



APPUNTI SULLA MEDIAZIONE ON-LINE

GIOVANNI MARIA RICCIO*

SOMMARIO: 1. NEGOZIAZIONE *BLIND-BIDDING* E NEGOZIAZIONE ASSISTITA. – 2. VANTAGGI DELLA MEDIAZIONE *ON-LINE*. - 3. LA DISCIPLINA COMUNITARIA. – 4. LA DISCIPLINA NAZIONALE.

1. La mediazione *on-line* può essere definita, in maniera onnicomprensiva, come quella forma di mediazione che si svolge senza la presenza simultanea delle parti, per mezzo di strumenti telematici¹. Tale forma di mediazione rientra tra le ODR, acronimo che indica le forme di *on-line dispute resolution* e che abbraccia al suo interno anche modalità di risoluzione delle controversie di natura aggiudicativa (ad esempio, l'arbitrato telematico).

La mediazione telematica si distingue in due figure: negoziazione automatizzata e negoziazione assistita.

La prima figura, anche nota come *blind-bidding*, sia ha nel caso in cui due o più parti inseriscono, all'interno di un sistema, il valore monetario al quale sarebbero disposti a concludere la lite esistente tra di loro². Laddove il valore dell'offerta di una parte ed il valore della controfferta dell'altra rientrino all'interno di un determinato intervallo – generalmente oscillante tra il 5 d il 30% - il sistema elabora automaticamente una proposta³.

Questo modello presenta due evidenti limiti. Innanzi tutto, è circoscritto alle controversie che si fondano unicamente su di un aspetto patrimoniale e che non

* Il presente scritto costituisce, con alcune lievi variazioni, il capitolo sulla mediazione *on-line* che sarà pubblicato nel volume A. Pera - G.M. Riccio (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, Cedam, 2011.

¹ In realtà, non esiste una visione univoca in tal senso. Secondo alcuni, si ha ODR nel caso in cui tutta la procedura si svolga *on-line*. Ad esempio, Consumers International: "Online dispute resolution [is] the term we use in this report for ADR services offered entirely by electronic means, without the need of the disputing parties to leave their home/offices". Consumers International "Disputes in Cyberspace. Update of online dispute resolution for consumers in cross-border disputes", November 2001, 4. In senso contrario, T. Schultz, *Online Dispute Resolution: an Overview and Selected Issues*, United Nations Economic Commission for Europe, Forum on Online Dispute Resolution, Geneva, 6-7 June 2002, 2.

² Tale figura è anche detta *blind mediation*, cfr. C. Troisi, *La mediazione obbligatoria alla luce del D. Lgs. 28/2010*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, p. 27 s. dove ulteriori indicazioni anche sulle modalità operative di tale forma di mediazione.

³ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a E. Katsh, *The New Frontier: Online ADR Becoming a Global Priority*, *Dispute Resol. Mag.* 6 (Winter 2000); D. Eidsmoe, *Calling Their Bluff: Settlement Rates Low but Hopes Still High for Online Resolution of Personal Injury Claims*, *Dispute Resol. Mag.* 9 (Winter 2000).



coinvolgono in alcun modo profili emotivi delle parti: difatti, tale strumento è adoperato principalmente nelle controversie assicurative, nelle quali il risentimento personale dei litiganti è minimo⁴.

In secondo luogo, il *blind-bidding*, non consentendo un incontro (seppur a distanza) tra le parti e non prevedendo l'esistenza di un mediatore, non consente in alcun modo di selezionare una possibile proposta che tenga conto dei concreti interessi delle parti.

Tale ulteriore profilo – ossia l'assenza di un mediatore – dovrebbe poi escludere che il verbale di conciliazione di una mediazione telematica *blind-bidding* possa essere disciplinato dal D. Lgs. 28/2010 e, in special modo, che tali verbali possano essere omologati dal Presidente del Tribunale competente ed avere efficacia esecutiva.

L'altra forma di mediazione *on-line*, convenzionalmente definita mediazione (o negoziazione) assistita, non differisce sostanzialmente rispetto alla "normale" mediazione, se non per il fatto che le comunicazioni tra le parti e con il mediatore avvengono per mezzo di strumenti telematici.

Naturalmente, lo strumento telematico concretamente utilizzato è tendenzialmente indifferente (al più i regolamenti degli organismi potrebbero imporre specifici requisiti), né tanto meno è richiesta la simultaneità nella presenza delle parti, per quanto sia strettamente consigliato. La mediazione, quindi, potrà svolgersi anche per mezzo del semplice scambio di e-mail tra le parti, così come per mezzo di una teleconferenza: l'elemento accomunante di tutte le fattispecie, e la loro riconducibilità nell'alveo della mediazione *on-line*, è dato dalla circostanza che si tratta di mediazioni che si svolgono *inter absentes* ossia tra soggetti che non si trovano fisicamente e contestualmente nello stesso luogo.

2. I vantaggi della mediazione *on-line* sono, principalmente, l'abbattimento dei costi transattivi legati alla procedura di mediazione (eventuali spese di trasferta per i mediatori, ma anche, in genere, dovrebbero essere ridotti i costi per gli avvocati) e, stando alle esperienze sviluppatesi nell'ambito dell'*e-commerce*, la riduzione dei tempi di giustizia.

Naturalmente, non tutte le controversie dovrebbero adattarsi bene alle opportunità offerte dagli strumenti telematici.

Analizzando i dati delle esperienze straniere (in particolare quella nordamericana) si nota che le controversie che hanno maggiori chance di successo sono quelle nelle quali è preponderante l'aspetto patrimoniale.

Si pensi, ad esempio, alla responsabilità medica; molto diffusa, però, è anche la mediazione nel settore assicurativo⁵.

⁴ Difatti è piuttosto diffuso un senso di scetticismo verso questa forma di mediazione. Cfr., *ex ceteris*, Gillieron, P., *From Face-to-Face to Screen-to-Screen: Real Hope or Fallacy?*, (2008) 23 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 301-343.

⁵ La r.c.a. rientra tra le materie per le quali la mediazione è condizione di procedibilità. Deve, però, osservarsi che il legislatore non ha chiarito in che modo la mediazione si intrecci col meccanismo dell'indennizzo diretto, lasciando aperto il campo a notevoli perplessità applicative.



Diversamente, altre materie paiono peggio prestarsi ad essere risolte con la mediazione *on-line*: il riferimento, per rimanere nell'ambito delle materie per le quali la mediazione è prevista quale condizione di procedibilità, è alle liti in ambito successorio, nelle quali l'elemento personale ed il possibile risentimento personale è spesso accentuato e nelle quali, dunque, l'opera del mediatore ed il tentativo di cercare di incidere sull'emotività delle parti sono particolarmente importanti.

3. Sebbene la mediazione *on-line* non sia espressamente disciplinata a livello comunitario, è innegabile che il legislatore comunitario abbia spinto verso forme di ADR che non richiedono la presenza simultanea delle parti.

Del resto, già la Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione «Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno» del 14 novembre 1996 individuava nella sproporzione tra il valore della controversia ed i costi giudiziari (peraltro accresciuti dal carattere sopranazionale delle liti) una delle barriere all'incremento degli scambi transfrontalieri e alla piena realizzazione del mercato interno.

Analogamente, il piano di azione *e-Europe*, approvato dal Consiglio europeo di Feira il 19-20 giugno 2000, aveva espressamente affermato che il commercio elettronico avrebbe potuto raggiungere le sue piene potenzialità solo incoraggiando la fiducia dei consumatori, anche per mezzo della promozione dell'accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

La debolezza delle transazioni transfrontaliere non pare essere venuta meno neanche a seguito delle due direttive sugli scambi via internet: la prima, la direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza, recepita dal D. Lgs. n. 185/99, poi confluito nel Codice del consumo (artt. 50 ss.)⁶, e la successiva, la direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico, recepita con il D. Lgs. 70/03, solo richiamato dall'art. 61 del Codice del consumo.

Una breve analisi del mercato, infatti, evidenzia impietosamente che il maggiore problema resta l'approccio "nazionale" dei consumatori. Gli scambi transfrontalieri (*rectius*: tra differenti Paesi appartenenti all'Unione europea) rappresentano l'8% delle transazioni che avvengono *on-line*: una percentuale minima, sebbene abbia registrato, nel corso del 2009, una crescita notevole, pari al 30%, rispetto all'anno precedente.

Allo stesso tempo, colpisce che il settore dell'*entertainment* sia quello nel quale si registra la spesa maggiore da parte dei consumatori (pari al 42%) e che, all'interno di

⁶ Su tali norme sia consentito rinviare a G.M. Riccio, *Contratti a distanza*, in Aa.Vv., *Commentario al Codice del consumo*, a cura di G. Sciancalepore – P. Stanzone, Milano, 2006 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.



quest'area, rivesta un peso predominante il settore dei giochi d'azzardo, che non rientra nell'ambito di applicazione oggettiva delle due direttive summenzionate⁷.

Anche gli altri settori che hanno beneficiato maggiormente delle opportunità offerte da internet sono solo marginalmente toccati dalla disciplina europea: si pensi, ad esempio, al turismo o all'elettronica di consumo, quest'ultima tendenzialmente esclusa dall'ambito applicazione oggettivo, atteso che l'art. 6, comma 3 della direttiva sulle vendite a distanza prevede che il diritto di recesso non trovi applicazione nel caso dei software⁸.

In tale contesto si è poi inserita la Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (2001/310/CE).

Tale raccomandazione – che anticipa taluni dei principi fatti propri dalla direttiva 52 del 2008 – sottolinea, tra l'altro, l'importanza degli strumenti di ADR *on-line* e la necessità che la risoluzione delle controversie, al fine di incentivare gli scambi via internet, debba essere “semplice, rapida e poco onerosa”, ricorrendo a strumenti elettronici di risoluzione delle controversie che non richiedano il “bisogno della comparizione fisica delle parti”.

In conclusione, è evidente che lo sviluppo della mediazione *on-line* potrebbe rappresentare, sia fatta passare l'espressione, la quadratura del cerchio, offrendo, in caso di controversie transfrontaliere, uno strumento vantaggioso, rapido e di facile utilizzazione.

4. Passando alla disciplina nazionale, deve osservarsi che il D. Lgs. 28/2010 contiene solo dei richiami occasionali alla mediazione telematica.

Il legislatore, infatti, si è limitato a stabilire, al comma 4 dell'art. 3, che “La mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo”.

Il secondo riferimento è contenuto nell'art. 16, al comma 3, dove si afferma che “L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati”.

Dal combinato disposto delle due norme si ricava che gli organismi non sono obbligati a predisporre un servizio di mediazione telematica: difatti, nel momento in cui si scrive, sono rarissimi i casi di enti che offrono tale servizi all'utenza.

La laconicità della disciplina legislativa è però censurabile e la discrezionalità rimessa agli organismi di mediazione appare eccessiva.

⁷ Cfr. art. 2, comma 4, lett. d) della direttiva n. 31 del 2000: “La presente direttiva non si applica [...] ai giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse”.

⁸ Per l'esattezza, il diritto di recesso non è applicabile nel caso di contratti “di fornitura di registrazioni audio e video, o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore”.



Innanzitutto, occorre ricordare che il verbale di conciliazione è un atto che ha natura negoziale; pertanto, nel caso di una contrattazione telematica, sarebbe stato opportuno specificare il momento della conclusione dell'accordo e, soprattutto, i requisiti della sottoscrizione.

L'art. 11, comma 3 del D. Lgs. 28/2010 si limita a prevedere che, in caso di raggiungimento dell'accordo tra le parti o di adesione alla proposta del mediatore, "si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere". La norma, quindi, non impone che la sottoscrizione avvenga simultaneamente, lasciando presumere che il mediatore possa redigere il verbale di conciliazione, che tale verbale sia inviato alle parti e che le stesse, dopo la sottoscrizione fisica, si impegnino a trasmetterne copia al mediatore con entrambe le firme.

È evidente, però, che tale farraginoso procedimento mal si coniuga con le esigenze di speditezza e con la necessità di abbattere le distanze fisiche. Occorre, quindi, ragionare sulle problematiche poste da una forma di mediazione che si svolga, dal principio al termine, *on-line*.

Il primo problema, come si accennava, è dato dalla sottoscrizione. Al riguardo, in assenza di indicazioni normative speciali, deve ritenersi che possa trovare applicazione la disciplina sulle firme elettroniche.

Più complessa, invece, è l'ipotesi prevista nell'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 11.

Il legislatore ha previsto un'ipotesi particolare, che consente di trascrivere il verbale di conciliazione, nel caso in cui le parti compiano uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c., a condizione che la sottoscrizione del verbale sia "autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato" (e, quindi, non necessariamente da un notaio).

Quid juris nel caso di sottoscrizione digitale?

È possibile ritenere che in questo caso che non sia necessaria un'autentica, dal momento che l'identità del soggetto sia assicurata dall'ente certificatore e, di conseguenza, sia comunque rispettata la finalità della disposizione?

Oppure occorre ritenere che sia richiesto un ulteriore passaggio, consistente nell'autenticazione della firma. E, in questa seconda ipotesi, deve ammettersi che questo adempimento debba essere realizzato, per dir così, *off-line*, recandosi materialmente presso un pubblico ufficiale oppure è possibile completare la procedura per via telematica, sfruttando le possibilità offerte dal Codice dell'Amministrazione digitale (CAD, D. Lgs. 7 marzo 2005 n. 82, così come recentemente modificato dal D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235)?⁹

⁹ Il CAD (Codice dell'Amministrazione digitale) è entrato in vigore il 25 gennaio 2011. Sull'argomento, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a G. Cassano – C. Giurdanella, *Il codice della Pubblica Amministrazione digitale*, Milano, 2005 (spec. il capitolo II su documento informatico e firme elettroniche), nonché, più recentemente, E. Belisario, *La nuova Pubblica Amministrazione Digitale*, Bologna, 2010; C. Giurdanella – E. Guarnaccia, *La riforma del processo amministrativo*, Bologna, 2010.



A nostro avviso, a tale dubbio potrebbe offrire una risposta l'art. 25 CAD, che secondo cui si ha per riconosciuta, ai sensi dell'art. 2703 c.c., “la firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.

Il secondo comma della norma specifica che “L'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico”.

In ogni caso, la questione, per quanto intrigante, è senz'altro complessa e meriterebbe uno spazio che non è dato riservarle in questa sede.

Di là da quella che possano essere le possibili conclusioni, non può non osservarsi, però, che probabilmente sarà necessario attendere del tempo (e, forse, delle Circolari ministeriali) per chiarire questo aspetto.

Difatti, già la possibilità di trascrivere il verbale di conciliazione sembra prestarsi a taluni problemi applicativi, considerando il fatto che la maggior parte dei soggetti preposti alla trascrizione non sono ancora a conoscenza di tale modifica legislativa e, verosimilmente, si troveranno impreparati dinanzi alle prime richieste di trascrizioni (considerando altresì che la norma in esame non ha, forse sorprendentemente, incontrato l'interesse della dottrina)¹⁰.

La problematica, poi, si complica nel caso dell'autentica per via elettronica, attesa l'incertezza legislativa al riguardo. Al riguardo, pare plausibile ritenere che la trascrizione del verbale di conciliazione formato telematicamente sia, al momento e purtroppo, ipotesi di scuola, difficilmente realizzabile nella pratica.

Analoghi problemi sorgono nel caso dei regolamenti degli organismi iscritti al registro del Ministero della Giustizia.

Preliminarmente, deve notarsi che anche la normativa regolamentare contempla in maniera del tutto marginale la mediazione telematica: anzi, a ben vedere, l'approccio del legislatore risulta essere finanche penalizzante, se si considera che l'unico richiamo è contenuto nell'art. 7 del D.M. 180/2010, al comma 4, dove si fa divieto ai regolamenti degli organismi di prevedere che l'accesso alla mediazione si svolga unicamente attraverso modalità telematiche.

Il comma 6 dell'art. 7 riconosce alle parti il diritto di accesso agli “atti depositati dalle parti nelle sessioni comuni” ovvero ai propri “atti depositati nella propria sessione separata”. In questo caso, deve ritenersi che la prescrizione normativa sia adempiuta inviando alle parti copia dei documenti via posta elettronica.

¹⁰ Tuttavia, sul punto v. E. Fabiani – M. Leo, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Judicium*, 2010, in particolare i parr. 8 e ss.



A tal proposito, deve precisarsi che, a parere di chi scrive, le comunicazioni a mezzo e-mail possano avvenire anche senza l'utilizzo obbligatorio della PEC (posta elettronica certificata). Naturalmente, eventuali prescrizioni potrebbero variare in relazione alle scelte che ogni organismo deciderà di adottare nel proprio regolamento: potrebbero, quindi, registrarsi anche significative differenze, a seconda che il regolamento di procedura scelga di consentire delle comunicazioni per mezzo della semplice e-mail ovvero imponga dei requisiti formali differenti.

Deve osservarsi, tuttavia, che né il D. Lgs. 28/2010, né il decreto di attuazione prescrivono particolari formalismi per la convocazione delle parti o per le ulteriori comunicazioni da inviare alle parti stesse.

Pertanto, anche in considerazione della scarsa diffusione della PEC tra i potenziali utenti del servizio di mediazione, è forse da consigliare agli organismi di non irrigidire le proprie procedure con aggravii tecnologici, forse inutili per le finalità della procedura adottata.