



## **MEDIATION. COMPOSIZIONE CONTRATTUALE DELLE CONTROVERSIE E INTERVENTO DEL TERZO**

**di Daniela Noviello**

GIANLUCA DI FILIPPO

1. Il volume “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*”, di Daniela Noviello, arricchisce la collana “Comparazione e Diritto Civile”, diretta da Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone, di un altro prezioso contributo. La monografia affronta con apprezzabile rigore scientifico alcuni profili di una tematica che occupa un ruolo centrale nell’odierno dibattito dottrinario: quella delle *Alternative Dispute Resolutions*. L’oggetto dell’indagine condotta dall’Autrice, potenzialmente vastissimo, è meglio individuato dal sottotitolo della pubblicazione, “composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo”: invero, l’analisi – che consta di quattro capitoli – è incentrata sulle modalità di composizione contrattuale delle controversie tra privati. Nel trattare il predetto tema, l’Autrice – come suggerisce il titolo del volume, “*Mediation*” – muove dallo studio dello strumento alternativo di risoluzione delle liti che più d’ogni altro ha negli ultimi anni animato vivaci discussioni – peraltro ancora ben lontane dall’approdare ad un esito condiviso –: la mediazione. Orbene, dalle pagine dedicate alla *mediation* traspare con nitore la vocazione di Daniela Noviello al metodo comparatistico: accurata, infatti, è la ricostruzione della disciplina delle ADR approntata nei sistemi di common law. In particolare, la monografia delinea plasticamente i tratti salienti della normativa della *mediation* vigente nell’ordinamento inglese, ove un’alta percentuale delle controversie non confluisce in un vero e proprio processo formale (*trial*) e la maggior parte delle cause non viene risolta da una decisione giudiziale (*judgment*), ma viene composta mediante accordi tra le parti (*agreement* o *settlement*). A tal riguardo, non prima di aver opportunamente rimarcato che in Inghilterra “*l’incoraggiamento della risoluzione alternativa delle controversie deve rappresentare la filosofia dello stesso giudizio ordinario*”, l’Autrice ora indugia sulle clausole c.d. *Multi-tiered Dispute Resolution Agreement*, “mediante le quali le parti si impegnano a tentare in buona fede di comporre la controversia seguendo un percorso composto da più fasi”, ora s’interroga sull’accezione da attribuire – tra le molte possibili – alla parola “*settlement*” nell’ambito della materia delle ADR, ora – ancora – tratteggia la sagoma del *mediator* così come elaborata dalla dottrina inglese. Degno di nota, inoltre, il quadro sinottico affrescato tra le pagine del primo capitolo, nel quale sono descritti i meccanismi processuali finalizzati a favorire la composizione extragiudiziarie delle controversie previsti dalle *Civil Procedure Rules*, che – come



puntualmente osservato – *“appaiono manifestamente improntate ad una sorta di favor per le modalità di risoluzione alternativa delle controversie”*.

Non meno attenta è l'indagine condotta da Daniela Noviello sulla disciplina della mediazione vigente nell'ordinamento italiano. A tal riguardo, si rivela particolarmente proficua la scelta metodologica di operare un costante confronto tra il giudizio ordinario e la mediazione: tale impostazione, invero, consente al lettore di cogliere immediatamente le numerose differenze sussistenti tra le due predette forme di risoluzione della controversia, nonché le profonde divergenze intercorrenti tra i principi cui sono rispettivamente informate.

Dopo aver opportunamente fornito alcune preliminari nozioni definitorie, l'Autrice si sofferma sull'analisi della struttura della mediazione delineata dai formanti presenti nel nostro sistema giuridico, mettendo in risalto come questa tecnica ADR debba essere considerata una modalità di composizione contrattuale dei reciproci interessi delle parti. L'accento, dunque, è posto sui concreti interessi dei soggetti coinvolti nella lite, che costituiscono *“proprio ciò che il mediatore è chiamato a realizzare: il vantaggio della mediazione, rispetto agli strumenti giudiziali di risoluzione delle controversie, è rappresentato proprio dalla possibilità di realizzare tali interessi personali”*. In siffatta prospettiva, l'oggetto della mediazione viene individuato proprio nel conflitto di interessi sotteso alla vicenda giuridica controversa. La predetta conclusione influisce in maniera determinante sull'atteggiarsi del ruolo attribuito al mediatore: questi, infatti, è chiamato – non già all'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, né all'accertamento del torto e della ragione, bensì – a tentare la composizione della controversia *“mediante l'individuazione di un'ipotesi di accordo sulla vicenda litigiosa che realizzi gli interessi concreti delle parti in lite”*. Una volta tessuta – intrecciando sapientemente tanto le più accreditate elaborazioni dottrinali quanto le pronunce giurisprudenziali più significative – l'intelaiatura del procedimento di mediazione, l'Autrice conclude l'indagine dedicata al suddetto procedimento passando in rassegna – non limitandosi però ad enumerarli, bensì specificandone portata e contenuti – i principi generali che informano tale tecnica di ADR.

Benché i primi due capitoli di *“Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo”* – oltre a ricostruire in maniera puntuale la struttura della mediazione tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello inglese – offrano al lettore non pochi spunti di riflessione, quelli connotati da maggiore originalità sono certamente gli ultimi due. In essi, invero, Daniela Noviello s'interroga sulla natura giuridica dell'arbitrato irrituale, nonché sulla collocazione da assegnargli nell'ambito della tradizionale tassonomia delle modalità alternative di risoluzione delle controversie. Nel cercare di fornire una risposta a tali *vexatae quaestiones*, l'A. muove da un'analisi storica, ripercorrendo le tappe più significative del processo di emersione ed affermazione di forme interamente private di arbitrati finalizzati alla composizione contrattuale delle liti, alternativi non soltanto alla giustizia ordinaria, ma anche all'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile. A tal riguardo, grande rilevanza



è attribuita all'istituzione – verso la fine del 1800 – di collegi arbitrali permanenti presso le Camere di Commercio e presso le associazioni di categoria di diverse città del Regno, davanti ai quali le controversie potevano essere risolte non solo mediante l'applicazione delle disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato, ma anche secondo modalità disciplinate da appositi regolamenti. Tratto connotante dei predetti arbitrati “alternativi” viene opportunamente ravvisato nella circostanza per la quale la decisione del terzo – pur restando un atto privato dello stesso – era ritenuta vincolante dalle parti della controversia. A tal proposito, convincenti paiono le riflessioni dell'A. in ordine alle ragioni in virtù delle quali la decisione emessa all'esito di arbitrati “alternativi” risultasse essere *de facto* vincolante *inter partes*: infatti, si sostiene che la vincolatività del lodo emanato dagli arbitri non rituali – atto di per sé non autoritativo, poiché non omologato giudizialmente – derivasse dalla previsione di sanzioni disciplinari particolarmente severe (esclusione dall'associazione, pubblicazione della notizia della mancata ottemperanza alla decisione arbitrale, ecc.) per coloro che non avessero rispettato le statuizioni contenute nello stesso.

Altro momento che ha scandito in maniera determinante la storia dell'arbitrato irrituale nell'ordinamento italiano è individuato dall'A. nella pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, con la quale si sancì l'ammissibilità – sino ad allora da molti negata, poiché l'attività di giudizio si riteneva riservata alla giurisdizione statale – di modalità per la decisione delle controversie integralmente regolate da fonti di matrice privatistica. Orbene, l'A. compie un'attenta analisi della predetta pronuncia – convenzionalmente indicata come “*il momento di nascita dell'arbitrato irrituale, quale forma procedimentale destinata alla risoluzione delle controversie su base negoziale*” –, facendo emergere le *rationes* che indussero il Supremo Collegio a porre in essere la descritta rivoluzione copernicana.

Una volta ripercorso – con una sinteticità che non mortifica il rigore e la completezza dell'analisi – il tortuoso *iter* che ha condotto all'affermazione nel sistema giuridico italiano dell'arbitrato irregolare, l'A. si cimenta con la complessa opera di “*ricostruzione strutturale*” della fattispecie *de qua*. Nel tentativo di render fecondo il predetto sforzo ricostruttivo, vengono passate in rassegna le più accreditate teorie e le più significative pronunce giurisprudenziali in ordine alla natura giuridica dell'arbitrato irrituale: alle volte configurato come modalità di composizione delle controversie su base contrattuale (ora secondo lo schema del mandato, ora secondo schemi negoziali autonomi), altre come modalità per la risoluzione delle liti mediante decisione del terzo. Orbene, l'Autrice, non prima di aver lasciato intendere di optare per l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria per il quale alla fattispecie *de qua* debba essere riconosciuta natura negoziale, osserva opportunamente che la descritta disputa ermeneutica non sia una questione puramente speculativa, in quanto “*dalla configurazione dell'arbitrato irrituale quale modalità per la composizione delle controversie su base contrattuale ovvero quale strumento per la risoluzione mediante decisione discendono conseguenze sul piano della disciplina concreta della figura*”. Siffatta prospettazione – certamente da



condividere, poiché ogni definizione, per quanto possa apparire “neutrale”, priva di qualsivoglia valenza semantico/descrittiva, implica ineludibilmente una caratterizzazione dell’istituto cui è riferita – è poi adeguatamente argomentata mediante l’illustrazione del diverso atteggiarsi del regime giuridico dell’arbitrato irrituale che comporterebbe l’adesione all’una piuttosto che all’altra impostazione ermeneutica. A tal riguardo, l’A. evidenzia segnatamente come dalle determinazioni in ordine alla configurazione dell’arbitrato irrituale dipenda l’applicabilità allo stesso della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l’esecuzione dei lodi arbitrali stranieri.

Il terzo capitolo del volume in commento si chiude con alcune interessanti riflessioni sull’incidenza dell’evoluzione normativa in materia di arbitrato rituale sulla disciplina dell’arbitrato irrituale. A tal proposito, l’A. giunge alle proprie conclusioni ragionando in punta di sillogismo. Infatti, muovendo dalla considerazione per la quale dottrina e giurisprudenza – in mancanza di espresse indicazioni normative – “*sovente hanno individuato le specifiche caratteristiche dell’arbitrato irrituale per differenza con l’arbitrato rituale*”, Daniela Noviello ritiene che gli interventi legislativi che hanno modificato la disciplina di quest’ultima fattispecie abbiano – ed è qui che si chiude il sillogismo – “*indirettamente inciso sulla configurazione dell’arbitrato irrituale*”.

Nel capitolo conclusivo di “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*”, l’A. torna più diffusamente sulle difficoltà incontrate dagli interpreti – anche dopo la rammentata sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 1904 – nel riconoscere legittimità all’arbitrato irrituale. Invero, come opportunamente osservato, “*l’ostacolo concettuale era costituito dalla difficoltà di ammettere che il terzo (privato) potesse essere investito di un potere giurisdizionale in ordine alla questione controversa tra le parti, e (soprattutto) che l’atto da quello prodotto (il lodo) potesse essere vincolante inter partes*”. Orbene, proprio al fine di superare il predetto ostacolo, sono state elaborate “*sofisticcate e complesse ricostruzioni interpretative*”, sulle quali Daniela Noviello si sofferma dettagliatamente, dedicando considerevole attenzione – tradottasi nel capitolo più corposo dell’opera in commento – all’analisi di ciascuna di esse. La trattazione, dunque, procede illustrando ora le tesi favorevoli all’ammissibilità dei lodi negoziali, ora quelle contrarie, ora quelle intermedie, secondo le quali all’arbitrato irrituale “*non poteva riconoscersi legittimazione con l’ampiezza che normalmente si riconosceva all’arbitrato rituale*”.

Esaurito l’esame delle numerose prospettazioni teoriche prese in considerazione, l’A. si domanda se l’arbitrato libero debba essere configurato “*secondo forme tipicamente processuali*?”. Nel tentativo di fornire una risposta al predetto interrogativo, Daniela Noviello osserva preliminarmente che all’arbitrato irrituale non possa non riconoscersi carattere procedimentale, ritenendo che optare per siffatta impostazione rappresenti presupposto indefettibile per garantire l’ordinato svolgimento dell’attività dell’arbitro. Muovendo da tale assunto, l’A. ha poi sostenuto che la configurabilità dell’arbitrato irrituale “*secondo forme tipicamente processuali*?” dipenda



dalle determinazioni in ordine alla natura riconosciuta alla figura *de qua*. Invero, come testualmente affermato, “*se si considera l’arbitrato irrituale come uno strumento destinato alla formazione di un accordo contrattuale, è sufficiente predisporre forme procedurali; se lo si considera come una modalità per la formazione di una decisione, allora si impone l’adozione di forme processuali e, segnatamente, il rispetto del principio del contraddittorio*”.

Interessanti i rilievi compiuti dall’A. in ordine alle riflessioni della dottrina circa l’applicabilità o meno all’arbitrato irrituale – prima della promulgazione del d.lgs. n. 40/2006 – della disciplina processuale: anche l’esito di tale disputa ermeneutica viene posto in connessione – e non potrebbe essere diversamente – con la scelta della natura da attribuire all’arbitrato irrituale per la quale si è optato.

Negli ultimi due paragrafi del volume in commento, Daniela Noviello approda alle proprie considerazioni conclusive. L’A. – sulla scorta delle argomentazioni sviluppate nelle precedenti pagine della monografia – giunge a sostenere che la natura privatistica dell’arbitrato irrituale non sia inconciliabile con la “*sostanza di decisione*” che la dottrina maggioritaria ha recentemente riconosciuto alla fattispecie *de qua*. Dunque, secondo l’A., l’essenza privatistico/negoziale dell’istituto “*non è incompatibile con l’espletamento di un’attività di giudizio*”. In virtù di siffatta prospettazione, Daniela Noviello non esita a configurare l’arbitrato irrituale come “*un’autonoma forma alternativa di composizione contrattuale delle controversie non aggiudicativa, benché fondata su un criterio di giudizio*”. In quest’ottica, “*il giudizio è assunto quale criterio per la formazione dell’accordo che pone fine alla controversia*”.

Alle conclusioni elaborate dall’A. deve essere riconosciuto il merito di aver reso l’arbitrato irrituale finalmente *libero*; libero dalle tradizionali classificazioni che, nel tentativo di valorizzarne uno soltanto dei caratteri strutturali (negozialità piuttosto che “*applicazione di un criterio di giudizio*”), finivano inesorabilmente per mortificare la natura complessa della fattispecie in commento.

Sfogliata l’ultima pagina di “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*”, opera nella quale, in una prospettiva comparatistica, si intrecciano – senza però generare soluzioni di continuità narrative – profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, si ha l’impressione che il portato dell’indagine cui giunge Daniela Noviello sia coerente con le tesi argomentate nel corpo della monografia *de qua*.

Il volume in commento – nel quale l’A. si mostra attenta, come da insegnamento della Scuola in cui si è formata, non soltanto al dettato delle norme ed alle statuizioni delle sentenze prese in esame, ma anche ad una ponderata valutazione degli interessi sottesi alle scelte ermeneutiche compiute – appare come un lavoro maturo, consegnatoci all’esito di un lungo percorso di studio e di approfondimento dell’eterogeneo universo delle tecniche ADR.

Ebbene, come il mediatore – moderno Giasone – conduce le parti alla risoluzione della controversia in cui sono coinvolte, così Daniela Noviello offre al lettore una preziosa guida per orientarsi tra le onde del tumultuoso *mare magnum* delle ADR.

