comunicativo non viziato.

I mediatori non valutano e non giudicano, ma aiutano le parti a chiarire i propri sentimenti e interessi e ad esprimerli in modo comprensibile, guidando il colloquio affinché si giunga ad una soluzione autonoma del conflitto. Alla filosofia della mediazione si avvicina quella che E. Husserl definisce, con un termine mutuato dallo scetticismo antico, *epochè*⁴⁵, che letteralmente vuol dire 'sospensione del giudizio'.

L'*epochè* consiste nel "mettere tra parentesi" l'atteggiamento naturale e tutto quel che esso comporta: ad esempio, l'assunzione dell'esistenza del mondo o la distinzione di soggetto e oggetto quali dati ovvii. Essa però non ha un compito meramente distruttivo nei confronti delle credenze o dei pregiudizi diffusi e, in questo senso, non coincide con il dubbio scettico. La sua finalità è invece costruttiva ed è correlata all'assunzione di un atteggiamento fenomenologico che raggiunge la consapevolezza che la conoscenza di questi dati, che appaiono ovvi all'atteggiamento naturale, è possibile solamente in riferimento alla soggettività. L'analisi fenomenologica "mette tra parentesi" l'oggetto naturale nella sua singolarità e opera quella che Husserl definisce riduzione 'eidetica' (dal greco *eide*, 'forme', 'idee' o 'essenze'), che porta appunto alle essenze quali si danno nell'intuizione della coscienza.

Il presupposto fondamentale da cui parte la mediazione è, dunque, che gli interessi in conflitto abbiano pari dignità, che gli venga riconosciuto il medesimo carattere di parzialità o di particolarismo.

E nel caso in cui non si riesca a trovare una soluzione alla questione, la procedura di mediazione avrà, comunque, sortito uno dei suoi scopi primari: aiutare le parti a dialogare, la base per ogni futuro tentativo, anche giudiziario, di soluzione della controversia.

Lo spirito della mediazione appare molto vicino alla teoria esposta da J. Habermas⁴⁶ sull'agire comunicativo: si tratta di un agire in cui entra in gioco la dimensione linguistica, finalizzato all'intesa, al consenso e alla condivisione di punti di vista e di immagini del mondo; e proprio sulla base dell'agire comunicativo, Habermas fonda una teoria della democrazia incentrata sul dialogo. L'azione comunicativa è un tipo di interazione sociale orientata verso la comprensione reciproca (intercomprensione), non verso il perseguimento di certi scopi. « Lo scopo di giungere alla comprensione è quello di stabilire un accordo che permetta una mutualità

⁴⁵ E. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologia*, Torino, 1965.

⁴⁶ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986.



intersoggettiva della comprensione reciproca, della conoscenza comune, della fiducia e dell'intesa con un'altra persona. Questo accordo si basa sul riconoscimento della validità delle richieste di fiducia e correttezza»⁴⁷.

I metodi comunicativi e partecipativi del “dialogo inclusivo”, e non di analisi di scenario prodotti in esclusiva da esperti, risultano particolarmente adatti per risolvere le problematiche legate alle conflittualità sociali. Le caratteristiche del dialogo inclusivo sono riassumibili e sintetizzabili in alcuni principi fondativi, tra cui quello di facilitare quanti non sono abituati a discutere in forma pubblica, il rispetto, la comprensione e la valutazione di tutti i punti di vista, un approccio che favorisca la cultura delle differenze e del possibile incontro tra una molteplicità di soggetti che esprimono interessi e bisogni, ed implichi una “educazione all'ascolto”; la centralità del ruolo dell'esperto (facilitatore o mediatore) a cui è affidato il compito di aiutare la comunicazione e proporre scenari, dialogando con la comunità rispetto alle scelte preferibili.

La mediazione, secondo quanto precisato nel d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (artt. 1, 8, 11), può essere di due tipi: *facilitativa*, nel caso in cui le parti siano aiutate a raggiungere un accordo anche amichevole sul loro rapporto in funzione dei rispettivi interessi; *aggiudicativa*, quando viene proposta una risoluzione delle controversie distribuendo torti o ragioni.

Caratteristiche importanti del procedimento di mediazione⁴⁸ sono: 1) la presenza dei mediatori che aiutano a mettere in comunicazione le parti in conflitto; 2) l'inclusione di tutte le parti in conflitto; 3) il piano informale, extragiudiziale; 4) la riservatezza del percorso; 5) la libera volontà di partecipare al procedimento di mediazione e l'autodeterminazione relativamente alla soluzione del conflitto; 6) l'imparzialità, neutralità o equidistanza del mediatore. Con il termine “imparzialità” si intende l'assenza di predilezione da parte del mediatore nei confronti della posizione assunta in sede negoziale da una delle parti; tale condizione riguarda lo stato psicologico e la disposizione soggettiva dell'esperto. La “neutralità” si riferisce al versante relazionale, cioè all'atteggiamento concreto del mediatore che potrebbe influenzare l'esito delle trattative a vantaggio di una parte piuttosto che di un'altra⁴⁹. Per molti, però, è preferibile parlare di equidistanza o “equivicinanza” proprio perché la figura del mediatore non è di un terzo distante e distaccato rispetto alle parti, ma che partecipa concretamente ed empaticamente alla costruzione del *setting* e del *settlement*, attraverso modalità che si avvicinano allo spirito proprio della funzione maieutica⁵⁰. Il mediatore,

⁴⁷ J. HABERMAS, *op.cit.*, 1986.

⁴⁸ C. BESEMER, *Op.cit.*, 1999.

⁴⁹ G. GULOTTA, G. SANTI, *Dal conflitto al consenso: utilizzazione delle strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Milano, 1988.

⁵⁰ Il termine maieutica viene dal greco *maieutiké* (sottinteso: *téchne*). Letteralmente, sta per “l'arte della levatrice” (o “dell'ostetricia”), ma l'espressione designa il metodo socratico così come è esposto da Platone nel *Teeteto*. L'arte dialettica, cioè, viene paragonata da Socrate a quella della levatrice: come quest'ultima, il filosofo di Atene intendeva “tirar fuori” all'allievo pensieri assolutamente personali, al



infatti, aiuta le parti a tirar fuori, a *ex-ducere*, le loro potenzialità, la loro autonoma capacità di gestire le situazioni conflittuali in un'ottica di *empowerment*.

6.1. Altro strumento tipico di composizione della controversia è la **transazione**, che presenta delle caratteristiche peculiari che la distinguono dalla mediazione e dalle altre tecniche *ADR*. La transazione è un contratto tipico previsto dal nostro codice civile all'art. 1965, con il quale le parti risolvono una lite già insorta o ne prevencono la futura insorgenza, facendosi reciproche concessioni (*l'aliquid datum e l'aliquid retentum*) attinenti alle questioni controverse o anche estranee ad esse (c.d. transazione mista *ex art. 1965, comma 2*). La natura dispositiva della transazione si desume dall'art. 1965 c.c. comma 2 che parla espressamente, a proposito delle reciproche concessioni, dell'effetto di creare, modificare ed estinguere rapporti giuridici. Tale contratto suggella e concretizza la volontà delle parti in merito al contenuto e alle modalità di estinzione della controversia.

Dalla disciplina della transazione, che è l'unico contratto tipico che presenti come causa proprio la risoluzione di una controversia, si ricava che il naturale limite al potere negoziale delle parti è costituito dalla indisponibilità del diritto: infatti, l'art. 1966 c.c., comma 2, sanziona con la nullità la transazione relativa ai diritti indisponibili.

Approfondendo l'analisi degli strumenti alternativi a carattere consensuale si comprendono meglio le ragioni che portano spesso a confondere tra mediazione e transazione: posto che entrambe hanno natura contrattuale e permettono di raggiungere il medesimo obiettivo, quello di risolvere la controversia.

Un'autorevole dottrina⁵¹ ha fatto confluire la conciliazione, la transazione e anche l'arbitrato, nella categoria dei c.d. "equivalenti del processo civile". L'elemento tipico che accomuna questi strumenti di composizione delle controversie, inclusa la conciliazione, è che in tutti la fonte della risoluzione della lite è individuabile nella volontà delle parti; infatti essi realizzano la composizione pacifica del conflitto per volontà delle stesse parti litiganti, configurando un'ipotesi di c.d. negozi privati *ad finiendas lites*.

Sono evidenti, però, anche delle differenze strutturali tra la transazione e la mediazione, in quanto la prima si perfeziona con il mero incontro delle volontà delle parti senza la necessaria presenza e l'intervento facilitatore del terzo. Inoltre l'accordo transattivo implica necessariamente *l'aliquid datum e l'aliquid retentum*, cioè le reciproche

contrario di quanti volevano imporre le proprie vedute agli altri con la retorica e l'arte della persuasione (sofisti). Il metodo di ricerca socratico si basa sull'argomentazione, sul dialogo, sul confronto approfondito tra persone sinceramente intenzionate a sviscerare il problema concreto, a precisarne i termini e a chiarire gli eventuali equivoci, sempre disposte a mutare le conclusioni raggiunte qualora si scoprono nuovi argomenti convincenti. Socrate, infatti, non possedeva un sapere precostituito e risposte già confezionate, ma possedeva la capacità di portare l'interlocutore, attraverso il dialogo, a chiarire il proprio pensiero, a guardare con sincerità in se stesso e a porsi in confronto con gli altri.

⁵¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956.



concessioni, invece l'accordo prodotto dalla mediazione può consistere anche nella rinuncia alla propria pretesa o nel riconoscimento integrale delle pretese altrui. L'accordo ha natura contrattuale e, generalmente, ma non necessariamente, transattiva. Nell'ipotesi di c.d. "conciliazione parziale", allorquando le parti raggiungono un accordo attraverso reciproche concessioni, è evidente l'analogia con la transazione⁵².

Nel Libro Verde⁵³ viene operata una sostanziale assimilazione della mediazione alla transazione, soprattutto sul piano dell'efficacia giuridica dell'accordo transattivo, per il quale si rimanda, poi, alla disciplina prevista in ciascuno Stato membro.

In realtà, anche se lo scopo è il medesimo, vi è una sostanziale differenza: la transazione permette di superare le pretese iniziali delle parti tramite le reciproche concessioni, una contrattazione, quindi, che verte sulle rispettive pretese, piuttosto che sui reali motivi e interessi sottostanti a ciascuna di esse; mentre la mediazione professionale, porta a un riassetto dei rapporti tra le parti che rende secondarie le loro iniziali posizioni attraverso un'approfondita ricerca dei loro interessi sottostanti alla lite. Inoltre, l'elemento della presenza di un terzo serve da "catalizzatore", permettendo di superare la logica della "via di mezzo", del reciproco sacrificio, tipica dell'accordo transattivi, per arrivare ad un risultato che può essere anche completamente diverso rispetto alle originarie pretese delle parti.

7. Come si è detto, sotto l'acronimo *ADR* vengono raggruppati una serie di fenomeni eterogenei accomunati dalla loro estraneità all'esercizio della potestà giurisdizionale dello stato. L'esperienza degli Stati Uniti riporta una serie innumerevole di istituti⁵⁴, spesso difficilmente differenziabili l'uno dall'altro, che attestano l'elevato livello di diffusione delle tecniche *ADR*, e che offrono la concreta possibilità di scegliere il modello di risoluzione della controversia più adatta al singolo caso ed alle specifiche esigenze delle parti.

Tra i più significativi, si possono ricordare i seguenti:

- *Early neutral evaluation* (Valutazione neutrale preliminare):

Consiste nella richiesta informale rivolta ad un terzo neutrale, tecnicamente esperto nella materia del contendere, di compiere una valutazione preliminare, esaminati i fatti oggetto di controversia ed ascoltate le parti, sul probabile esito della controversia se la stessa fosse portata dinanzi al giudice o a un collegio arbitrale.

Negli Stati Uniti è spesso usata nelle Corti nelle fasi iniziali del processo in relazione a controversie che coinvolgono questioni tecniche o di specifici settori di competenza, allo scopo di esprimere un pronostico sull'esito del processo e dare alle parti la possibilità di scegliere consapevolmente di proseguire attraverso lo strumento

⁵² Sul punto cfr. F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1982, 397.

⁵³ Vedi i punti 85-86.

⁵⁴ Cfr. S.B. GOLDBERG, F. SANDER, N. ROGERS, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and Other Process*, Aspen Law & Business, 1999; AMERICAN BAR ASSOCIATION, STANDING COMMITTEE ON DISPUTE RESOLUTION, *Alternative dispute resolution: an ADR primer*, Washington, 1989.



negoziale o proseguire con il processo ordinario. La valutazione, pur non essendo vincolante potrebbe facilitare il raggiungimento dell'accordo, facendo assumere alle parti un atteggiamento più realistico e oggettivo nel corso delle trattative. Nella *Early neutral evaluation*, in concreto, le parti vengono convocate davanti a un terzo designato dal tribunale, tecnicamente esperto nella materia del contendere; questi, una volta studiato il caso, prepara il suo pronostico sull'esito del processo e lo comunica alle parti solo dopo averle invitate alla conciliazione. Le parti possono perciò recedere, eventualmente, dal giudizio e rivolgersi allo stesso "valutatore" perché faccia da mediatore fra loro.

- *Minitrial:*

E' una specie di "messa in scena" di un processo-giudizio al fine di favorire eventualmente una conciliazione o l'avvio di una mediazione. Le parti preventivamente stabiliscono le caratteristiche di questa procedura, la sua durata, le forme di esibizione delle prove. Si tratta di una sorta di negoziazione formalizzata, finalizzata alla formulazione da parte del terzo neutrale, *neutral adviser*, di una ipotesi di accordo alla quale le parti possono aderire oppure no. La procedura ha inizio con una fase nella quale i procuratori delle parti espongono la vicenda illustrando tutti gli aspetti di diritto rilevanti e le rispettive posizioni. Al termine della discussione, fatta secondo modalità e termini decisi dalle parti stesse, il *neutral adviser* esprime la propria opinione sulle posizioni delle parti facendo una panoramica riassuntiva del caso. Il *minitrial* si conclude o con il raggiungimento dell'accordo oppure con una dichiarazione di inutilità della prosecuzione fatta dal *neutral adviser*, per l'impossibilità di giungere ad una definizione consensuale della controversia. Lo scopo di questo meccanismo è essenzialmente quello di consentire alle parti di avere un contatto diretto con la controversia e di formarsi così un'opinione fondata intorno alle proprie possibilità di vittoria o alla possibilità di un accordo negoziale.

- *Summary jury trial:*

Si tratta di un processo simulato finalizzato alla soluzione conciliativa della controversia. Prevede la costituzione di una finta giuria, *mock jury*, di soli sei membri dinanzi alla quale il caso viene esposto nelle forme del giudizio ordinario. La giuria al termine emana un verdetto finale non vincolante che costituisce la base per una definizione della controversia reciprocamente accettabile, tenendo conto del rischio connesso all'eventuale giudizio ordinario.

- *Dispute settlement board:*

Figura tipica dei paesi anglosassoni, si tratta di un Comitato permanente per la risoluzione delle controversie con un compito stabile di gestione di un contratto e di prevenzione e risoluzione delle questioni che lo coinvolgono.

Svolge, dunque, una funzione di controllo dell'esecuzione dell'accordo riunendosi periodicamente, nonché una funzione preventiva degli eventuali contrasti.

- *Mediated Arbitration (med/arb):*



E' una forma ibrida di *ADR* costituita dalla combinazione di mediazione e arbitrato che si sviluppa in una prima fase conciliativa e in una seconda, eventuale, arbitrato. Le parti cominciano con una mediazione che le aiuti a chiarire le rispettive posizioni e a giungere ad un punto di incontro. Il loro accordo prevede però che, in mancanza di soluzione, il conflitto venga comunque risolto da un arbitro con una decisione. Le parti stabiliscono anticipatamente se il mediatore e l'arbitro debbano essere la stessa persona, anche se si ritiene preferibile differenziare i ruoli, altrimenti la mediazione rischia di ridursi, di fatto, a un'istruttoria dell'arbitrato⁵⁵. Se le funzioni di arbitro vengono svolte, appunto, da un professionista diverso dal conciliatore si tratta del sistema c.d. di *Med-then-arb*.

- *Shadow mediation:*

Il conciliatore-ombra partecipa alla procedura di arbitrato come semplice osservatore finché le parti in conflitto si accordano per sospendere l'arbitrato e tentare, invece, un percorso di mediazione.

- *Court annexed arbitration:*

Si tratta di una forma di arbitrato, spesso obbligatorio, precedente il giudizio ordinario, che si conclude con un lodo non vincolante. Tuttavia, se una delle parti non accetta il lodo e se davanti al giudice non si riesce a migliorare sostanzialmente il risultato ottenuto davanti all'arbitro, le spese del processo e gli onorari saranno a suo carico. Negli Stati Uniti questo è uno strumento per incentivare la definizione stragiudiziale delle controversie, a danno della parte che immotivatamente si ostina ad agire in via ordinaria.

- *Arbitrato Legato (High-Low Arbitration):*

Forma di arbitrato, di solito vincolante, in cui le parti fissano ad insaputa dell'arbitro una "banda di oscillazione" (ossia un minimo ed un massimo), di solito uguale alle ultime offerte e contro-offerte delle parti, entro i cui limiti il lodo "fuori banda" deve essere ricondotto. Ogni lodo che rientra tra i valori della banda di oscillazione non è sottoposto ad aggiustamento.

- *Arbitrato-Ultima Offerta (Baseball-Last-Offer Arbitration):*

Procedura di arbitrato adoperata soprattutto nelle vertenze di natura commerciale. Le parti, trovandosi in una situazione di *impasse* nel corso dei negoziati, rimettono ciascuna un'offerta monetaria finale al giudizio dell'arbitro. L'arbitro dovrà sceglierne solo una. Tale approccio pone dei limiti alla discrezionalità dell'arbitro e incentiva ogni parte ad avanzare un'offerta ragionevole, nella speranza che essa sia accettata dal decisore finale.

- *Arbitrato Baseball Notturmo (Night-Baseball Arbitration):*

Variante dell'arbitrato-ultima offerta, in cui l'arbitro predispose una proposta di accordo e prende una decisione a favore della parte la cui offerta è più vicina alla sua proposta di accordo.

⁵⁵ G. COSÌ, M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003.



- *Neutral Fact Finding* (Ricerca neutrale dei Fatti):

Procedura di determinazione dei fatti rilevanti di una controversia da parte di un terzo neutrale che esamina il caso e può alla fine raccomandare una soluzione. Il *fact finding* interviene come componente di molteplici procedure di *ADR*.

8. La figura del Mediatore Europeo⁵⁶ (*ombudsman* o difensore civico europeo), istituito dal Trattato di Maastricht il 7 febbraio 1992, funge da intermediario fra il cittadino e le istituzioni dell'UE, è nominato dal Parlamento europeo per un mandato rinnovabile di cinque anni, che corrisponde alla durata della legislatura. Questa figura è stata introdotta per garantire la protezione dei diritti dei cittadini contro i casi di cattiva amministrazione da parte delle istituzioni e degli organi comunitari, fatta eccezione per la Corte di Giustizia delle Comunità europee e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali. Ogni cittadino di uno Stato membro dell'Unione o residente in uno Stato membro può presentare un reclamo al Mediatore europeo. Lo stesso diritto è attribuito alle imprese, associazioni e altri organismi con sede ufficiale nell'Unione. Egli esercita le sue funzioni in piena indipendenza e con imparzialità, non sollecita né accetta istruzioni da alcun organismo e per la durata del suo mandato non può esercitare alcuna altra attività professionale, remunerata o meno. Il cittadino residente nell'Unione europea, ovvero l'impresa, l'associazione e altro organismo con sede ufficiale nell'Unione, che si ritenga vittima della cattiva amministrazione di un'istituzione o organo dell'UE, deve anzitutto rivolgersi a quell'istituzione o organo attraverso il normale *iter* amministrativo per ottenere la debita riparazione. Se la domanda resta disattesa, vi è motivo di presentare denuncia al Mediatore europeo. La denuncia deve essere presentata entro due anni dalla data in cui si è avuta conoscenza dei fatti contestati. Il mediatore europeo ha il compito di esaminare le denunce dei cittadini contro i casi di cattiva amministrazione (omissioni, irregolarità, illegittimità, iniquità, discriminazioni, abusi di potere, carenza o rifiuto d'informazione, ritardi ingiustificati) da parte delle istituzioni e degli Organi della Comunità Europea (Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea, Parlamento europeo, Corte dei Conti, Corte di Giustizia salvo nella loro funzione giurisdizionale, Comitato economico e sociale, Comitato delle regioni, Istituto monetario europeo, Banca centrale europea, Banca europea degli investimenti, ecc). Il Mediatore esamina innanzitutto l'istanza per accertarne l'ammissibilità; se è ricevibile, avvia un'indagine, in caso contrario ne indicherà i motivi. Alcuni casi sono risolti nelle fasi iniziali dell'indagine; per altri casi, il Mediatore cerca di trovare una soluzione amichevole. Se necessario, il Mediatore può formulare raccomandazioni all'organismo interessato sul modo migliore per risolvere il caso; l'organismo interessato dovrà, quindi, informare il Mediatore entro tre mesi sulle

⁵⁶ Sul tema cfr. S. PRISCO, *Il Mediatore europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2004, 1.



le misure che intende adottare; se, però, non accoglie le raccomandazioni fatte dal Mediatore, questi può presentare una relazione speciale al Parlamento Europeo.

9. ODR rappresenta un acronimo che sta per *On-line dispute resolution*⁵⁷, e si riferisce al fenomeno della risoluzione delle controversie *on-line*, un sistema virtuale adatto alle liti insorte in relazione all'impiego di reti di computer e del commercio elettronico.

Consiste nel portare la procedura in rete e far sì che le parti in conflitto, così come si erano incontrate in rete per concludere i loro affari, possano incontrarsi in rete per risolvere le eventuali controversie.

Si tratta di un nuovo metodo di risoluzione delle controversie che utilizza il *cyberspazio* per superare gli ostacoli di natura spaziale, che altrimenti si frapporterebbero all'utilizzo dei sistemi ADR.

La caratteristica degli strumenti ODR è rappresentata dall'applicazione di tecnologie informatiche e telematiche capaci di minimizzare i costi, eliminare le distanze spaziali e temporali, in un'ottica efficientistica di razionalizzazione e miglioramento delle capacità gestionali delle procedure di risoluzione delle controversie.

Tutte le procedure di ADR, *Negotiation, Mediation o Arbitration*, possono svolgersi *on-line*, consentendo di rendere più veloci tali strumenti compositivi.

Quelle che si occupano di tali procedure sono normalmente organizzazioni destinate a fornire questo servizio in rete, chiamate *on line ADR Providers*, ossia amministratori di procedure arbitrali o conciliative in rete.

La procedura dovrebbe prevedere la possibilità sia per le parti sia per i conciliatori di comunicare tra loro in tempo reale, tramite videoconferenza, *chat room* istituite su canali appositamente predisposti e quindi sicuri dal punto di vista della riservatezza delle parti e dell'oggetto della controversia, alle quali possono accedere, grazie ad una *password* personalizzata, valida per una sola controversia, le parti, il conciliatore ed il responsabile dell'Ufficio di Conciliazione. Sono stati realizzati due modelli di ODR, quello "cieco" (*blind mediation*) e quello "aperto". Nel "modello cieco" non esiste alcun mediatore, ma un sistema informatico (*software*) che mette in comunicazione le parti che non vedono mai l'offerta inviata *on-line* dall'altra parte ma vedono solamente l'eventuale miglioramento dell'offerta. Tale modello viene utilizzato di solito per le controversie di mero contenuto monetario (assicurative, industriali, commerciali) che non necessitano di approfondimenti più complessi.

Il "modello aperto" parte dal presupposto che su internet debbano essere favoriti la comunicazione e lo scambio diretto tra le due parti attraverso l'opera di un

⁵⁷ M. PIEVANI, E. RUGGIERO, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie on-line*, Milano, 2002; F. BUFFA, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie in internet*, in (a cura di P. CENDON) *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Internet*, X, 2004.



terzo, il conciliatore, che le aiuti a discutere a trovare una soluzione accettabile per entrambi, sul modello ricalcato dalla concezione tradizionale di conciliazione.

Il limite più evidente del modello aperto è rappresentato dallo stato attuale dell'informatica e dalla scarsa comunicatività dei *software* attualmente disponibili, che si servono prevalentemente di comunicazioni via *e-mail* o sistemi di *chat room conference*, cercando, nei limiti del possibile, di ricreare in un ambiente virtuale la situazione tipica di un'udienza di conciliazione. Appare evidente la necessità dello sviluppo di nuovi sistemi di comunicazione e della diffusione di sistemi di video e audio *communication (web-cam)* che consentono, anche a distanza, una comunicazione visiva tra le parti coinvolte.

Il *provider* che gestisce il servizio di conciliazione fornisce alle parti il luogo virtuale della riunione (*resolution room*) e un conciliatore qualificato ed esperto; normalmente, la procedura parte con la compilazione e l'invio via *e-mail* da parte dell'attore di un modulo *standard* predisposto dal fornitore sul suo sito, nel quale devono essere indicati i suoi dati personali e quelli della controparte, le questioni controverse, la natura ed il valore della questione.

Successivamente, il fornitore si attiva contattando l'altra parte e, se questa accetta, viene nominato il conciliatore e viene creata una linea di comunicazione riservata dove si svolgerà la conciliazione, alla quale solo le parti ed il conciliatore stesso possono accedere tramite le rispettive *passwords*. Da questo momento la procedura si svolgerà il più possibile secondo le tecniche tradizionali.

In relazione alla specifica tematica delle *ODR* va citato l'art. 17 della Direttiva Comunitaria sul commercio elettronico 2000/31/CE, intitolato *Composizione extragiudiziale delle controversie*, che detta una precisa linea di tendenza della politica comunitaria in tale materia. Il comma 1 dell'art. 17 è chiaro nel prevedere un preciso impegno, da parte degli stati membri, «a provvedere affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale»; anzi al comma 2 dispone che «gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali le parti coinvolte».

Appare radicato il convincimento nella Comunità Europea che la diffusione di rapide e poco costose procedure alternative alla giurisdizione ordinaria, direttamente gestibili *on line*, rappresenterà un forte incentivo di crescita allo sviluppo del commercio elettronico. Si evince chiaramente da tale contesto che gli Stati membri saranno tenuti ad intervenire al più presto con specifiche normative volte a disciplinare uniformemente tali procedure.

10. Il 20 marzo 2010 sono entrate in vigore le disposizioni contenute nel d.lgs. 4 Marzo 2010, n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle



controversie civili e commerciali, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (GU n. 53 del 5-3-2010).

Si conclude così l'iter legislativo⁵⁸ del decreto sulla mediazione, dopo le modifiche allo schema di decreto del 28 ottobre apportate grazie ai successivi pareri delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, dando concretezza alla delega conferita al Governo dalla legge n. 69 del 2009⁵⁹ in materia di processo civile, che riforma la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione, con obiettivi di deflazione dei processi e diffusione della cultura del ricorso a soluzioni alternative.

La riforma si pone in sintonia con quanto affermato nella direttiva n. 52 del 21 maggio 2008 del Parlamento europeo e dal Consiglio del 21 maggio 2008, relative a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Le istituzioni europee, in base alla premessa che l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, hanno stabilito che la mediazione/conciliazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti.

A tal fine gli Stati membri sono stati invitati ad incoraggiare la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione con l'obiettivo di preservare la flessibilità del procedimento di mediazione, l'autonomia delle parti e di garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente⁶⁰.

Anche la giurisprudenza comunitaria ha contribuito a promuovere le procedure conciliative attraverso l'enunciazione di principi a carattere chiarificatore.

La Corte di giustizia delle Comunità europee in una recente sentenza ha, infatti, precisato che:

«Il sistema italiano che nell'ambito delle controversie in materia di comunicazione elettronica tra utenti e fornitori dei servizi prevede il ricorso obbligatorio alla conciliazione prima dell'azione giurisdizionale è compatibile con la direttiva sul servizio universale. Gli Stati, nell'esercizio del potere discrezionale concesso dalla direttiva 2002/22/Ce, possono stabilire l'obbligatorietà del ricorso alla conciliazione a patto che il sistema interno rispetti il principio di equivalenza, di effettività e della tutela giurisdizionale effettiva, senza che l'utente subisca costi ingenti e ritardi nell'azione giurisdizionale. Per

⁵⁸ Sul complesso iter legislativo volto a dare una disciplina omogenea alla mediazione in Italia cfr. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2007, 137 ss.

⁵⁹ Legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

⁶⁰ M. DE TILLA, *Strumenti alternativi in mano all'Avvocatura per puntare a un sistema giudiziario efficiente*, in *Guida al Diritto*, n. 29, 2009, p. 8.



garantire la conformità alla direttiva, la possibilità di accedere alla conciliazione deve essere assicurata con diverse modalità e non solo via Internet»⁶¹.

Ovvero, in altre parole, che:

«La normativa di uno Stato membro, in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, non si pone in contrasto con l'art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale). Tale normativa non si pone altresì in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività, nonché con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, a condizione che tale procedura extragiudiziale non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo imponga».

Le disposizioni introdotte dal decreto al fine dichiarato di rafforzare la mediazione come strumento necessario per la diminuzione del carico di controversie gravanti sul sistema giustizia in Italia dimostrano il crescente riconoscimento del valore aggiunto che l'istituto della mediazione sta ottenendo sia negli ambienti giuridici che tra gli operatori del mercato.

Appare inconfutabile lo sforzo del legislatore delegato nell'offrire tutti i mezzi necessari per rafforzare la giustizia alternativa e rendere accessibile a tutti uno strumento rapido, economico ed efficace come la mediazione.

La finalità sottesa al provvedimento è evidentemente quella di diffondere la consapevolezza che la mediazione, con apprezzabile sostegno del legislatore, debba consolidarsi configurandosi non come semplice alternativa, bensì complementare ed integrativa rispetto all'amministrazione della giustizia civile.

Non solo, la previsione di ipotesi di obbligatorietà del tentativo di conciliazione deve essere percepita dalle parti, da chi le assiste e da chi le rappresenta, quale concreta opportunità di evitare l'azione in sede giudiziale e quale fecondo mezzo per la diffusione della cultura della mediazione.

Si sottolinea come la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione non è, peraltro, sconosciuta al nostro ordinamento: è previsto nelle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e operatori⁶², disciplina della

⁶¹ Sentenza della Corte giustizia CE, sez. IV, del 18 marzo 2010, n. 317.

⁶² Delibera dell'AGCom n. 173/07/CONS del 19.04.2007. Per tali controversie il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, alternativamente, dinanzi al Co.Re.Com competente in base alla postazione dell'utente munito di delega a svolgere la funzione conciliativa; alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio;



subfornitura nelle attività produttive⁶³, patto di famiglia (artt. 768 *bis* ss. e *octies* c.c.)⁶⁴, nonché diritto d'autore⁶⁵.

L'esigenza di una disciplina organica della mediazione ha, pertanto, la funzione di garantire al cittadino una sana competizione offrendogli la possibilità di scegliere lo strumento più idoneo a tutelare i propri interessi valutando i costi, i tempi le opportunità e la qualità, senza alcuna preclusione per l'accesso alla giustizia.

In realtà, la funzione della conciliazione non può essere ridotta a rimedio esterno per l'irrimediabile inefficienza della giustizia civile. Al contrario, maggiore è l'efficienza di quest'ultima, maggiori sono le possibilità che si manifestano ad un impiego appropriato della conciliazione, diretto a riempire quegli spazi che un'amministrazione statale della giustizia, pur efficiente, lascia inevitabilmente aperti.

Inoltre, il ricorso a quella che è stata efficacemente definita "giustizia coesistenziale"⁶⁶ ha la funzione di evitare di pregiudicare, a causa di un isolato contrasto, una complessa rete di rapporti commerciali o interpersonali⁶⁷.

Vi sono inoltre buone prassi che si muovevano finora *praeter legem*, come la conciliazione delegata dagli uffici giudiziari, oggetto di sperimentazione nella prassi di qualche ufficio giudiziario: il progetto *Conciliamo*, promosso dalla Corte d'appello di Milano, o il progetto *Nausicaa*⁶⁸, promosso dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze, con il finanziamento della Regione Toscana e la collaborazione della locale Facoltà di Giurisprudenza, nonché degli ordini professionali⁶⁹.

11. La mediazione, ai sensi della riforma, deve avere ad oggetto diritti disponibili. Questo, a ben vedere, è il limite che ogni soluzione della controversia a base convenzionale presenta, valendo, come principio generale, quello enucleabile dall'art. 1966 c.c., ai sensi del quale la transazione, contratto che ha come causa giuridica la soluzione di una lite, è nulla se riguarda diritti indisponibili.

agli organismi istituiti con accordi tra operatori e associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale.

⁶³ Art. 10, l. 18.06.1998, n. 192. Si ritiene che si tratti di un tentativo obbligatorio di conciliazione (preventivo all'instaurazione di un procedimento arbitrale o dell'azione giudiziaria) ma la norma non prevede alcuna sanzione per l'ipotesi dell'inosservanza. La conciliazione in questo caso va promossa esclusivamente presso la Commissione arbitrale e conciliativa istituita dalla Camera di commercio.

⁶⁴ Il tentativo di conciliazione in questo caso deve essere esperito presso uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 d.lgs. 17.01.2003, n. 5.

⁶⁵ Artt. 71 *quinquies*, 4° co. e 194 *bis*, l. dir. aut. (l. n. 633/1941 come modificata dal d.lgs. n. 68/2003).

⁶⁶ M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1981, 49.

⁶⁷ S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2000, 2, p. 447 ss.

⁶⁸ Sul Progetto Nausicaa cfr. M. PAOLUCCI, *Si concilia a vele spiegate*, in *Italia oggi*, 15/4/2010, p. 37.

⁶⁹ R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida al diritto*, n. 12, 2010, p. 48 ss.



Questo fondamentale principio è poi applicato nel decreto legislativo 28/2010, che richiama il limite dei diritti disponibili in tre contesti: a) quando all'art. 2, 1° comma, definendo le controversie conciliabili, il legislatore specifica che esse devono avere ad oggetto un diritto disponibile; b) implicitamente quando, all'art. 12, si prevede che il giudice statale debba negare l'omologazione del verbale di accordo della conciliazione ove esso sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative; c) infine quando, enunciando gli obblighi del mediatore, all'art. 14, si ricorda che egli deve formulare proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Quando, dunque, la stessa delega⁷⁰ precisa che la conciliazione ha come suo limite naturale la disponibilità dei diritti in gioco, fa emergere un rilievo in fondo pleonastico, ricavabile già dal codice civile. Una maggiore prospettiva, invece, si sarebbe assunta ove in essa si fosse affrontato in modo organico il problema di quei settori nei quali, venendo in gioco norme inderogabili, le soluzioni negoziali stragiudiziali esigono qualche cautela, peraltro, sempre necessaria quando i litiganti vogliono intraprendere un percorso alternativo al processo statale. Si pensi a quelle situazioni, ad esempio, in cui ci si trova di fronte a settori nei quali, per la debolezza di una parte a fronte di un'altra, la legge detta norme inderogabili, dove magari sarebbe auspicabile una soluzione conciliativa "assistita"⁷¹.

E' indubbio che la mediazione, così come riformata dal decreto, finisce per coinvolgere tutti i più importanti aspetti della vita quotidiana interessando le materie più diverse.

Il decreto intende, così, allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie.

Al riguardo, si evidenzia che la Corte costituzionale ha più volte giudicato legittimo il perseguimento delle finalità deflattive, realizzato attraverso il meccanismo della condizione di procedibilità. Si tratta, infatti, di una misura che, senza impedire o limitare oltremodo l'accesso alla giurisdizione, si limita a differirne l'esperimento, imponendo alle parti oneri obiettivamente non gravosi e volti anzi a dare soddisfazione alle loro pretese in termini più celeri e meno dispendiosi.

Secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 276 del 2000), il tentativo obbligatorio di conciliazione legittimamente incide sul diritto di azione, con un «impedimento obiettivamente limitato e non irragionevole», in quanto mira a soddisfare l'interesse generale ad evitare un sovraccarico dell'apparato giudiziario ed a favorire la possibilità di un soddisfacimento più celere dei diritti fatti valere in giudizio attraverso la composizione preventiva della lite - osserva che la tutela di superiori

⁷⁰ Legge n. 69 del 2009, art 60, comma3 lett. a).

⁷¹ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*, 2009.



interessi pubblici non può tradursi in un mero differimento temporale dell'esercizio della giurisdizione sulla domanda giudiziale, e cioè consentendo che, trascorso il tempo della sospensione, la parte sia comunque affrancata dal praticare un previo tentativo di conciliazione⁷².

La disciplina dell'articolo 5, comma 1, del decreto - regolando l'ipotesi di una condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda - non rientra nelle ipotesi in cui l'accesso alla giustizia è formalmente precluso e realizza quel punto di equilibrio tra diritto d'azione *ex* articolo 24 Cost. e interessi generali alla sollecita amministrazione della giustizia e al contenimento dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, più volte richiesto dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità di simili interventi normativi.

Il procedimento di mediazione ha, infatti, una durata massima molto contenuta, ha costi ridotti, soprattutto se si considera che costituisce uno strumento che consente di evitare il giudizio e dunque di realizzare un maggiore risparmio, è completamente gratuito per i cittadini non abbienti e, anche quando si inserisce in un processo già avviato, non ne impone la sospensione, ma il semplice differimento. Inoltre, anche per la conciliazione obbligatoria, le parti hanno sempre la possibilità di presentare la domanda giudiziale prima di svolgere la mediazione, e procedere alla sua trascrizione, per conseguire gli effetti che la legge vi ricollega (artt. 2652 ss. c.c.).

Occorre, poi, sottolineare come dopo dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto e per i processi iniziati successivamente alla stessa, il tentativo di mediazione presso gli organismi accreditati costituisce infatti condizione di procedibilità nelle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni, 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 mezzo della stampa o con altro mezzo idoneo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'art. 5, comma 1, del decreto stabilisce espressamente:

«Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 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».

⁷² Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 436.



All'art. 2, comma 2, del d.lgs. 28/2010 è poi precisato che la procedura di mediazione disciplinata dal decreto non esclude il ricorso a istituti già ampiamente sperimentati nella pratica, che consentono di giungere alla composizione di controversie su base paritetica o attraverso procedure di reclamo disciplinate dalle carte di servizi, ma che si differenziano dalla mediazione per il mancato intervento di organismi terzi e imparziali.

Secondo quanto precisato nella relazione governativa, nella scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità, tre sono stati i criteri-guida seguiti.

«In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia.

Oltre al condominio (...), si è fatto riferimento anzitutto ad alcuni contratti di durata per i quali la condizione di procedibilità non è tra l'altro sconosciuta (locazione, comodato, affitto d'azienda) ovvero ai rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, divisione, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia⁷³); in secondo luogo si sono prescelte alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa). Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere facilmente dipanata in ambito stragiudiziale. Ad esse si sono aggiunte, raccogliendo sul punto 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.

In terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso».

Sull'inciso per cui lo strumento del tentativo obbligatorio di conciliazione “non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 novembre 2006, n. 206, e successive modificazioni, e dal titolo X del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209” la relazione governativa spiega che si è ritenuto peraltro opportuno

⁷³ L'inserimento dei patti di famiglia, su cui si è soffermato il parere della Commissione Giustizia della Camera, si giustifica in quanto l'art. 768-*octies* del codice civile già prevede la preliminare devoluzione delle relative controversie agli organismi di mediazione previsti dal d.lgs. 5/2003 e il presente decreto consente di chiarire che tale devoluzione è obbligatoria. Naturalmente, l'obbligatorietà è valevole solo per le controversie su patti di famiglia (o su clausole degli stessi) riguardanti diritti disponibili. Sul tema dei patti di famiglia vedi per tutti P. MATERA, *Il patto di famiglia*, in G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, V, Torino, 2007.



escludere dal raggio applicativo del tentativo obbligatorio le azioni inibitorie e risarcitorie regolate dagli articoli 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo e le azioni risarcitorie previste dagli articoli 137 ss. del codice delle assicurazioni private. Nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di una autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni. Nel secondo caso, già oggi la legge prevede condizioni di procedibilità con lo scopo di favorire la composizione stragiudiziale della vertenza, cosicché un loro cumulo con il tentativo obbligatorio avrebbe l'effetto di differire eccessivamente l'accesso alla giurisdizione della parte danneggiata.

12. Il concetto di mediazione sanitaria, o ospedaliera, può avere un duplice campo di applicazione a seconda che si riferisca alla gestione di situazioni conflittuali che riguardano il rapporto medico-paziente di carattere privatistico (cause per risarcimento dei danni)⁷⁴, oppure conflitti che riguardano il più complesso rapporto tra paziente, specialmente straniero, e struttura sanitaria/ospedaliera⁷⁵.

Rispetto al primo campo di applicazione non si arresta negli Stati Uniti la tendenza a introdurre tentativi obbligatori di conciliazione nelle cause contro i medici (*malpractice*).

Diversi Stati, oltre al governo federale, hanno già introdotto, o preso in considerazione, l'introduzione della conciliazione per frenare i costi crescenti del contenzioso nel campo della negligenza professionale medica.

Oggi è il turno del *District of Columbia*, dove un progetto di legge prevede che la parte che intenti una causa per negligenza professionale contro una struttura ospedaliera dovrà preliminarmente compiere un tentativo di conciliazione.

Nei casi di negligenza professionale medica, secondo la Commissione legislativa che si è occupata della stesura del progetto, il tentativo di conciliazione effettuato tempestivamente consente di ridurre notevolmente le spese legali per tutte le parti coinvolte e permette di raggiungere una soluzione soddisfacente in tempi più rapidi.

Anche in Italia si assiste ad un progressivo sviluppo delle pratiche conciliatorie applicate alle controversie tra medico e paziente, forse anche come conseguenza del sempre più frequente ricorso alla tutela risarcitoria⁷⁶.

⁷⁴ D. GADDI, F. MAROZZI, A. QUATROCOLO, *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 5, 839.

⁷⁵ C. PUCCIARELLI, *Relazione tra medico e paziente immigrato: comunicare e mediare*, in AA.VV., *Atti del convegno "Mediazioni, conflitti e società complesse"*, a cura di M. Ferrara, C. Pucciarelli, C. Troisi, Avellino, 2006.

⁷⁶ L'Ordine Provinciale di Roma dei medici Chirurghi e Odontoiatri ha fatto partire dal 1 gennaio 2005 un progetto sperimentale, chiamato "Accordia", che mira a creare un luogo di ascolto, incontro e mediazione tra medici e cittadini. In pratica tende ad abbassare il numero crescente di denunce



Spesso, quando un evento come l'errore professionale, o ritenuto tale, irrompe nel rapporto tra medico e paziente, le conseguenze sono particolarmente pesanti e l'avvio di un contenzioso giudiziario può non procurare effettiva soddisfazione alle parti, anche quando si conclude con una decisione "favorevole".

Il paziente, infatti, continua a sentirsi tradito nella fiducia concessa al medico, e questo vissuto, talvolta, si estende anche all'intero sistema della sanità, soprattutto quando si ha la sensazione che non siano state riconosciute anche altre istanze, magari non suscettibili di valutazioni giudiziarie, ma non per questo meno rilevanti, quali l'atteggiamento frettoloso e distaccato del personale medico, o il sentirsi considerato "caso clinico" più che persona⁷⁷.

Il medico, invece, che nel giudizio si trova solitamente a difendere il proprio operato, generalmente non ha la possibilità di veder riconosciuti anche il proprio disagio, la preoccupazione e il senso di minaccia per la propria dignità professionale e personale e persino il proprio senso di umanità.

La mediazione può essere, dunque, strumento alternativo per risparmiare risorse ospedaliere e sanitarie tagliando i costi degli interminabili ricorsi giudiziari; può essere naturale e logica conseguenza di una politica sanitaria spendibile anche in termini di efficienza e qualità delle cure; può ridefinire l'opportunità che entrambi, medico e paziente, hanno di essere responsabili verso la stessa relazione che li unisce e punta direttamente alla ricostruzione e alla riparazione dei rapporti sociali attraverso la riappropriazione delle modalità decisionali e della condivisione delle scelte delle parti coinvolte.

Il d.lgs. 28/2010, mostrando piena sintonia con le recenti tendenze evolutive, ha espressamente previsto tra le ipotesi di conciliazione obbligatoria (art. 5), quindi quale condizione di procedibilità del giudizio, quella relativa appunto al risarcimento del danno derivante da responsabilità medica.

all'autorità giudiziaria per disservizi o prestazioni mediche inappropriate. I danni per la protesi dentale mal fatta, il consenso informato non chiaro, la ricetta mal scritta e così via potranno essere risolti senza andare in tribunale. Sempre che si tratti di controversie civilistiche (con risarcimenti fino a euro 25.000), che riguardino il rapporto libero professionale medico-paziente (non ospedali o strutture private), che l'evento dannoso si sia verificato nella provincia di Roma, con medici aderenti all'iniziativa. Si tratta della prima iniziativa del genere in Italia, essa punta all'obiettivo di creare più incontro e meno scontro tra medici e assistiti, con un minore carico economico, visto che l'accesso al servizio di mediazione è gratuito. Lo Sportello di conciliazione è situato presso la sede dell'Ordine Provinciale di Roma e la Commissione tecnica (due avvocati, due medici legali e un esperto assicurativo) trasmette entro 30 giorni, se la valutazione è positiva, la richiesta alla Camera di Conciliazione (organo istituito dall'Ordine degli Avvocati di Roma e dalla Corte di Appello di Roma) perché appiani il conflitto. Se medico e assistito non arrivano all'accordo sono liberi di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

⁷⁷ Molte delle critiche rivolte alle strutture o al personale sanitario, circa eventuali manchevolezze tecniche e logistiche, esprimano in realtà un disagio che è dovuto ad una carenza di attenzione e comprensione. Probabilmente, le stesse carenze strutturali sarebbero più tollerate se le organizzazioni sanitarie e di servizio, nonché gli operatori, prestassero più ascolto ai malati.



La concreta applicabilità della nuova normativa passa inevitabilmente attraverso la predisposizione e l'adattamento della disciplina allo specifico settore⁷⁸, tramite decreti attuativi che possano risolvere una serie di dubbi applicativi già emersi:

- la necessità di predisporre una normativa *ad hoc* per le conciliazioni nel settore medico e di apprestare apposite commissioni di conciliazioni specialistiche e specializzate;
- la necessità di esplicitare l'equiparazione della disciplina della mediazione nel settore della responsabilità medica a quella della responsabilità sanitaria e paramedica (relativa ad es. alla somministrazione di medicinali e/o agli errori nelle cartelle cliniche);
- la necessità di informare correttamente i pazienti, molto spesso ignari, dell'utilità del ricorso alla mediazione;
- la necessità di gestire e rafforzare sia la relazione con il paziente sia il rapporto con le assicurazioni, predisponendo un doppio binario di mediazione;
- l'ipotesi di inserire nel "consenso informato", consegnato al paziente, la clausola che prevede il ricorso obbligatorio ad uno o più organismi di conciliazione;
- la validità dello strumento della mediazione per ridurre il peso economico dei singoli casi/sinistri e per garantire una buona relazione con le assicurazioni, riducendo il numero di sinistri;
- l'inserimento dell'informazione al cliente da parte dell'avvocato, pena l'annullabilità del contratto di mandato, sull'esistenza delle diverse forme di mediazione e delle agevolazioni fiscali.

Rispetto, invece, al secondo campo di applicazione, le persone coinvolte nei processi di cura sono costantemente chiamate ad imparare come relazionarsi fra competenze, saperi, culture, diritti e doveri nella consapevolezza di essere parte in gioco nell'integrazione di scelte da compiere e valori da rispettare.

In questa cornice la mediazione sanitaria/ospedaliera avrebbe la funzione di semplificare e fluidificare i complessi rapporti del paziente, italiano o straniero, con il sistema sanitario *tout court*, riducendo gli ostacoli burocratici, logistici o informativi di accesso all'assistenza sanitaria, diritto sociale fondamentale, facilitando la comunicazione tra paziente e struttura sanitaria in un'ottica di condivisive di linguaggi, culture, modi di espressione della malattia, della cura, del dolore.

Si assiste negli ultimi anni ad una progressiva diffusione, negli Ospedali, nelle ASL, negli Istituti di pena (medico penitenziario), di servizi di mediazione sanitaria allo scopo di creare un "ponte" di comunicazione tra i protagonisti della relazione sanitaria e rendere più accessibile il servizio in una prospettiva di prossimità e accoglienza.

13. In Italia, l'esperienza dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale nel settore immobiliare non risulta ancora assai diffusa. Si riscontra, pertanto, una chiara

⁷⁸ D. NATALI, *Tra medico e paziente è obbligatorio il mediatore*, in *Corriere della sera* del 16 maggio 2010.



tendenza legislativa verso la promozione di tali procedure compositive che ha riguardato anche la materia immobiliare, visto il riferimento dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, il quale indica tra le controversie per le quali vige il tentativo obbligatorio di conciliazione anche quelle in materia di condominio, di diritti reali, di locazione, di comodato.

I rapporti che hanno per oggetto immobili interessano una molteplicità di settori del diritto privato. Le controversie insorgenti da tali rapporti possono riguardare numerosi aspetti, generalmente riconducibili a tratti caratterizzanti comuni quali l'eccessiva litigiosità delle parti e l'inerenza a rapporti di durata.

Pioniera nell'esperienza in tema di conciliazione immobiliare è sicuramente la realtà angloamericana della *Real Estate Mediation and Arbitration for Disputes*, espressione con la quale s'intendono quelle forme di risoluzione delle liti (*mediation* e *arbitration*) rimesse all'autonomia contrattuale, quando esse vengono adottate nel campo del *Real Estate* (ovvero del diritto sugli immobili).

Negli Stati Uniti il fenomeno delle ADR nel settore immobiliare si è fortemente sviluppato anche grazie alla previsione di clausole compromissorie e di rinvio alla *mediation* all'interno dei moduli prestampati per la compravendita di immobili⁷⁹ e grazie all'emanazione di normative che prevedono la conciliazione come condizione di procedibilità per l'accesso al processo, come accade per le controversie condominiali⁸⁰.

Le controversie relative a rapporti che hanno per oggetto immobili investono diversi settori del diritto privato, caratterizzandosi, pertanto, per un'estrema eterogeneità delle controversie⁸¹.

Profili del diritto delle obbligazioni possono emergere, ad esempio, in relazione a contratti di compravendita, locazione o appalto; problematiche connesse a vicende traslative di diritti e alla loro opponibilità, nel caso di tipologie contrattuali di trasferimento di immobili; situazioni di tipo reale, interessi al corretto espletamento delle funzioni degli organi previsti, rapporti tra l'ente e i suoi partecipanti e tra questi e l'amministratore possono rilevare nei condomini di edifici. In ciascuna di tali ipotesi, il bene immobile risulta, difatti, caratterizzante il rapporto, sia pur in maniera differente e specifica per ogni caso.

Non esistono provvedimenti legislative specificamente dedicati al settore delle controversie immobiliari⁸², pur se le controversie relative ad immobili spesso sorgono

⁷⁹ Ad es. il *California Association of Realtor's standard Deposit Receipt and Purchase Agreement*.

⁸⁰ Per lo stato della California, la *Civil Code section 1354 (b)*.

⁸¹ I. A. CAGGIANO, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel settore immobiliare: disciplina e prassi in Italia*, in *Obbligazioni e Contratti*, 5, 2010, p. 373 ss.

⁸² Esistono, tuttavia, provvedimenti relativi a controversie specifiche, come in tema di appalti di opere pubbliche, per le cui controversie è prevista un'ipotesi di arbitrato amministrato disciplinato dalla l. n. 415/1998 e relativi regolamenti; o, come detto in precedenza, per molti ambiti del diritto degli immobili, in base alla nuova disciplina sulla mediazione civile e commerciale, si rinvia all'art. 5 del d.lgs. 28/2010, il quale indica tra le controversie per le quali vige il tentativo obbligatorio di conciliazione anche quelle in materia di condominio, di diritti reali, di locazione, di comodato.



nell'ambito di rapporti particolarmente conflittuali (si pensi al condominio, o alle locazioni) o di modico valore, per i quali sarebbe quindi opportuno prevedere strumenti di composizione stragiudiziale.

Tra le esperienze di arbitrato e conciliazione nel settore immobiliare va segnalata la costituzione a partire dagli anni '90 di camere arbitrali specializzate nel settore immobiliare, costituite come ufficio interno o azienda speciale, presso le Camere di Commercio. Si tratta di organizzazioni che amministrano arbitrati, conciliazioni, arbitraggi nel settore immobiliare e che realizzano forme di arbitrato (o conciliazione) c.d. amministrato, ovvero regolato, oltre che dalla legge e dalla convenzione d'arbitrato, anche da ulteriori regolamenti arbitrali predisposti dalle camere stesse.

L'istituto dell'arbitrato è sicuramente più diffuso quale strumento extragiudiziale di risoluzione delle controversie, anche in materia immobiliare, pur se ci si attende che, proprio per effetto del decreto legislativo sulla mediazione civile e commerciale, l'impatto dello strumento conciliativo nel settore immobiliare sia destinato ad aumentare.

14. L'articolo 14 del d.lgs. 28/2010 definisce gli obblighi del mediatore e dei suoi ausiliari, finalizzati ad assicurarne la terzietà e il rispetto di vincoli anche di carattere disciplinare.

In particolare, quanto al primo profilo a garanzia dell'imparzialità si prevede il divieto, per i mediatori, di assumere diritti o obblighi comunque connessi con gli affari trattati, fatti ovviamente salvi quelli riferibili, in senso stretto, alla prestazione dell'opera o del servizio. Si fa altresì divieto al mediatore di percepire compensi direttamente dalle parti.

Quanto al secondo aspetto, il mediatore deve informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento dell'attività e, in ogni caso, corrispondere immediatamente a ogni richiesta, di natura organizzativa, del responsabile dell'organismo.

Il terzo comma disciplina le modalità di sostituzione del mediatore per incompatibilità, specificando che provvede il responsabile ovvero altro soggetto la cui individuazione deve essere predeterminata dal regolamento dell'organismo.

La sostituzione deve essere richiesta da almeno una parte; altrimenti, permanendo la fiducia dei soggetti in lite nei confronti del mediatore, non vi è ragione per un suo avvicendamento.

Con riguardo al contenuto dell'attività del mediatore, infine, si enuncia il principio generale per cui le sue proposte devono rispettare il limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Si è poi sottolineata l'importanza della riservatezza all'interno ed all'esterno della procedura di mediazione, ricevendo la stessa, nel decreto, apposita disciplina.



L'articolo 9 del d.lgs. 28/2010 prescrive, appunto, i doveri di riservatezza che incombono su coloro che svolgono la loro attività professionale o lavorativa presso l'organismo, rispetto alle dichiarazioni e informazioni comunque acquisite durante il procedimento di mediazione.

Per il mediatore, tale dovere si estende (comma 2) alle parti del procedimento, rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni che egli ha raccolto da ciascuna delle parti durante le sessioni separate. È infatti pratica diffusa che la mediazione, ispirata alla logica della composizione anche facilitativa della lite, si caratterizza per il fatto di utilizzare tecniche diverse da quelle che contraddistinguono il processo ordinario; tra queste vi è quella che suggerisce al mediatore di ascoltare le parti anche separatamente, onde assumere informazioni che la parte potrebbe non essere propensa a rivelare davanti alla controparte, ma che sono comunque utili al mediatore per ricercare l'accordo. A garanzia della efficacia degli incontri separati vi è, dunque, il dovere del mediatore di non rivelare quanto appreso in quella sede neppure alle altre parti del procedimento e di non trasfondere le informazioni nella proposta o nel verbale che chiudono la mediazione.

Il dovere di segretezza rispetto alle dichiarazioni rese separatamente può essere tuttavia derogato dalle parti, rientrando pienamente nella loro disponibilità negoziale.

L'articolo 10 del decreto disciplina, poi, il segreto professionale cui è tenuto il mediatore, e il regime probatorio di cui sono oggetto le informazioni riservate acquisite durante lo svolgimento della mediazione.

In particolare, è previsto che le dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso della mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avviato a seguito dell'insuccesso della mediazione, né possono formare oggetto di testimonianza in un qualunque giudizio.

Il mediatore, inoltre, non può essere costretto a deporre sulle stesse dichiarazioni o informazioni davanti ad ogni autorità, giudiziaria o di altra natura.

A quest'ultimo, in particolare, sono estese le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e le garanzie assegnate dall'art. 103 c.p.p. al difensore (art. 10, comma 2).

Questa norma si collega alla regolamentazione della riservatezza che - anche nei rapporti bilaterali tra le singole parti e il mediatore - deve accompagnare il procedimento di mediazione, affinché i soggetti coinvolti si sentano liberi di manifestare i loro reali interessi davanti al mediatore professionista. Dall'esperienza concreta si evince che solo su queste premesse la mediazione può essere realmente efficace ed alternativa alle soluzioni autoritative del conflitto sociale ed avere, pertanto, successo.

A completamento della disciplina, e in coerenza con la sua *ratio*, è stato accolto il suggerimento del Parlamento volto a prevedere l'inammissibilità della prova testimoniale e di deferimento del giuramento decisorio (art. 10, comma 1).



15. L'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99 (“*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*”) ha abrogato il vecchio art. 140-*bis* del Codice del consumo rubricato “Azione collettiva risarcitoria”, mai entrato effettivamente in vigore, introducendo quello che è l'attuale art. 140-*bis* disciplinante la c.d. “Azione di classe”⁸³, in vigore dal 1 gennaio 2010.

La *class action* è un'azione collettiva per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile, di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti individuali omogenei di una pluralità di consumatori o utenti.

L'istituto ha una forte valenza innovativa e mira non già ad evitare il processo quanto piuttosto a rafforzarne e valorizzarne le potenzialità quale strumento di tutela. A subire un mutamento è la prospettiva, non più di conflitto tra singoli bensì tra “molti”, occasionalmente uniti dalla comunanza di interessi contro lo stesso soggetto⁸⁴.

Si registra un atteggiamento fortemente remissivo da parte del singolo danneggiato il quale rinuncia, generalmente, all'azione. In questo “lasciar perdere” risiede il più appariscente *vulnus* nella concreta tutela del consumatore che ricade, più in generale, sull'efficienza stessa del mercato. Ed infatti, a fronte di danni di massa di scarso valore individuale, si realizza un considerevole arricchimento per chi realizza le condotte lesive, ogniqualvolta questo soggetto riesce a sottrarsi agli obblighi risarcitori.

⁸³ Sulla scelta della rubrica dell'articolo 140-*bis* cod. cons. cfr. G. ALPA, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in www.altalex.com, del 16/02/2010: «la rubrica della disposizione è intitolata all'azione di classe. Riferita alle persone, l'espressione “classe” è inusuale nel nostro lessico giuridico, e pertanto il suo significato deve essere costruito sulla base dello stesso contenuto della disposizione. Non possono essere utilizzati criteri sistematici, perché nell'ambito del codice del consumo altri strumenti processuali, come le azioni previste dagli artt. 139 e 140, sono rivolti alla tutela di “interessi collettivi dei consumatori”, e sono affidati non a rappresentanti di una classe bensì alle associazioni rappresentative dei consumatori inserite nell'elenco previsto dall'art. 137. Nell'ordinamento si contano diverse ipotesi di azioni a difesa di interessi di categoria – oltre alle azioni individuali promosse nell'ambito dello stesso giudizio da una pluralità di soggetti – ma nessuna disposizione che le riguarda può essere invocata per interpretare l'art. 140 bis, il quale è un unicum nel nostro universo processuale. Non si possono neppure assumere a modello o come indirizzo interpretativo le regole comunitarie, posto che una disciplina uniforme dell'azione collettiva non è ancora giunta a maturazione in ambito europeo, e neppure modelli stranieri, posto che ciascuno di essi ha una propria fisionomia. L'uso della formula “*class action*”, con cui per semplicità ci si riferisce anche allo strumento processuale italiano, è frutto di una semplice assonanza con la *class action* americana, e pur alludendo alla esperienza statunitense che fa capo alla Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure, che risalgono al 1938, non si può spingere più in là di una mera convenzione linguistica. Peraltro nelle esperienze europee questo strumento processuale è definito in vario modo, facendo riferimento, in particolare, ad un “gruppo” di soggetti».

⁸⁴ V. VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e impresa*, 1, 2010.



In caso di danni di carattere seriale ma di entità così lieve che non vale la pena per i soggetti lesi coinvolti di dedurli in giudizio isolatamente, l'aggregazione processuale delle pretese individuali a opera di un rappresentante abbatte in misura maggiore i costi di tempo e di denaro per far valere le singole pretese.

È da queste premesse che discende l'esigenza di introdurre strumenti di tutela collettiva che consentano di azionare, in un unico processo, le difese di interessi riconducibili ad una indefinita generalità di soggetti, annullando l'asimmetria tra i diritti riconosciuti in astratto dall'ordinamento positivo e la loro concreta realizzazione nel processo, così da elevare il grado di tutela "vivente" nel quotidiano dei consumatori, anche in virtù della funzione di deterrenza che la minaccia dell'iniziativa collettiva è in grado di esercitare nel dissuadere i comportamenti delle imprese scorrette.

Il rimedio delle azioni collettive di fronte ai cosiddetti *mass torts* nasce nel diritto anglosassone e si sviluppa negli ordinamenti di *common law* per mezzo delle *class actions*, azioni che consentono di tutelare nel medesimo giudizio una molteplicità di situazioni soggettive tra loro omogenee. Si tratta di un modello che non appartiene alla tradizione giuridica dei sistemi continentali europei e che, anzi, è sempre risultato difficilmente prospettabile al di fuori della prassi giudiziaria americana, ma che fa oggi parte, appunto, del Codice del consumo grazie al nuovo art. 140-*bis*.

Non vi è dubbio che tale istituto costituisca di per sé uno strumento di civiltà giuridica, assumente un forte vigore ed una valenza eminentemente sociale a favore di categorie danneggiate da comportamenti scorretti o illeciti e che quindi può valere a bilanciare gli effetti dannosi di tali comportamenti.

A contrario, l'utilizzo improprio della *class action* potrebbe determinare conseguenze dannose per le imprese chiamate in giudizio, dati i tempi non certo brevi della tutela giurisdizionale e l'eventuale incidenza mediatica sull'immagine dell'impresa stessa.

L'enorme casistica costituente presupposto per l'esperimento dell'azione collettiva, la molteplicità dei soggetti interessati alla stessa, la rilevanza, spesso anche sociale, delle circostanze che si possono porre a fondamento dell'azione di classe, pur in presenza di un filtro preventivo quale la pronuncia di ammissibilità dell'azione, varrebbero comunque a determinare l'instaurarsi di un contenzioso che i nostri Tribunali non sono certamente in grado di sopportare.

Sarebbe, pertanto, necessario valutare l'efficacia che potrebbe assumere l'istituto della conciliazione, inteso come strumento atto a porgersi efficacemente come ulteriore filtro preventivo, la cui gestione, demandata ad Organismi in possesso di specifici requisiti, vale indubbiamente, *in primis*, a deflazionare il contenzioso innanzi alla giustizia ordinaria e, per di più, costituisce un potente strumento di pacificazione sociale.



L'articolo 15 del d.lgs. 28/2010 regola, appunto, i rapporti tra la mediazione e l'azione di classe ai sensi del nuovo articolo 140-*bis*⁸⁵ del codice del consumo, stabilendo che quando è esercitata l'azione di classe la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

In linea generale, rispetto all'azione di classe la mediazione non costituisce mai, neppure nelle materie di cui all'articolo 5, comma 1, condizione di procedibilità della domanda. Al tempo stesso, l'azione di classe non preclude la mediazione.

Poiché tuttavia l'articolo 140-*bis* fa salvi i diritti individuali di coloro che non abbiano né promosso l'azione, né aderito alla stessa successivamente, la mediazione intervenuta tra attore e convenuto in un'azione di classe non sarà distinguibile da una normale mediazione individuale, facente stato tra le sole parti del procedimento.

Affinché la mediazione sia idonea a propagare i propri effetti oltre l'attore e il convenuto e possa atteggiarsi a "mediazione di classe", occorre attendere la scadenza del termine per l'adesione degli altri appartenenti alla classe medesima, ai sensi dell'articolo 140-*bis*, comma 9.

Solo la conciliazione intervenuta dopo tale data è idonea a coinvolgere tutti gli appartenenti alla classe che vi abbiano aderito.

Tuttavia, tale estensione non è automatica, né può esserlo, a pena di incoerenza con l'articolo 140-*bis*, comma 15, secondo cui le rinunce e le transazioni intervenute nell'ambito dell'azione di classe non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito⁸⁶.

Anche l'articolo 15 del decreto prevede pertanto che la mediazione di classe abbia effetto nei confronti dei soli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

Va ricordato, in ultima analisi, che la conciliazione non è un mero rimedio all'inefficienza della giustizia civile; al contrario, la sua prospettiva di successo è legata al recupero di efficienza di quest'ultima, alla sua capacità di offrire utilità ulteriori, pur rispetto ad un congruo sistema di risoluzione giudiziale delle controversie.

⁸⁵ Come modificato dal decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

⁸⁶ Sul tema della Conciliazione collettiva ai sensi del nuovo art. 140-*bis* del Cod. cons. cfr. G.: GITTI, A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140 bis C. cons. dalla l. n. 244 del 24 dicembre 2007 alla l. n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009.