

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Departamento de Derecho civil Universidad de Sevilla

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Quaderni di conciliazione

– Serie Monografica –

1

CARLO PILIA

LA MEDIAZIONE VOLONTARIA

N. 1



Cagliari - 2012

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-059-9

LA MEDIAZIONE
VOLONTARIA

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Francesco Cordopatri (Università di Cagliari); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Carlo Pilia (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

Quaderni di conciliazione
– Serie Monografica –

1

CARLO PILIA

LA MEDIAZIONE VOLONTARIA



Cagliari - 2012

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2012

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R. (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-059-9

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
Press Color - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

a Sarah

INDICE

F. Sitzia, <i>Presentazione</i>	Pag.	9
Introduzione	»	11
CAPITOLO I - LE NORMATIVE EUROPEE SULLE ADR IN MATERIA DI CONSUMO	»	25
1. La raccomandazione 1998/257/CE	»	25
2. La raccomandazione 2001/310/CE	»	33
3. La proposta di direttiva ADR	»	42
4. La proposta di regolamento ODR	»	58
CAPITOLO II - LA DIRETTIVA 2008/52/CE SULLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE	»	69
1. Gli obiettivi e i principi generali	»	69
2. Le definizioni di mediazione e di mediatore	»	79
3. Gli aspetti disciplinati	»	89
CAPITOLO III - L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA E LA RIFORMA DEL SISTEMA CONCILIATIVO	»	99
1. Le principali scelte normative	»	99
2. Il regime del servizio della mediazione	»	105
3. L'assistenza nella risoluzione delle controversie	»	120
CAPITOLO IV - LA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE	»	133
1. L'accesso al procedimento	»	133
2. La mediazione	»	144
3. La conciliazione	»	157
CAPITOLO V - LA VOLONTARIETÀ DELLA MEDIAZIONE	»	171
1. La risoluzione del Parlamento europeo	»	171
2. Le osservazioni della Commissione europea	»	177
3. La pronuncia della Corte costituzionale	»	190

PRESENTAZIONE

Col presente contributo, che vede la luce ad appena alcune settimane dalla pubblicazione del terzo Volume dei Quaderni di Conciliazione, s'inaugura una nuova sezione della nostra Collana, dedicata esclusivamente ai lavori monografici. Si tratta di un passo importante per la realizzazione di quel progetto scientifico culturale che ha avuto inizio nel dicembre 2010 e che ha prodotto risultati di un certo rilievo che ho già avuto modo di presentare nella prefazione al terzo Volume. Proprio in questi ultimi giorni si è, peraltro, verificato, com'è noto, un evento particolarmente significativo per le sorti della mediazione nel nostro Paese: la Corte costituzionale ha, infatti, dichiarato la illegittima costituzionale per eccesso di delega della cosiddetta "mediazione obbligatoria". Da giuristi, non possiamo che attendere doverosamente le motivazioni della sentenza e i conseguenti provvedimenti che saranno adottati dal nostro legislatore. Fin d'ora possiamo però affermare che l'esigenza di contribuire a creare e diffondere una nuova cultura in materia di mediazione esce rafforzata piuttosto che indebolita dalla nostra sentenza. Nel momento in cui il tentativo di conciliazione perde il suo carattere coattivo, l'esigenza di una diffusione del nostro istituto potrà, infatti, fare leva solo sull'intimo convincimento che la mediazione volontaria è in grado di offrire un percorso attraverso il quale numerosi conflitti possono giungere in tempi brevi ad una composizione negoziale che riesca a contemperare in modo soddisfacente gli interessi delle parti.

In questa ottica, appare sempre più necessario che il nostro discorso si allarghi ad una dimensione europea, perché solo un simile ampliamento di orizzonti ci potrà consentire di riflettere approfonditamente su numerose problematiche che, pur presen-

tando in Italia delle evidenti specificità, sono ormai problematiche comuni a tutti i Paesi del nostro continente e formano oggetto di interesse specifico da parte del legislatore europeo. Non a caso, il pregevole lavoro monografico dell'amico Carlo Pilia, con il quale si apre questa sezione della nostra Collana, dedica ampio spazio all'individuazione delle grandi direttrici che possono cogliersi nella normativa europea.

Infine, mi è particolarmente gradito segnalare che, a partire da questo volume, la nostra Collana si presenta, anche formalmente, come il risultato della collaborazione scientifica tra Istituzioni appartenenti a diversi Paesi. Il Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado dell'Università di Siviglia ha, infatti, ritenuto di accogliere il nostro invito a figurare, accanto al Dipartimento di Giurisprudenza ed alla CCIAA di Cagliari, tra i promotori ed i responsabili scientifici dei Quaderni di conciliazione.

Cagliari, ottobre 2012

Il presidente del comitato scientifico
Francesco Sitzia

INTRODUZIONE

Un momento assai significativo dell'avanzato processo di costruzione del diritto privato europeo¹ è costituito dalla recente riforma della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale² che, a differenza di altri passaggi normativi non meno importanti ma rimasti in gran parte trascurati se non addirittura ignorati, pare suscitare fervido interesse, provocare forti reazioni e stimolare puntuali riflessioni tra pratici e teorici³.

¹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24 maggio 2008, p. 3, alla quale è dedicato il capitolo II.

² Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, in GU n. 53 del 5 marzo 2010, che sarà analizzato in maniera approfondita nei capitoli III e IV.

³ Tra le tantissime opere collettanee dedicate alla disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, v. AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile* a cura di F. Ruscetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011; AA.Vv., *La mediazione nelle liti civili e commerciali* a cura di P.L. Amerio, E.M. Appiano, L. Boggio, D. Comba, G. Saffirio, Milano, 2011; AA.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione n. 1* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione n. 2* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione n. 3*, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2012; AA.Vv., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; AA.Vv., *La mediazione* a cura di G. Cassano, S. Defranciscis, C. De Luca, L. Giannone, Padova, 2012.

Il dato rilevato, in primo luogo, colpisce e sorprende non poco in quanto si staglia sul profluvio normativo che sconquassa il quadro complessivo e ingenera l'indifferenza verso l'ennesima novità, subito superata e confusa tra le innumerevoli disposizioni che soffocano, piuttosto che alimentare l'ordinata evoluzione del sistema giuridico europeo. In secondo luogo, l'osservazione stimola la curiosità e la ricerca sulle ragioni dell'attenzione verso la riforma della mediazione civile e commerciale e, quindi, sospinge l'approfondimento dell'indagine per verificare se le stesse siano effettivamente giustificate e quale concreto fondamento trovino.

La lettura delle varie norme, prima che lo studio dei numerosi contributi dottrinali e delle significative pronunce giudiziarie in materia, rende la piacevole sensazione che in questo caso, come sempre dovrebbe accadere ma meno di frequente capita, per un verso, il legislatore affronti problematiche reali, avvertite come tali da tanti poiché riferite alla generalità dei soggetti e di cui ciascuno riesce ad avere immediata percezione, e, per altro verso, adottati soluzioni semplici e al contempo incisive che, benché formulate con un linguaggio tradizionale, rimandano a meccanismi compositivi innovativi che nella cornice europea trovano una collocazione unitaria e devono essere analizzati ed applicati in maniera tendenzialmente uniforme. I riferimenti al mercato unico, agli spazi europei, agli scambi transnazionali e alle nuove regole contrattuali da rispettare trascendono l'ambito commerciale per assurgere a paradigmi normativi di carattere generale riferibili alle dinamiche dell'intera società civile, che ne mutua le problematiche insieme alle tecniche giuridiche di composizione dei conflitti. La costruzione e lo sviluppo del mercato europeo, per tanti versi, partecipano della più ampia tendenza all'affermarsi della dimensione transnazionale nelle relazioni umane, che non sono circoscritte allo scambio di merci diretto a perseguire scopi commerciali, ma abbracciano tutte le condotte esterne comunque finalizzate a sviluppare le sfere interpersonali economiche e sociali dei soggetti che abbisognano di altrettanti meccanismi di coesione efficienti, partecipati e condivisi. L'abbattimento delle barriere municipali, con lo scavalciamento dei corrispondenti ordinamenti interni, infatti, è vicenda di estrema rilevanza e di più ampia portata giuridica sul piano delle dinamiche relazionali e sociali che si innescano e si sviluppano anche in termini conflittuali e degenerativi. Da un lato, si afferma

la libera circolazione dei beni e dei servizi, oltre che delle imprese che li distribuiscono, alimentando la concorrenza dei mercati e la libertà di scelta per i consumatori che acquistano, ma per tutti i soggetti trova pure riconoscimento un maggiore spazio di movimento che favorisce l'autodeterminazione di ciascuno e l'esplicazione della propria personalità attraverso lo svolgimento di tutte le attività assentite. Dall'altro lato, si determina il conseguente superamento delle regole interne di diritto sostanziale e processuale, dei corrispondenti apparati giudiziari e comunque dei tradizionali meccanismi risolutivi dei conflitti che operano nel campo chiuso dei singoli ordinamenti statali.

In ambito europeo, ancor più che in quelli nazionali, è avvertita l'esigenza che le discipline contrattuali settoriali e generali concernenti gli scambi dei beni e dei servizi siano supportate da adeguati strumenti di tutela che rispettino la posizione di ciascuno dei contraenti, specie di quelli più deboli⁴, ma al contempo salvaguardino la continuazione dei rapporti commerciali e, quindi, l'efficienza e lo sviluppo del mercato sempre più aperto, affollato e complesso⁵. L'integrazione e la coesione economica oltre che sociale dell'Europa⁶, infatti, presuppongono l'adozione di un insieme di iniziative che garantiscano l'accesso alla giustizia e l'effettività della tutela dei diritti, che le istituzioni dell'Unione e degli Stati membri non devono realizzare solamente per il tramite degli apparati giudiziari e amministrativi pubblici all'uopo apprestati, ma principalmente provvedendo a che nascano, si strutturino e funzionino moderne e affidabili reti di sistemi compositivi di qualità, capaci di erogare servizi di assistenza nella gestione dei conflitti e delle controversie ai quali i contendenti interessati possano liberamente rivolgersi⁷.

⁴ Con riferimento alle normative europee sulle ADR in materia di consumo, v. diffusamente *infra* capitolo I.

⁵ V. gli iniziali considerando della direttiva 2008/52/CE.

⁶ Sulla coesione sociale nel processo di integrazione europea, di recente, v. G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2012, p. 906 ss.; *Id.*, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 7, 2012, p. 487 ss.; G. GRISI, *Diritti e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2, 2012, p. 131 ss.

⁷ In proposito si segnalano due recenti proposte formulate dalla Commissione europea: la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio

L'importanza dell'intervento normativo, inoltre, si coglie per la precisa scelta di politica del diritto orientata verso la tutela extragiudiziale incentrata sulla mediazione in materia civile e commerciale, della quale sono stati chiaramente fissati i principi generali che la ispirano e le regole cardine di funzionamento. La mediazione, infatti, è ritenuta la misura maggiormente adeguata a soddisfare le esigenze di tutela provenienti dai nuovi scenari economici e sociali, nei quali le relazioni giuridiche spesso oltrepassano la dimensione municipale e, pertanto, non paiono assoggettabili in maniera autoritaria alle disposizioni sostanziali e processuali di uno degli Stati membri, ma necessitano di meccanismi risolutivi comuni che, al pari delle regole degli scambi, siano condivisi in ambito europeo, nel rispetto delle esigenze protettive e delle scelte compositive di ciascun utente.

Il legislatore europeo, pertanto, con la disciplina della mediazione civile e commerciale affronta la problematica dei conflitti inerenti alle relazioni transnazionali, al fine di favorirne l'efficiente e rapida risoluzione⁸. Impregiudicati i sistemi giudiziari nazionali e le corrispondenti norme processuali di funzionamento e coordinamento, si è preferito intervenire sulla tutela extragiudiziale che, nel rispetto dei requisiti qualitativi normativamente imposti, rimette agli stessi contendenti l'individuazione e la diretta gestione del meccanismo negoziale di composizione prescelto tra quanti siano resi accessibili in Europa. La mediazione assurge così a principale e generale meccanismo di tutela extragiudiziale dei diritti disponibili delle imprese e dei cittadini che, benché prescritto con riguardo alle relazioni transnazionali, si insinua anche in quelle operanti in ambito nazionale⁹. L'affidare la composizione delle controversie alla mediazione prima che

sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori) e la collegata proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori). Tali proposte, insieme alle altre normative sui principi applicabili alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, sono illustrate nel capitolo I.

⁸ Considerando n. 6 direttiva 2008/52/CE.

⁹ Considerando n. 8 direttiva 2008/52/CE.

alla giurisdizione esprime una precisa scelta politica che si dimostra pienamente coerente con i principi europei e, per un verso, si giustifica per la maggiore efficienza e adeguatezza rispetto alle esigenze delle parti e, per altro verso, garantisce soluzioni dei conflitti condivise e perciò più gradite e durature rispetto a quelle imposte autoritativamente¹⁰.

La preferenza del legislatore europeo verso il nuovo istituto della mediazione, inoltre, è accompagnata dalla prescrizione di uno statuto generale vincolante che nelle legislazioni nazionali dovrebbe declinarsi in regole di concreto funzionamento, senza che siano attenuate le garanzie minime, né alterata la natura giuridica volontaristica¹¹. A livello europeo si impone uno strumento unitario e duttile di risoluzione alternativa dei conflitti, un nuovo meccanismo contrattuale diretto a svolgere nei rinnovati contesti economici e sociali una classica funzione dell'autonomia privata di composizione condivisa, assistita e garantita delle controversie¹².

A questo proposito, nella mediazione si coglie l'affermarsi di tendenze più generali del diritto europeo dei contratti¹³, a cominciare da quella legata alla prospettiva rimediata sottolineata dall'assurgere, per tanti aspetti, la soluzione concordata a momento costitutivo delle situazioni tutelate e non già solamente attuativo o di mera esecuzione delle stesse¹⁴. Dal piano giuridico della configurazione della disciplina sostanziale e, perciò, dalle fattispecie normative astratte attributive dei diritti legalmente riconosciuti e potenzialmente meritevoli di tutela, in base alla tendenza segnalata, gli interventi normativi si orientano verso il piano attuativo per dare rilevanza anche per il tramite di clausole generali e di contestualizzazione della relazione alla succedanea fase conflittuale. Con la mediazione, infatti, la concreta gestione della controversia viene assoggettata ad un procedimento dialet-

¹⁰ Considerando n. 6 direttiva 2008/52/CE.

¹¹ Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE.

¹² In particolare, v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Milano, 1975.

¹³ AA.VV., *Remedies in contract. The common rules for a european law* a cura di G. Vettori, Padova, 2008; C. CATRONOVO, S. MAZZAMUTO, in AA.VV., *Manuale di diritto europeo* a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, p. 1 ss.

¹⁴ Considerando n. 6 direttiva 2008/52/CE.

tico, garantito e assistito di ridefinizione concordata dei contenuti della tutela effettivamente spettante, quale risulta reciprocamente riconosciuta tra gli stessi contendenti che si contrappongono nella lite. Solo in mancanza di un accordo, quindi, soccorrono in via residuale e perciò sussidiaria i meccanismi etero-compositivi, compresi quelli della giurisdizione, che nello stabilire se e quale tutela spetti a ciascuna posizione non possono comunque prescindere dalla valutazione del procedimento di mediazione. Quest'ultimo, in ogni caso, arriva certamente a influenzare se non addirittura a stabilire l'effettivo contenuto della tutela spettante ai contendenti in base all'ordinamento giuridico.

L'attuazione forte data in Italia alla direttiva europea sulla mediazione ha suscitato un vastissimo interesse specialmente nel mondo produttivo e delle professioni nel quale si è aperto il più ampio confronto, a momenti spinto ai limiti dello scontro più acceso, che ha registrato marcate divisioni e nette contrapposizioni riferite principalmente al merito delle soluzioni adottate, piuttosto che alla necessità di operare una profonda e sistematica riforma che, invece, costituisce valutazione generalmente condivisa. La riforma italiana si connota principalmente per avere stabilito l'imposizione generalizzata della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria¹⁵ per una vastissima area di contenzioso civile comprendente non solo le controversie transnazionali ma anche quelle interne¹⁶. Con la disciplina della mediazione è stata colta l'occasione per intervenire in maniera organica a monte del sistema giudiziario nazionale affetto da croniche difficoltà e, comunque, divenuto sempre più inadeguato a garantire il crescente fabbisogno di giustizia che proviene dai mercati e dalla società. Le scelte coraggiose effettuate dal legislatore italiano, per tanti aspetti, sono state imposte dall'urgenza di trovare rapide soluzioni deflattive del contenzioso giudiziario e altresì superare la grave arretratezza del Paese nell'utilizzo degli strumenti di tutela alternativi al processo. Dalla riforma è arrivato un decisivo impulso all'immediata costruzione di un moderno sistema di tutele extragiudiziali, in quanto ha costretto al rapido strutturarsi degli organismi di mediazione e alla formazione mirata dei professionisti

¹⁵ Art. 5, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁶ Art. 2, d.lgs. n. 28/2010.

ai quali è affidata l'assistenza dei contendenti nell'attività di auto-composizione dei conflitti in tutto il territorio. Più lenta e assai difficile, invero, si dimostra la diffusione della cultura della mediazione tra i cittadini, le imprese, gli enti e il pubblico nel suo complesso poiché predomina ancora la tradizionale visione pangiudiziaria della giustizia, intesa come forma principale, se non addirittura esclusiva, di autentica tutela affidata agli organi dello Stato che si realizza ed esaurisce nella sede e mediante lo strumento processuale¹⁷. Malgrado la profonda e strutturale crisi di tale sistema, che non è circoscritta all'Italia ma investe in qualche misura pressoché tutte le altre esperienze straniere, non solamente contemporanee, non si crede affatto o, quantomeno, si guarda con molta diffidenza e forte preoccupazione agli strumenti compositivi alternativi al processo (A.D.R.) considerandoli marginali o minori, privi comunque di garanzie adeguate, malgrado gli stessi da decenni oramai trovino vasta applicazione con notevole successo nei più avanzati ordinamenti occidentali.

La direttiva europea sulla mediazione si ricollega, anche nel linguaggio utilizzato (*mediation*), a quelle risalenti esperienze maturate in altri Stati¹⁸ e auspica di riproporre e condividere i risultati positivi nell'intero contesto del mercato interno e della società continentale, stimolando un confronto competitivo tra le varie formule organizzative dei meccanismi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti. Le strutture erogatrici del servizio della mediazione, in tal modo, dispongono finalmente di un comune quadro normativo di riferimento per tutta Europa e sono inserite in un nuovo circuito concorrenziale¹⁹. Nel rispetto di standard

¹⁷ Sulla necessità di non considerare la mediazione un'alternativa di tutela inferiore rispetto alla giurisdizione, in particolare, insiste il considerando n. 19 direttiva 2008/52/CE.

¹⁸ In relazione alle origini e ai profili di carattere internazionalistico e comparatistico della riforma della mediazione civile e commerciale e più in generale degli strumenti ADR, tra gli altri, v. AA.VV., *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale* a cura di A. Pera, G.M. Riccio, Padova, 2012; G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2000, p. 1283 ss.

¹⁹ Considerando n. 7 direttiva 2008/52/CE.

qualitativi minimi di affidabilità, quanti intendono somministrare l'assistenza nella mediazione sono perciò tenuti ad adottare le soluzioni organizzative e gestionali del servizio che siano maggiormente efficienti e perciò incontrino il gradimento degli utenti, ai quali è lasciata la più ampia libertà di scelta.

In qualche modo, il successo della riforma e la realizzazione degli obiettivi europei di sviluppo del mercato e di miglioramento dei livelli di tutela impongono un deciso superamento della sorpassata impostazione pubblicistica della tutela dei diritti, calata autoritativamente dall'alto attraverso l'impianto giudiziario statale. Si vuole affermare un approccio nuovo nella gestione dei conflitti e nella risoluzione delle controversie civili e commerciali che deve passare attraverso una forte apertura culturale nei riguardi dell'accesso, delle forme e dei contenuti della giustizia. I protagonisti delle dinamiche di mercato e, più in generale, delle relazioni sociali devono maturare la consapevolezza che essi godono di maggiori spazi di autonomia che non sono circoscritti all'autodeterminazione nelle sole fasi negoziali costitutive e attuative del rapporto, ma abbracciano pure quelle patologiche successive dell'insorgenza del conflitto, della contrapposizione di pretese incompatibili e della degenerazione delle controversie in liti. Ai contendenti sono affidate la libertà di scelta e l'autonomia gestionale dei meccanismi extragiudiziali di risoluzione dei conflitti, in particolare della mediazione, da esercitare in conformità ai nuovi statuti dettati dall'Unione. La sfera di libertà e di autonomia dei contraenti-contendenti si sviluppa durante tutte le fasi del rapporto, alle quali corrispondono discipline contrattuali aventi statuti differenti che spingono verso la continua ricerca di soluzioni condivise mediante le quali si rimodulano ogni volta le posizioni meritevoli di tutela reciprocamente attribuite a ciascuno. Soltanto in mancanza della concertazione della soluzione, per il cui raggiungimento le parti possono avvalersi dell'assistenza imparziale, professionale e riservata degli organismi della mediazione, scatta in via residuale la soluzione giudiziaria.

La tutela giudiziaria, quindi, assurge a estremo rimedio in caso di fallimento dell'autonomia contrattuale e dei servizi della mediazione disponibili sul mercato. In applicazione del principio cardine di sussidiarietà, gli apparati giudiziari dovrebbero essere chiamati a intervenire in mancanza di una soluzione alter-

nativa al processo attivata in via preventiva dalle parti e, comunque, per controllare la correttezza di siffatta soluzione compositiva piuttosto che per stabilire direttamente e autoritativamente una propria decisione sul merito della controversia.

La sfida culturale lanciata dalla riforma europea è stata recepita anche in Italia, dove ha immediatamente catalizzato un forte interesse e suscitato reazioni differenti. Specie nella fase iniziale, come accennato, si è assistito a un intenso e acceso dibattito pubblico sulla mediazione sospinto dalle forti critiche provenienti dal ceto forense direttamente impegnato nell'attuazione della riforma, sotto tanti profili, considerata lesiva dei diritti costituzionali e delle fondamentali garanzie processuali dei cittadini, oltre che delle prerogative dei professionisti legali. A livello nazionale e locale, pressoché in tutti gli uffici giudiziari sono state organizzate e riprese dagli organi di comunicazione numerose iniziative di vibrata protesta, reiterata astensione dalle udienze e denuncia di grave illegittimità costituzionale delle disposizioni che hanno introdotto la mediazione in Italia.

L'entrata in vigore della riforma è stata accompagnata dalla pubblicazione nel Paese di una vasta gamma di contributi pratici e teorici diretti non solo a illustrare i contenuti della disciplina della mediazione ma anche a orientarne le modalità di funzionamento e gli stessi esiti applicativi in base ai convincimenti degli autori, i quali per semplicità possono distinguersi a seconda che intendano in qualche modo favorire ovvero ostacolare l'utilizzo della tecnica stragiudiziale di definizione della controversia. In questo scenario, le stesse istituzioni giudiziarie esprimono atteggiamenti e valutazioni contrastanti verso la riforma varata dal legislatore italiano, come è dimostrato dall'interessante dialettica tra pronunce giurisprudenziali che si registra su tanti aspetti della riforma²⁰, oltreché dalla formulazione di numerose questioni di

²⁰ Tra esse, in particolare, si segnala quella relativa all'applicabilità della mediazione alle controversie in materia di usucapione e, inoltre, alla validità e trascrivibilità del relativo accordo conciliativo. A tal riguardo, v. P. CRISCUOLI, *Non si trascrive l'accordo che accerta l'usucapione*, in *Immobili & proprietà*, 1, 2012, p. 41 ss.; G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, in *Il corriere del merito*, 3, 2012, p. 255 ss.; E. SCARANTINO, *Usucapione e obbligatorietà della mediazione*, in *Il corriere del merito*, 5, 2012, p. 465 ss.; C. TROISI, C. SALITO, *Trascrizione del verbale di conciliazione*:

illegittimità costituzionale presentate alla Consulta²¹ e altrettante questioni pregiudiziali sull'incompatibilità con il diritto dell'Unione pendenti davanti alla Corte di giustizia europea²².

Pur risentendo in qualche modo delle valutazioni contingenti legate alle iniziali difficoltà applicative e, comunque, dello spirito partigiano che anima gli operatori del diritto, la dottrina giuridica si proietta verso orizzonti scientifici e di ricerca più vasti e profondi che schematicamente possono differenziarsi a seconda degli approcci pubblicistici o privatistici di indagine e delle prospettive processuali o sostanziali di lettura della normativa. Agli studiosi è affidato il delicato compito di analizzare e ricostruire compiutamente l'istituto della mediazione finalizzato alla conciliazione inquadrandolo sistematicamente tra gli strumenti stragiudiziali di composizione delle controversie al fine di individuarne l'esatta natura giuridica e, quindi, la disciplina applicabile, sopperendo a molteplici lacune e imprecisioni della formulazione normativa.

In questa direzione, si colloca lo sforzo ricostruttivo profuso con il presente contributo che intende sviluppare una chiave di ricerca giuridica di carattere privatistico e di impronta sostanzialista condotta sugli aspetti sistematici e di maggiore rilievo di un istituto, la mediazione finalizzata alla conciliazione, che assume un rinnovato e centrale ruolo nella disciplina dei contratti, tra le tecniche di negoziazione assistita nella risoluzione della crisi. Pur rientrando la finalità compositiva della lite nella tradizionale area funzionale contrattuale, principalmente affidata alla transazione, la riforma europea interviene con un'apposita disciplina organica dedicata ai servizi della mediazione che prescrive i principi cardine e le regole fondamentali da osservare. Colpiscono e disorientano i molteplici elementi di novità, le assolute peculiarità normative, le apparenti antinomie e le contrastanti sug-

il (mancato) ruolo del notaio, in *Notariato*, 2, 2012, p. 136 ss.; G. RISPOLI, *Alienazione del bene e accertamento giudiziale dell'usucapione*, in *Il corriere del merito*, 7, 2012, p. 674 ss.; S. REPUCCI, *È obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*, in *Obbl. contr.*, 8-9, 2012, p. 603 ss.; B. TROISI, *Note sulla trascrivibilità dell'accordo di conciliazione in materia di usucapione*, in *Quaderni di conciliazione n. 3*, cit., p. 13 ss.

²¹ In proposito, v. *infra*, capitolo V, paragrafo 3.

²² In merito a tali questioni, v. *infra*, capitolo V, paragrafo 2.

gestioni nominalistiche della riforma che, nell'insieme, parrebbero segnalare l'alterità della mediazione e della conciliazione rispetto alle corrispondenti figure tipiche del passato, ma al contempo impedirebbero l'inquadramento unitario dell'istituto.

Lo studioso del diritto dei contratti subisce il fascino dell'inestricabile complessità che affonda nella sovrapposizione o interferenza di aree e meccanismi giuridici appartenenti all'autonomia contrattuale da un lato e al processo giudiziario dall'altro che, malgrado alcuni momenti di collegamento stabiliti nella riforma, rimandano a principi e regole profondamente differenti, siccome appartenenti ad ambiti sistematici alternativi e, per certi versi, antitetici.

La chiave di comprensione dell'istituto è probabilmente condensata tutta nel binomio lessicale "mediazione"²³ e "conciliazione"²⁴ che domina la riforma italiana. Con esemplare sintesi, infatti, s'intravede l'imprescindibile combinazione delle prospettive procedurali e sostantive che connotano e qualificano questa nuova tipologia di contratto, da distinguere rispetto a tutti gli altri schemi risalenti. Rispetto alle tradizionali discipline contrattuali, la riforma si sofferma principalmente sul profilo procedimentale, apparentemente costruito sulla falsariga della scansione di sequenze e di atti ravvisabili nella soluzione giudiziaria della lite, ma in realtà configurato in maniera ad essa alternativa, ancorché sia stato sviluppato e rafforzato così da garantire la qualità del percorso risolutivo e la bontà dell'esito della conciliazione. La finalità compositiva perseguita dal legislatore, infatti, si può sostanziare in un accordo conciliativo che dispieghi compiutamente i suoi effetti solamente se, fuori dal giudizio e davanti ad una struttura accreditata per la mediazione, si osservino le garanzie procedurali di imparzialità, efficacia, competenza, riservatezza e diretta partecipazione dei contendenti²⁵, oltre che rispettare nel merito della soluzione concordata i limiti generali della liceità²⁶. Il profilo procedimentale, quale compiutamente

²³ Art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010.

²⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010.

²⁵ Art. 6 direttiva 2008/52/CE.

²⁶ Artt. 3, lett. b), 4, e 7 direttiva 2008/52/CE.

disciplinato dalla riforma della mediazione, costituisce l'aspetto qualificante dell'istituto contrattuale, che dispiega i propri effetti non solo in caso di raggiungimento dell'accordo conciliativo²⁷, ma anche quando le parti non si presentino²⁸ o dissentano²⁹, in quanto in sede giudiziale si dovrà comunque tenere conto di tale vicenda negoziale.

Nei momenti di crisi dei rapporti e dei mercati, quali paiono dominare la corrente stagione conflittuale e di decadenza non solo economica, l'autonomia contrattuale è destinata ad assumere una rinnovata centralità nell'ordinamento e si veste di uno statuto rafforzato sul piano procedimentale, che si dimostra adeguato alla sempre più meritevole e indispensabile funzione compositiva da realizzare nell'interesse non solo delle parti contraenti ma dell'intera comunità. Tant'è che la mediazione dispiega effetti maggiori e ulteriori rispetto a quelli simbolicamente indicati nella forza di legge che accomuna i contratti (art. 1372 cod. civ.), così da portare a ravvisare una conferma della rilevanza costituzionale dell'autonomia privata³⁰, in quanto l'accordo conciliativo, qualora superi il vaglio pubblico del controllo giudiziario, è suscettibile di rivestire altresì la idoneità a fungere da titolo esecutivo³¹. In ogni caso, il semplice avvio della mediazione, quantunque non si pervenga all'accordo, incide direttamente sulla prescrizione e sulla decadenza dei diritti di cui si chiede la tutela³².

Spetta allo studioso, se interessato a raccogliere la sfida lanciata dalla normativa dei tempi della crisi, cimentarsi nell'analisi della nuova disciplina di provenienza europea, avendo particolare riguardo alle nuove tecniche di tutela di matrice consumeristica. Per tentare di ricondurre la mediazione a sistema e declinarne compiutamente i meccanismi di corretto funzionamento sulla

²⁷ In proposito, v. *infra*, capitolo V, paragrafo 3.

²⁸ Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

²⁹ Artt. 11 e 13 d.lgs. n. 28/2010.

³⁰ Per un'incisiva riflessione sul fondamento e la rilevanza costituzionale del contratto e della relativa tutela alla luce dell'evoluzione del diritto europeo, v. G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 567 ss.

³¹ Art. 6 direttiva 2008/52/CE.

³² Art. 8 direttiva 2008/52/CE.

base del principio volontaristico, peraltro, assumono un decisivo rilievo le valutazioni provenienti dalle istituzioni europee, anzitutto Parlamento³³ e Commissione³⁴ che si sono già espressi sulla riforma italiana, e dalla Corte di giustizia investita di diverse questioni pregiudiziali ancora in attesa di decisione³⁵. Sul fronte interno, infine, il principio volontaristico trova il suggello della recentissima pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima l'obbligatorietà della mediazione³⁶.

³³ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli stati membri, sulla quale v. *infra* capitolo V, paragrafo 1.

³⁴ Osservazioni scritte del 2 aprile 2012 rivolte alla Corte di Giustizia nella causa C-492/11, sulle quali v. *infra* capitolo V, paragrafo 2.

³⁵ V. *infra* capitolo V, paragrafo 2.

³⁶ Sulla pronuncia della Corte costituzionale del 24 ottobre 2012, v. *infra* capitolo V, paragrafo 3.

CAPITOLO I

LE NORMATIVE EUROPEE SULLE ADR IN MATERIA DI CONSUMO

SOMMARIO: 1. La raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998. - 2. La raccomandazione 2001/310/CE. - 3. La proposta di direttiva ADR. - 4. La proposta di regolamento ODR.

1. *La raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998.* – In ambito consumeristico, come accennato, l'incessante processo normativo alimentato dalle istituzioni europee più volte si è occupato degli strumenti di risoluzione stragiudiziale dei conflitti, con l'indicazione degli obiettivi perseguiti e dei principi fondamentali da rispettare, che si ricordano sistematicamente alle finalità generali dell'Unione. Nell'ultimo trentennio, in particolare, si sono succeduti e sviluppati interventi normativi settoriali e generali che hanno contribuito a comporre un ampio quadro sistematico che entro l'anno dovrebbe confluire in due principali fonti organiche, ancora in via di definizione, costituite dalla direttiva sulle ADR e dal regolamento sulle ODR nei contratti dei consumatori.

La normativa consumeristica sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie assume anch'essa una forte carica sistematica in quanto si raccorda direttamente ai principi fondamentali che ispirano l'Unione e alla disciplina della mediazione in materia civile e commerciale. Il processo normativo che vorrebbe spingere lo sviluppo economico del mercato e realizzare l'integrazione della società europea dovrebbe garantire la tutela dei diritti spettanti ai soggetti, specialmente quelli dei consumatori verso i professionisti, affidandosi allo strumento contrattuale non solo nella dinamica dello scambio dei beni e dei servizi, ma altresì per la risoluzione delle conseguenti controversie. Quest'ultima dimensione si profila con chiarezza, non solo insinuandosi progressivamente nelle principali discipline contrattua-

li, ma trovando soprattutto un'organica elaborazione in apposite fonti normative dedicate agli strumenti risolutivi alternativi alla giurisdizione applicabili alla materia di consumo.

Le discipline dei consumatori, per tanti aspetti, hanno fornito soluzioni giuridiche di portata sistematica più ampia, in quanto nell'ambito consumeristico sono state elaborate nuove forme di tutele contrattuali da utilizzare per regolamentare altri rapporti strutturalmente squilibrati e, comunque, per elaborare una sistematica generale dei contratti ispirata ai principi affermatasi nel diritto europeo. La medesima prospettiva, pertanto, si apre con riferimento agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie riferiti ai consumatori che contribuiscono all'elaborazione della natura giuridica e dei principi essenziali che governano questa rinnovata dimensione europea della negoziazione rimediale.

Tra i molteplici atti e documenti provenienti dalle istituzioni europee, ai fini della ricostruzione che si intende affrontare, occorre operare una necessaria selezione che si soffermi sulle fonti normative che contengono i principi fondamentali applicabili agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo. In primo luogo, assumono rilievo le due raccomandazioni della Commissione europea, quindi le principali direttive sui contratti dei consumatori e, da ultimo, le proposte di direttiva e di regolamento che Parlamento europeo e Consiglio dovrebbero varare nel 2012.

La prima raccomandazione della Commissione delle Comunità europee del 30 marzo 1998 riguarda i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo³⁷. La raccomandazione si ricollega a una serie di atti e documenti precedenti in essa richiamati, tra i quali le conclusioni del Consiglio «Consumatori» del 25 novembre 1996 che, al fine di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e sfruttare pienamente i vantaggi che esso offre, prendono in considerazione la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali o altre procedure comparabili. La risoluzione del Parlamento del

³⁷ GU L 115 del 17 aprile 1998, p. 31.

14 novembre 1996³⁸ considera essenziale che tali procedure soddisfino criteri minimi che garantiscano l'imparzialità dell'organismo, l'efficacia della procedura, la sua pubblicità e trasparenza e, pertanto, ha invitato la Commissione a elaborare una proposta in materia.

La Commissione europea richiama pure le conclusioni del Libro verde «L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico»³⁹ sull'adozione di una raccomandazione della Commissione medesima volta a migliorare il funzionamento dei sistemi di "Ombudsman" (mediatore) incaricati di esaminare controversie in materia di consumo, che è stata condivisa dalla grande maggioranza delle parti consultate sul «Piano d'azione»⁴⁰.

La Commissione muove altresì dalla duplice considerazione che, da un lato, nella maggior parte delle controversie in materia di consumo si riscontra una sproporzione tra l'esiguo valore economico dello scambio e l'esorbitante costo della risoluzione giudiziaria e, con riferimento ai conflitti transnazionali, dall'altro lato, le procedure giudiziali presentano particolari difficoltà che finiscono per dissuadere i consumatori dal fare valere effettivamente i propri diritti. Si rileva, pertanto, un pericoloso vuoto di tutela in ambito consumeristico che i tradizionali strumenti giurisdizionali non riescono a coprire e che impone di ricorrere agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

La Commissione considera inoltre che a livello europeo vi è ampia condivisione della necessità e dell'urgenza di adottare iniziative migliorative, che tengano conto delle esperienze maturate in alcuni Stati membri che hanno dimostrato che le procedure extragiudiziali di risoluzione dei conflitti in materia di consumo,

³⁸ 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 (GU C 362 del 2.12.1996, p. 275).

³⁹ La Commissione richiama il «Libro Verde l'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico», COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993.

⁴⁰ Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno, COM (96) 13 def. del 14 febbraio 1996.

se condotte nel rispetto di alcuni principi essenziali di qualità, offrono buoni successi tanto per i consumatori quanto per i professionisti. In materia di consumo, infatti, la risoluzione stragiudiziale comporta un'evidente riduzione dei costi e dei tempi di composizione dei conflitti. L'individuazione di principi comuni redatti a livello europeo, pertanto, agevolerebbe la diffusione degli strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti in materia di consumo e determinerebbe conseguenze positive specialmente nelle relazioni transnazionali. Si favorirebbe la fiducia dei consumatori verso le procedure stragiudiziali e, al contempo, si svilupperebbe la reciproca fiducia degli organismi di tutela extragiudiziali presenti negli altri Stati membri, favorendo la prestazione dei relativi servizi al di fuori dei propri confini nazionali.

Nella raccomandazione la Commissione considera le procedure extragiudiziali allo scopo di agevolare l'accesso dei consumatori alla giustizia e, pertanto, si richiede che siano efficaci per ovviare ai problemi sollevati nel contesto giudiziario quanto alle spese elevate, alla lunghezza dei termini e al ricorso a procedure eccessivamente complesse. Cionondimeno si afferma che, in conformità all'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo⁴¹, l'accesso ai Tribunali costituisce un diritto che non conosce eccezioni e si collega alle libertà di circolazione delle merci e dei servizi nel mercato interno. Le procedure extragiudiziali non possono proporsi di sostituire il sistema giudiziario e, di conseguenza, l'utilizzo delle stesse non priva il consumatore del diritto di accedere ai tribunali se non quando egli lo accetti espressamente, in piena conoscenza di causa e in una fase posteriore all'insorgere della controversia. Si delinea chiaramente la funzione complementare e integrativa della tutela affidata alle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

La raccomandazione 98/257/CE della Commissione si riferisce alle sole procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla risoluzione di una controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una solu-

⁴¹ In relazione all'art. 6, relativo al diritto a un equo processo, della CEDU, tra gli altri, v. F. GAMBINI, A. TAMIETTI, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 172 ss.

zione⁴². In queste procedure, gli organi extragiudiziari possono adottare decisioni vincolanti per le parti, semplici raccomandazioni o proposte di transazione che devono essere accettate dalle parti. A tal fine, l'imparzialità e l'obiettività dell'organo che adotta le decisioni costituiscono qualità necessarie a garantire la protezione dei diritti dei consumatori e aumentare la loro fiducia verso i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie in materia di consumo. Del pari, la trasparenza della procedura e dell'attività degli organismi responsabili della risoluzione delle controversie garantisce l'adeguata informazione delle persone interessate e scongiura il timore di pregiudizi ai diritti delle parti e di reticenze nei confronti delle procedure.

La Commissione si pone il problema che nelle procedure alternative di risoluzione dei conflitti i contendenti e, in particolare, il consumatore in quanto parte del contratto ritenuta economicamente più debole e giuridicamente meno esperta non soffrano una riduzione della tutela. Per garantire un livello di trasparenza e diffusione delle procedure extragiudiziarie che salvaguardi il rispetto dei principi esposti nella raccomandazione, oltre che per facilitarne il collegamento in rete, la Commissione assume l'iniziativa di formare una banca dei dati relativa agli organismi che gestiscono queste procedure in materia di consumo sulla scorta delle informazioni che rendono gli Stati che intendono partecipare a questa iniziativa. La Commissione, a tal fine, predispone una scheda di informazione standard da mettere a disposizione degli Stati membri.

La determinazione dei principi minimi per la creazione e il funzionamento delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo è stimata misura necessaria a livello comunitario per garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Sulla scorta delle considerazioni riportate, la Commissione ha formulato la raccomandazione 98/257/CE rivolta a tutti gli organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno competenza nella risoluzione extragiudiziale delle controversie in

⁴² Non sono comprese, di conseguenza, le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinamento delle parti per trovare una soluzione di comune accordo.

materia di consumo imponendo ad essi di rispettare i principi di indipendenza (I), trasparenza (II), contraddittorio (III), efficacia (IV), legalità (V), libertà (VI) e rappresentanza (VII). All'interno della stessa raccomandazione, ciascun principio trova la puntuale esplicitazione dei corrispondenti contenuti, dai quali emerge uno statuto flessibile e garantista delle procedure extragiudiziali che si dimostra adeguato alla materia del consumo e si differenzia, per tanti aspetti, da quelli processuali applicati nella sede giurisdizionale⁴³.

Il principio d'indipendenza si riferisce all'organo responsabile dell'adozione della decisione e si sostanzia nella garanzia di imparzialità della sua azione, che si concreta in regole differenti a seconda che agisca individualmente o collegialmente. Quando la decisione è adottata individualmente, infatti, la garanzia corrisponde all'insieme di tre misure riferite alla persona designata. In primo luogo, si richiede che essa possieda capacità, esperienza e competenza, specie in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni; in secondo luogo che goda di un mandato irrevocabile di durata sufficiente a garantire l'indipendenza della sua azione e non possa essere destituita senza giustificato motivo. Infine, quando la persona designata è nominata o retribuita da un'associazione professionale o da un'impresa, essa non deve avere svolto attività lavorative nel corso dei tre anni precedenti la sua entrata in funzione, per questa associazione professionale o per uno dei suoi membri o per l'impresa in questione. Quando l'adozione della decisione è collegiale, l'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione può essere garantita attraverso il rispetto dei predetti criteri ovvero attraverso una rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti.

Il principio di trasparenza impone l'adozione di mezzi adeguati riferiti alla procedura, che si distinguono nella comunicazione scritta a qualunque soggetto che lo richieda di una serie di

⁴³ Con riferimento all'imparzialità dell'organo, da ravvisare solo quando nell'esercizio delle sue funzioni non è sottoposto a pressioni che potrebbero influenzarne le decisioni, nei considerando della raccomandazione 98/257/CE si esclude che siano da determinare garanzie tanto rigide quanto quelle riferibili all'indipendenza dei giudici nell'ambito del sistema giudiziario. Si profila, pertanto, una netta distinzione contenutistica nelle garanzie riferibili ai sistemi extragiudiziali e giudiziali di risoluzione delle controversie.

informazioni concernenti i principali profili del servizio, che faciliterà l'effettuazione delle conseguenti scelte degli utenti, e nella pubblicazione, da parte dell'organo competente, di una relazione annuale relativa alle decisioni adottate, che consentirà di valutare i risultati ottenuti e d'identificare la natura delle controversie che gli sono state sottoposte. Le informazioni si riferiscono alla descrizione dei tipi di controversie sottoponibili all'organo, nonché i relativi limiti territoriali e di valore; norme di presentazione del reclamo e le regole procedurali, in particolare per quanto attiene al carattere scritto o orale, alla comparizione personale o alle lingue procedurali; il costo eventuale della procedura, comprese le regole di ripartizione finale; il tipo di regole sulle quali si fondano le decisioni dell'organo (disposizioni legali, equità, codici di condotta, etc.); le modalità di adozione delle decisioni nell'ambito dell'organo e il valore giuridico della decisione, precisando chiaramente se le stesse abbiano natura vincolante per il professionista o per entrambe le parti. Se la decisione è vincolante, inoltre, si devono precisare le sanzioni applicabili in caso di mancato rispetto e le vie di ricorso esperibili dalla parte che non ha ottenuto soddisfazione.

Il principio del contraddittorio comporta che nella procedura tutte le parti abbiano diritto di fare conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di conoscere tutte le posizioni e tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché le dichiarazioni degli esperti⁴⁴.

Il principio di efficacia della procedura si concreta in un insieme di misure che garantiscano l'accessibilità diretta da parte del consumatore, senza obbligo di avvalersi del rappresentante legale, la gratuità o la moderazione dei costi, la brevità dei termini intercorrenti tra la presentazione del reclamo e l'adozione della decisione e, infine, l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia⁴⁵.

⁴⁴ Nei considerando della raccomandazione si precisa che queste garanzie non implicano necessariamente un'audizione orale delle parti.

⁴⁵ I considerando della raccomandazione ravvisano nell'esigenza di accrescere l'efficacia e l'equità della procedura la ragione del riconoscimento del ruolo attivo in capo all'organo competente che, nelle procedure extragiudiziarie, diviene ancora più importante in ragione della circostanza che spesso le parti agiscono senza godere dell'assistenza di un consulente giuridico.

Il principio di legalità si riferisce al contenuto della decisione e vieta di privare il consumatore della protezione stabilita dalle disposizioni imperative della legge dello Stato nel quale è stabilito ovvero, nelle controversie transfrontaliere, dalla legge dello Stato in cui il consumatore risiede abitualmente, nei casi previsti dall'art. 5 della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁴⁶. Ancora, il principio di legalità impone che qualunque decisione sia motivata e comunicata quanto prima per iscritto o in qualunque altra forma adeguata alle parti interessate⁴⁷.

Il principio di libertà si articola in alcune garanzie riferite a due distinti profili concernenti l'adesione alla procedura e la natura vincolante della decisione dell'organo. In relazione al primo profilo, si stabilisce che l'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno determina la privazione del diritto del consumatore di adire la giurisdizione per la risoluzione giudiziaria della controversia. In relazione al secondo profilo, la decisione dell'organo può essere vincolante nei confronti delle parti solo se esse ne sono state precedentemente informate e l'hanno accettato esplicitamente.

Il principio di rappresentanza, infine, vieta che le parti siano private del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa. L'esigenza di avvalersi dell'assistenza e della consulenza giuridica è particolarmente avvertita nei consumatori al fine di meglio difendere o proteggere i loro diritti⁴⁸.

⁴⁶ La prescrizione si giustifica in ragione della flessibilità del fondamento delle decisioni che si adottano nelle procedure extragiudiziarie, in quanto i relativi organi possono basarsi su disposizioni legali, ma anche sull'equità e altri codici di condotta. Il principio di legalità, in base ai considerando della raccomandazione, intende scongiurare il rischio di avere il risultato di diminuire il livello di protezione del consumatore quale gli spetterebbe davanti al tribunale nel rispetto del diritto comunitario.

⁴⁷ Nei considerando della raccomandazione si riconosce il diritto delle parti di essere informate delle decisioni adottate e delle loro motivazioni che costituiscono un elemento necessario per garantire la trasparenza e la fiducia delle parti stesse sul funzionamento delle procedure extragiudiziali.

⁴⁸ Argomentano in tal senso i considerando della raccomandazione.

La raccomandazione 98/257/CE ha perciò delineato un primo statuto essenziale da applicare alle procedure extragiudiziarie in materia di consumo. I principi richiamati costituiscono altrettante garanzie imposte a salvaguardia dei diritti dei consumatori oltre che elementi qualitativi di valutazione dell'attività svolta dagli organismi di composizione delle controversie.

A distanza di un decennio circa, la Commissione delle Comunità europee ha adottato un'altra raccomandazione in materia di consumi che, senza sostituire la precedente, ha provveduto ad ampliare il campo applicativo delle garanzie, integrare e adeguare i contenuti dei principi applicabili alle procedure extragiudiziarie alla luce del rinnovato quadro normativo che si è andato sviluppando e consolidando in Europa specialmente con riferimento all'impiego delle tecnologie informatiche e del commercio elettronico.

2. *La raccomandazione 2001/310/CE.* – La Commissione il 4 aprile 2001 ha adottato una nuova raccomandazione 2001/310/CE sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo⁴⁹. In primo luogo, trova espressione un rinnovato atteggiamento positivo e pienamente consapevole dei vantaggi per i consumatori, che si coglie fin dagli iniziali considerando. La raccomandazione 2001/310/CE, infatti, si apre con la considerazione che per assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori e promuovere la loro fiducia la Comunità deve adoperarsi affinché gli stessi dispongano di un accesso semplice ed effettivo alla giustizia, incoraggiare e agevolare la composizione delle controversie in materia di consumo fin sul nascere.

In secondo luogo, si considera che il continuo sviluppo delle nuove prassi commerciali legate al commercio elettronico con il conseguente aumento delle transazioni transfrontaliere impongano di adoperarsi affinché sia suscitata la fiducia dei consumatori, assicurando in particolare un facile accesso a mezzi pratici, efficaci e poco costosi di riparazione, compreso l'accesso per via elettronica. In questo senso nelle istituzioni europee è maturata

⁴⁹ GU L 109 del 19 aprile 2001, p. 56.

la convinzione⁵⁰ che le piene potenzialità del commercio elettronico si raggiungeranno soltanto quando si otterrà la fiducia dei consumatori incoraggiata dalla promozione dell'accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

Si ravvisa pertanto la necessità di allargare ulteriormente il campo delle procedure alternative disciplinate, che devono comprendere anche quelle che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso. Tali procedure, infatti, erano state escluse dalla precedente raccomandazione 98/257/CE e si caratterizzano perché in esse il momento consensuale tra i contraenti assume un ruolo preminente. Inoltre, si segnala come il Consiglio⁵¹ concordi sulla funzione di grande utilità per i consumatori che svolgono tutti gli organi extragiudiziali, compresi quelli che non rientrano nel campo applicativo di detta raccomandazione, e perciò inviti la Commissione a sviluppare in stretta collaborazione con gli Stati membri criteri comuni per la valutazione di tali organi, affinché sia assicurata la qualità, l'equità e l'efficienza e, nel rispetto di siffatti criteri, la Commissione e gli Stati inseriscano gli organi o i sistemi in una rete extragiudiziaria europea⁵².

La raccomandazione 2001/310/CE, a conforto di siffatta prospettiva, richiama una serie di altri atti e documenti nel frattempo emanati a livello europeo, che si riferiscono al crescente interesse verso le procedure extragiudiziali e alla grande utilità delle stesse, specie con riferimento all'impiego degli strumenti telematici. A tal proposito, assume un decisivo rilievo la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico⁵³, che all'art. 17, rubricato composizione extragiudiziale delle controversie, stabilisce che gli Stati membri sono te-

⁵⁰ Si richiama a tal proposito il piano d'azione *e-Europe*, approvato dal Consiglio europeo a Feira il 19-20 giugno 2000.

⁵¹ Si richiama la risoluzione del 25 maggio 2000 relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in GU C 155 del 6 giugno 2000, p. 1.

⁵² Nei considerando della raccomandazione si richiama il documento di lavoro della Commissione sulla creazione di una rete extragiudiziale europea (*EEJ-Net*).

⁵³ Più precisamente, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

nuti a provvedere affinché la loro legislazione non ostacoli l'uso di strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie disponibili nel diritto nazionale⁵⁴. Con riferimento al commercio elettronico, più precisamente, si sottolinea ancora una volta come esso favorisca le transazioni transfrontaliere tra aziende e consumatori che spesso hanno valore modesto e, quindi, esigano risoluzioni delle controversie che siano semplici, rapide e poco onerose. Le nuove tecnologie, pertanto, possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione dei conflitti attraverso la costituzione di un organismo volto a risolvere efficacemente le controversie che interessano diverse giurisdizioni senza bisogno di una comparizione fisica delle parti. Pertanto, andrebbero incoraggiati siffatti organismi mediante principi volti ad assicurare standard coerenti ed affidabili atti a suscitare la fiducia degli utenti.

La Commissione richiama inoltre le conclusioni del Consiglio del 29 maggio 2000 che la invitavano a elaborare un libro verde su metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto civile e commerciale. Si afferma, quindi, una strategia più ampia e generalizzata di utilizzo degli strumenti stragiudiziali che, in relazione alle controversie transnazionali in materia di consumo, le istituzioni comunitarie riconoscono avere delle peculiarità delle quali occorre tenere conto⁵⁵. Affinché le procedure stragiudiziali

⁵⁴ Più precisamente, all'art. 17, par. 1, si prendono in considerazione le fattispecie di dissenso tra prestatore e destinatario di servizio della società dell'informazione per le quali le legislazioni nazionali non devono frapporre ostacoli all'uso, anche per le vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale. Il par. 2, inoltre, prevede che gli Stati membri incoraggino gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte, mentre il par. 3, infine, li incoraggia ad avviare una collaborazione con la Commissione in relazione alle principali decisioni, pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico.

⁵⁵ In occasione del parere reso sulla proposta di regolamento concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (parere espresso il 29 settembre 2000, regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio, in GU L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1), il Parlamento europeo ha invitato a fare ampio uso della risoluzione extragiudiziale delle controversie per le transazioni in materia di consumo, in particolare laddove le parti siano domiciliate in diversi Stati membri

diziali siano un'alternativa realistica ad una controversia portata avanti al tribunale, infatti, occorre che siano tali da ovviare ai problemi correlati dei costi, dei tempi, della complessità e della rappresentanza. In particolare, sono necessarie misure gratuite o che garantiscano costi proporzionati, un accesso più agevole, l'efficacia delle procedure, il monitoraggio dell'iter della controversia e la regolare informazione delle parti.

Prima di soffermarsi sull'ambito applicativo ampliato e sui principi qualitativi rafforzati fissati dalla raccomandazione, è importante richiamare ancora una volta la considerazione che, in conformità all'art. 6 della CEDU, l'accesso ai tribunali è un diritto fondamentale che spetta, oltre che ai cittadini, anche agli operatori, compresi i consumatori, che godono della libera circolazione dei beni e dei servizi nel mercato comune e che, perciò, per la risoluzione delle controversie risultanti dalle attività economiche hanno diritto di rivolgersi al giudice. Si ribadisce, quindi, il principio cardine dell'intero sistema che le procedure stragiudiziali in materia di consumi non possono essere sostitutive di quelle giudiziarie, né il loro uso avere l'effetto di privare i consumatori del loro diritto di adire i tribunali a meno che essi non si dicano espressamente d'accordo con piena cognizione di causa e soltanto dopo che la controversia sia stata materializzata.

La Commissione esplicita nei considerando le finalità della nuova raccomandazione, in quanto sulla scorta delle informazioni fornite dagli Stati membri sull'uso dei principi da parte degli organi che rientrano nella portata applicativa della raccomandazione intende renderne possibile la partecipazione alla rete extragiudiziale europea. Inoltre, la definizione dei principi qualitativi applicabili agli organi responsabili delle procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo non rientranti nella precedente raccomandazione 98/257/CE, che conserva efficacia, appare necessaria a livello comunitario per corroborare e integrare, in un ambito essenziale, le iniziative adottate dagli Stati membri per rea-

e in considerazione dei costi e dei tempi lunghi legati alle cause intentate in tribunale. A tal fine, Consiglio e Commissione hanno concordato di proseguire a livello europeo i lavori sui metodi alternativi di composizione delle controversie, in quanto corrisponde all'interesse dei consumatori e delle imprese comporre amichevolmente le loro controversie, senza finire in sede giudiziaria.

lizzare, in conformità all'art. 153 del trattato, un livello elevato di protezione dei consumatori. La nuova raccomandazione rispetta il principio di sussidiarietà, poiché non oltrepassa quanto necessario per assicurare il buon funzionamento delle procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo.

La raccomandazione 2001/310/CE, in primo luogo, indica l'ambito di applicazione (I) riferito agli organi terzi responsabili delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo. Si ravvisa un ambito più ampio di quello della precedente raccomandazione 98/257/CE che non comprendeva siffatte procedure.

Sono espressamente esclusi dall'ambito applicativo della nuova raccomandazione i meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti dall'azienda ed espletati direttamente con il consumatore o i meccanismi che assicurano tali servizi gestiti da o per conto di un'azienda. In essi, infatti, manca la posizione di terzietà dell'organo al quale è affidata la risoluzione extragiudiziale della controversia in materia di consumo⁵⁶.

La raccomandazione fissa di seguito (II) i principi d'imparzialità (A), trasparenza (B), efficacia (C) ed equità (D). I nuovi principi non intaccano quelli fissati dalla precedente raccomandazione 98/257/CE che continuano ad applicarsi nell'ambito corrispondente. Nei contenuti, i principi formulati nelle due direttive paiono in buona parte sovrapponibili, ancorché nella seconda formulazione abbiano una più compiuta e organica articolazione.

L'imparzialità costituisce il primo principio cardine che deve essere garantito assicurando il rispetto di alcune misure nei confronti dei responsabili delle procedure. In particolare, l'imparzialità importa che: i responsabili siano designati a tempo determinato e non

⁵⁶ L'esclusione dall'ambito applicativo della direttiva dei meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti direttamente da un'azienda o condotti direttamente coi consumatori o laddove tali servizi siano affidati a terzi per conto dell'impresa si giustifica, nei considerando, in quanto gli stessi meccanismi o servizi di reclamo costituiscono parte delle usuali discussioni tra le parti prima che si materializzi una controversia suscettibile di essere sottoposta a un organo terzo responsabile della risoluzione delle controversie o a un tribunale (considerando n. 3).

possano essere rimossi dalle loro mansioni senza giusta causa, non si trovino in situazione di conflitto di interessi apparente o reale con nessuna delle parti e forniscano informazioni sulla loro imparzialità e competenza a entrambe le parti prima dell'inizio della procedura. In base ai considerando della raccomandazione⁵⁷, per un verso, si deve garantire l'imparzialità delle procedure extragiudiziali onde assicurare che tutte le parti abbiano fiducia nella sua equità e, per altro verso, si devono mettere a disposizione delle parti informazioni che dimostrino l'imparzialità e la competenza onde consentire alle stesse di decidere in modo consapevole se partecipare alla procedura. Al fine di assicurare che entrambe le parti abbiano accesso alle informazioni di cui necessitano deve essere altresì garantita la piena trasparenza della procedura⁵⁸.

Il principio di trasparenza della procedura si riferisce a molteplici aspetti che sono indicati distintamente nella raccomandazione. Anzitutto, la trasparenza impone che una serie di informazioni relative alle modalità di contatto, al funzionamento e alla disponibilità della procedura siano facilmente fruibili per le parti in termini semplici in modo che queste possano accedervi e prenderne conoscenza prima di sottoporre una querela⁵⁹. La trasparenza, inoltre, si riferisce all'esito della procedura. Si prevede, in particolare, che qualsiasi soluzione venga adottata per la definizione della controversia concordata dalle parti sia messa a registro su supporto duraturo e debba indicare chiaramente i termini e i motivi su cui si basa. Il registro deve essere messo a di-

⁵⁷ Considerando n. 10.

⁵⁸ Considerando n. 11.

⁵⁹ In particolare, la raccomandazione indica quali informazioni debbano essere rese disponibili, con riferimento ai seguenti elementi significativi: a) il modo in cui funziona la procedura, i tipi di controversie che può trattare e eventuali restrizioni al suo funzionamento; b) le regole in merito ed eventuali condizioni preliminari che le parti devono soddisfare, nonché altre regole procedurali, in particolare quelle relative al funzionamento della procedura e alle lingue in cui la procedura sarà condotta; c) i costi, sempre che ve ne siano, che le parti dovranno sostenere; d) il calendario applicabile alla procedura, in particolare per quanto concerne il tipo di controversia in questione; e) le norme sostanziali applicabili (disposizioni giuridiche, buone prassi industriali, considerazioni di equità, codici di comportamenti); f) il ruolo della procedura nel far emergere la composizione di una controversia; g) lo status di ogni soluzione concordata a risoluzione della controversia.

sposizione di entrambe le parti⁶⁰. Infine, la trasparenza impone la pubblicazione di una serie di informazioni di carattere qualitativo sulle performance dell'organo che gestisce le procedure. Devono essere rese pubblicamente disponibili informazioni sull'efficacia della procedura comprendenti: a) il numero e il tipo di querele sottoposte e i loro risultati; b) il tempo necessario a risolvere le controversie, c) gli eventuali problemi che emergano sistematicamente nelle controversie e d) il grado di conformità, se noto, delle soluzioni concordate.

Il principio di efficacia (C) si sostanzia in una serie di misure da garantire nell'accesso, svolgimento e conclusione della procedura extragiudiziale (1). Nell'ordine, la procedura deve essere facilmente accessibile e disponibile per entrambe le parti, per esempio tramite l'utilizzo dei mezzi elettronici, indipendentemente dal luogo in cui le parti si trovino (2)⁶¹. Quanto al profilo economico, la procedura è gratuita per i consumatori o, qualora vi siano costi, gli stessi devono essere modici e proporzionati all'importo oggetto della controversia (3)⁶². In relazione alla rappresentanza, ancora, le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un professionista legale, ma senza che alle stesse possa essere impedito di avvalersi di terzi, per la rappresentanza o l'assistenza, in qualsiasi fase della procedura (4). Quanto alla durata e al controllo, si prevede che una volta promossa la controversia sia trattata nel più breve tempo possibile, commisuratamente alla natura della controversia e, inoltre, il suo iter sia esaminato periodicamente ad opera dell'organo responsabile della procedura per assicurare che essa venga trattata celermente e in modo appropriato (5). Infine, la condotta delle parti forma oggetto di esame da parte dell'organo responsabile della procedura per assicurare che esse siano impegnate a cercare una risoluzione adeguata, equa e tempestiva della controversia. A tal proposito, si soggiunge che se la condotta di una delle parti è

⁶⁰ In base al considerando n. 12, la soluzione concordata a risoluzione della controversia dev'essere registrata e resa disponibile alle parti dall'organo responsabile della procedura onde evitare successivamente incertezze e fraintendimenti.

⁶¹ In tal senso, v. il considerando n. 12.

⁶² In proposito, v. il considerando n. 13.

insoddisfacente, entrambe ne sono informate onde consentire loro di valutare se continuare la procedura di risoluzione della controversia (6).

La raccomandazione 2001/310/CE, da ultimo, formula il principio dell'equità (D) della procedura che si riferisce alla garanzia di scelte libere e consapevoli che le parti sono chiamate a effettuare tanto nel momento dell'accesso e dello svolgimento (1) quanto in quello di adesione alla soluzione alternativa proposta (2)⁶³. In relazione al primo profilo, l'equità della procedura impone che le parti siano informate del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura o di recedere da essa in qualsiasi momento e di adire il sistema giudiziario o eventuali altri meccanismi di risoluzione extragiudiziale in qualsiasi fase se esse sono scontente dell'andamento o del funzionamento della procedura (a)⁶⁴. Entrambe le parti, quanto al contraddittorio, devono essere in grado di presentare liberamente e agevolmente gli argomenti, le informazioni e le prove attinenti al caso, su base confidenziale, nell'ambito della procedura, a meno che le parti abbiano espresso il loro accordo che tali informazioni siano trasmesse alla controparte. Se, in qualsiasi fase, il terzo propone delle possibili soluzioni per la risoluzione della controversia, entrambe devono essere in grado di esporre il loro punto di vista e di presentare osservazioni su qualsiasi argomentazione, informazione o prova presentata dall'altra parte (b)⁶⁵. Entrambe le parti, quanto alla collaborazione, ancora, sono incoraggiate a cooperare pienamente con lo svolgimento della procedura, in particolare fornendo tutte le informazioni necessarie per un'equa risoluzione della controversia (c). Quanto alla verifica e condivisione della soluzione, si prevede che alle parti sia concesso un periodo di tempo ragionevole per

⁶³ In base al considerando n. 17, per assicurare che le procedure siano eque e flessibili e che i consumatori abbiano l'opportunità di fare una scelta effettivamente libera e consapevole, devono essere loro fornite informazioni chiare e comprensibili affinché essi possano riflettere se accettare o meno una soluzione proposta, ottenere consiglio qualora lo desiderino o considerare altre opzioni.

⁶⁴ In base al considerando n. 15, si precisa che l'equità della procedura deve essere salvaguardata consentendo alle parti di fornire tutte le informazioni necessarie e pertinenti.

⁶⁵ In proposito, v. considerando n. 15.

esaminare una proposta di risoluzione della controversia sulla quale sono chiamate ad esprimersi (d)⁶⁶.

A tal ultimo proposito, il principio di equità importa che il consumatore prima di accettare una proposta di risoluzione debba essere informato con linguaggio chiaro e comprensibile su una serie di elementi utili (2). Anzitutto, l'informazione si riferisce all'aver il consumatore la scelta se accettare o meno la soluzione proposta (a), si estende, quindi, alle circostanze che la soluzione proposta può essere meno favorevole del risultato conseguibile con la procedura giudiziale che faccia applicazione delle norme giuridiche (b), che prima di accogliere o respingere la proposta ha il diritto di ricorrere all'avviso di una fonte indipendente (c), che l'uso della procedura non preclude di rivolgersi ad altri meccanismi di risoluzione extragiudiziale rientranti nell'ambito applicativo della raccomandazione 98/257/CE o di rivolgersi alla tutela legale apprestata dall'ordinamento giuridico del paese di appartenenza del consumatore (d) e lo status giuridico della soluzione consensuale (e).

I principi qualitativi che le illustrate raccomandazioni impongono di rispettare nelle procedure extragiudiziarie di risoluzione delle controversie sono ripresi nelle fonti normative europee successive che dall'ambito consumeristico si affermano in termini tendenzialmente generalizzati per le controversie transfrontaliere. Si delinea un regime organico che, soprattutto per le tecniche di risoluzione consensuale delle controversie affidate agli organismi, sottende un nuovo statuto del negoziato rimediale assistito che si presenta di estremo interesse sia per l'operatore e sia per lo studioso.

L'applicazione dei predetti principi e delle corrispondenti regole contenute nella raccomandazione 2001/3010/CE, peraltro, si afferma in termini generali e con caratteri di essenzialità anche nella successiva disciplina della mediazione civile e commerciale⁶⁷. In conseguenza delle scelte compiute dal legislatore europeo⁶⁸ e da

⁶⁶ In base al considerando n. 16, prima che concordino una soluzione suggerita loro sul modo di comporre la controversia, alle parti dev'essere concesso un ragionevole lasso di tempo per esaminare nei dettagli gli eventuali termini o condizioni.

⁶⁷ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE.

⁶⁸ Considerando n. 19 e art. 2 direttiva 2008/52/CE.

quello italiano⁶⁹ di ricomprendere anche le controversie in materia dei consumi. nell'ambito applicativo della mediazione civile e commerciale, in essa sono da rispettare i principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità, che non costituiscono solamente garanzie di salvaguardia dei diritti dei contendenti più deboli, ma anche parametri di valutazione degli uniformi livelli qualitativi del servizio che viene erogato e può essere liberamente scelto dagli utenti che decidono di avvalersene. Attraverso siffatti principi, in definitiva, si devono declinare i meccanismi volontari di risoluzione delle controversie nella mediazione.

Più di recente, i principi contenuti nelle due raccomandazioni sono stati ripresi nelle proposte formulate dalla Commissione europea sulle nuove normative sulle procedure extragiudiziali in materia di consumo.

3. *La proposta di direttiva ADR.* – Gli interventi normativi succedutisi nell'ultimo decennio in relazione alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo paiono trovare coerente e organica sistemazione in due proposte di direttiva sull'ADR⁷⁰ e di regolamento sull'ODR⁷¹ per i consumatori che la Commissione europea ha presentato nel 2011 e il Parlamento e il Consiglio si sono impegnati ad approvare entro il 2012. Gli articolati contenuti normativi dei testi approntati sono stati coordinati tra essi e con le altre principali fonti europee in vigore, così da offrire un quadro sistematico unitario e aggiornato.

Le due proposte si collocano all'interno del nuovo pacchetto della Commissione europea sull'ADR⁷², che contiene anche una

⁶⁹ Art. 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁷⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori).

⁷¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori).

⁷² Per un primo commento sistematico, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *Il corriere giuridico*, 2012, 5, p. 697 ss.;

comunicazione sulla risoluzione alternativa delle controversie per i consumatori nel mercato unico⁷³ e una approfondita valutazione d'impatto⁷⁴ che illustrano la necessità di garantire su tutto il territorio dell'Unione europea la presenza di organismi ADR aventi livelli qualitativi uniformi.

La Commissione ha pure accompagnato la presentazione delle proposte normative con relazioni illustrative nelle quali ha collocato le iniziative nel contesto degli impegni volti a migliorare il funzionamento del mercato interno al dettaglio attraverso la promozione dell'accesso alla tutela dei consumatori. Nel mercato interno i consumatori che acquistano beni e servizi incontrano rilevanti problemi che rimangono irrisolti, malgrado la legislazione stabilisca una soglia elevata di protezione. A questo proposito, oltre ai tradizionali strumenti di tutela giudiziale, si diffondono negli Stati membri gli organismi che gestiscono le procedure alternative di risoluzione delle controversie (ADR) affidate ad arbitri, conciliatori, mediatori, ombudsman o commissioni reclami. La Commissione europea osserva che malgrado le due raccomandazioni richiamate⁷⁵, l'istituzione di due reti che si occupano di ADR⁷⁶, le numerose normative consumeristiche settoriali che contengono clausole di ADR⁷⁷ e la direttiva sulla mediazione

V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2012, p. 313 ss.

⁷³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al comitato economico e sociale europeo, Risoluzione alternativa delle controversie per i consumatori nel mercato unico [doc. COM (2011) 791], consultabile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/communication_adr_it.pdf.

⁷⁴ Valutazione di impatto (doc. SEC 2011/1409, definitivo), consultabile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/summary_impact_assessment_adr_it.pdf.

⁷⁵ Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE, sulle quali v. *supra*.

⁷⁶ La rete *ECC-NET*, dei Centri europei dei consumatori, che li aiuta a rivolgersi agli organismi ADR competenti in altro Stato membro in caso di controversie transfrontaliere, e la rete *FIN-NET*, che è costituita dai sistemi ADR relativi alle controversie transfrontaliere tra consumatori e fornitori di servizi finanziari.

⁷⁷ Tra esse, si richiamano le direttive 2009/72/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE), 2009/73/CE (del Par-

civile e commerciale riferita anche ai consumatori⁷⁸, nella situazione attuale l'efficacia dell'ADR è compromessa da gravi carenze costituite dalle lacune nella copertura, scarsa consapevolezza dei consumatori e delle imprese, nonché qualità non omogenea delle stesse procedure. Rilevato che la mancanza di un'efficace ADR si ripercuote negativamente sulle operazioni commerciali transfrontaliere, la Commissione ha deciso di proporre nuove misure volte a garantire che tutti i reclami possano essere presentati ad un organismo ADR e che le controversie connesse ad operazioni commerciali transfrontaliere possano essere risolte più facilmente.

La proposta di direttiva sull'ADR⁷⁹, sempre secondo la relazione illustrativa della Commissione, tra l'altro, si sofferma sui principali elementi giuridici individuati nella garanzia che esistano procedure ADR per tutte le controversie dei consumatori, informazioni sull'ADR e collaborazione, qualità degli organismi ADR e monitoraggio. Gli studi commissionati e l'ampia consultazione svolta offrono numerosi elementi di valutazione tutti convergenti sulla strategia di sviluppare ulteriormente la ADR per migliorare il funzionamento del mercato interno, sottolineando la ribadita necessità di procedure ADR di qualità, da rendere disponibili soprattutto per le controversie connesse ad operazioni commerciali transfrontaliere e in ambito elettronico. Per essere efficaci, si ribadisce, le procedure ADR devono essere guidate da una serie di principi comuni, quali l'imparzialità, la trasparenza, l'efficacia e l'equità, tanto più necessari per il miglioramento delle procedure ODR, soprattutto nel commercio elettronico dove si registra un

lamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE), 2008/48/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE) e 2000/31/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico")].

⁷⁸ Direttiva 2008/52/CE, sulla quale v. *infra*.

⁷⁹ La proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori, [documento COM (2011) 793], è consultabile all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_ar_it.pdf.

aumento dei reclami per controversie di modico valore. In questo senso, la combinazione dei due strumenti dell'ADR e dell'ODR, sempre secondo la Commissione proponente, si dimostra capace di assicurare l'accesso a mezzi imparziali, trasparenti, efficaci ed equi per comporre le controversie transfrontaliere senza doversi rivolgere ai tribunali.

La direttiva quadro, pertanto, è considerata lo strumento più adatto a garantire una completa copertura ADR in tutti gli Stati membri, ad informare i consumatori in merito all'ADR e ad accertarsi che gli organismi rispettino determinati principi di qualità. In questo senso, sempre secondo la prospettiva tracciata dalla Commissione europea, con la copertura ADR si potrà istituire il quadro necessario sulla base del quale il sistema ODR a livello dell'UE potrà trattare in modo efficace le controversie riguardanti operazioni transfrontaliere di commercio elettronico.

La proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori, nei considerando iniziali, richiama i principali riferimenti normativi sui quali si fonda, in primo luogo, costituiti dall'art. 169, par. 1 e 2, lett. a) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che stabiliscono che l'Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante i provvedimenti adottati in virtù dell'art. 114⁸⁰. Si richiama altresì l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che stabilisce che nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori e si afferma che la direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare dagli artt. 7, 8, 38 e 47⁸¹.

In conformità all'art. 26, par. 2, TFUE il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione di beni e servizi che per funzionare e realiz-

⁸⁰ In tal senso, v. il considerando n. 1.

⁸¹ In tal senso, v. il considerando n. 32. Con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare, sono richiamati gli artt. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 8 (Protezione dei dati di carattere personale), 38 (Protezione dei consumatori) e 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale). In relazioni ai principi stabiliti nella Carta, v. AA.Vv., *Contratto e costituzione in Europa* a cura di G. Vettori, Padova, 2006.

zare i suoi vantaggi deve godere della fiducia dei consumatori. Agli stessi è necessario fornire l'accesso a strumenti semplici e poco costosi per risolvere le controversie relative alla vendita di beni e alla fornitura di servizi, sia per le operazioni *offline*, che per quelle *online*, soprattutto se i consumatori acquistano oltre il confine⁸². La risoluzione alternativa delle controversie offre una soluzione semplice, veloce ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti che, per raggiungere il suo intero potenziale, deve essere disponibile per tutti i tipi di controversie dei consumatori, comprese quelle transfrontaliere, e le procedure ADR devono raggiungere tutte gli stessi livelli qualitativi ed essere a conoscenza dei consumatori⁸³.

I principi di sussidiarietà e proporzionalità, di cui all'art. 5 del trattato dell'Unione, sono rispettati dall'organica proposta di testo della direttiva che si sviluppa in venticinque articoli, suddivisi in cinque capitoli, e contiene un allegato composto di cinque direttive. L'illustrazione dei principali contenuti normativi contribuisce a definire i contorni del quadro sistematico di riferimento sulle tutele stragiudiziali che l'Unione europea intende sviluppare non solo in ambito consumeristico.

Nel capitolo I, dedicato alle disposizioni generali, si indicano i criteri sistematici, quanto all'oggetto (art. 1), all'ambito applicativo (art. 2) e al rapporto con altre normative (art. 3). Nell'ordine, si enuncia l'obiettivo perseguito dalla direttiva di contribuire al funzionamento del mercato interno e al raggiungimento di un livello elevato di protezione del consumatore, garantendo che le controversie tra consumatori e professionisti possano essere presentate ad organismi che offrono procedure imparziali, trasparenti, efficaci ed eque di risoluzione alternativa delle controversie⁸⁴. Si assiste, quindi, alla riproposizione dell'obiettivo generale affidato alle ADR, ancorché sia declinato con riferimento alla materia del consumo⁸⁵.

⁸² In tal senso, v. il considerando n. 2.

⁸³ In tal senso, v. il considerando n. 3.

⁸⁴ Così l'art. 1 (Oggetto) e il considerando n. 5.

⁸⁵ Nell'atto per il mercato unico, come segnalato nel considerando n. 5 della proposta di direttiva, la Commissione ha identificato la legislazione sulla risoluzione alternativa delle controversie che comprende anche il commercio

L'ambito applicativo della direttiva è individuato attraverso una serie di parametri oggettivi e soggettivi, con alcune precise limitazioni⁸⁶. La direttiva, ai sensi dell'art. 1, si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali connesse alla vendita di beni o alla fornitura di servizi⁸⁷ da parte dei professionisti ai consumatori⁸⁸, gli uni stabiliti e gli altri residenti nell'Unione. Si aggiunge che la procedura di risoluzione, denominata ADR, deve avvenire attraverso l'intervento di un organismo che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole (par. 1)⁸⁹. Di conseguenza, la direttiva non si applica alle procedure che non presentano tali elementi (par. 2) e, in particolare, a quelle gestite presso organismi⁹⁰ o sistemi unilaterali riferibili al professionista⁹¹, alle negoziazioni dirette tra le parti⁹² ovvero ai tentativi posti in essere dal giudice

elettronico come una delle dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato unico.

⁸⁶ In relazione all'ambito applicativo della proposta di direttiva, V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 313 s.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 702 ss.

⁸⁷ La direttiva si applica alle controversie contrattuali tra consumatori e professionisti in tutti i settori economici, così esplicitamente il considerando n. 7.

⁸⁸ In base al considerando n. 8, nei contratti stipulati da una persona fisica per scopi in parte interni e in parte esterni all'attività commerciale (contratti a duplice scopo) e lo scopo nell'ambito dell'operazione è limitato in modo da non essere predominante nel contesto generale, la persona va considerata come un consumatore.

⁸⁹ La direttiva, secondo il considerando n. 15, non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre procedure ADR che trattano in comune controversie identiche o simili tra un professionista e vari consumatori. Tali procedure possono essere considerate come una fase preliminare all'ulteriore sviluppo di procedure ADR collettive, all'interno dell'Unione.

⁹⁰ Si escludono le procedure gestite presso organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie medesime siano alle esclusive dipendenze del professionista (lett. a).

⁹¹ Sono pure indicati i sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista (lett. b).

⁹² L'esclusione trova applicazione sia che professionista e consumatore effettuino personalmente il negoziato diretto ovvero si avvalgano di rappresentanti (lett. c).

incaricato⁹³. Pur non dovendosi applicare la direttiva alle controversie tra professionisti, agli Stati membri non è impedito di adottare o mantenere in vigore disposizioni relative a procedure per la risoluzione extragiudiziale di tali controversie⁹⁴.

La direttiva si sofferma sul coordinamento sistematico con altre fonti e discipline europee (art. 3), in primo luogo, disponendo la salvaguardia della direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale⁹⁵, oltre che dei regolamenti (CE) n. 44/2001⁹⁶, n. 864/2007⁹⁷ e n. 593/2008⁹⁸, e fissando poi dei criteri di prevalenza tra le disposizioni. Più precisamente, per un verso, è affermata la prevalenza dell'art. 5, par. 1 che impone agli Stati membri di garantire che le controversie oggetto della presente direttiva possano essere presentate ad un organismo ADR che soddisfi i requisiti da essa stabiliti, rispetto alle altre disposizioni delle direttive contenute nell'allegato⁹⁹. Per altro verso, è sancito un principio di più ampia portata di prevalenza generalizzata della

⁹³ Più precisamente, l'esclusione si riferisce ai tentativi di composizione posti in essere dal giudice nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia (lett. *d*).

⁹⁴ In tal senso, v. il considerando n. 7.

⁹⁵ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24 maggio 2008, p. 3, sulla quale v. ampiamente *infra*. In proposito, si osservi che in base al considerando n. 6, lo sviluppo del sistema di risoluzione alternativa delle controversie deve fondarsi sulle procedure ADR che già esistono negli Stati membri e rispettare le loro tradizioni legali. Fin da 2011, gli Stati membri e l'Italia in particolare hanno strutturato il sistema della mediazione in materia civile e commerciale.

⁹⁶ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 12 del 16 gennaio 2001, p. 32.

⁹⁷ Regolamento (CE) 864/007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in GU L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

⁹⁸ Regolamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in GU L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

⁹⁹ Si tratta delle direttive 2002/65/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del

presente direttiva sulle altre disposizioni obbligatorie della legislazione settoriale dell'Unione relativa alla risoluzione alternativa delle controversie solo nella misura in cui tali disposizioni non garantiscano un livello di protezione del consumatore almeno equivalente. In buona sostanza, la direttiva quadro, per ragioni sistematiche, prevale sulle altre disposizioni europee settoriali, purché queste non offrano una tutela maggiore¹⁰⁰. Con questo solo limite, ispirato al *favor* per il consumatore, quindi, il nuovo testo organico si imporrà come preminente su tutta la legislazione settoriale in materia di consumo.

Tra le definizioni (art. 3), si segnalano quelle di controversia transfrontaliera (lett. *d*) e di organismo di ADR (lett. *e*). La prima è costituita da una controversia contrattuale connessa alla vendita di beni o alla fornitura di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando effettuata l'ordinazione, risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito il professionista¹⁰¹. Per organismo di ADR si intende qualsiasi organismo, a prescindere dalla denominazione¹⁰², istituito su base permanente e che

Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE), 2008/122/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio), 2004/39/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio), 2002/92/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 dicembre 2002 sulla intermediazione assicurativa) e 97/67/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica).

¹⁰⁰ V. il considerando n. 10.

¹⁰¹ L'art. 4, lett. *c*) individua il professionista stabilito attraverso la sede della sua attività, se si tratta di persona fisica, ovvero presso la sede statutaria, l'amministrazione centrale, la sede di attività, comprese le filiali, le agenzie o qualsiasi altra sede, se si tratta di società, persona giuridica o associazione di persone fisiche o giuridiche.

¹⁰² In base al considerando n. 11, una procedura di arbitrato istituita all'esterno del quadro di un organismo ADR su base *ad hoc*, per un'unica controversia tra un consumatore ed un professionista non va considerata come procedura ADR.

offre la risoluzione di controversie attraverso una procedura ADR¹⁰³.

Il capitolo II si riferisce all'accesso (art. 5) e ai principi di competenza e imparzialità (art. 6), trasparenza (art. 7), efficacia (art. 8) ed equità (art. 9) applicabili alla risoluzione extragiudiziale delle controversie. La proposta di direttiva delinea lo statuto generale delle ADR in materia di consumo, che riprende e consolida quello risultante dalle precedenti raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE della stessa Commissione.

Quanto all'accesso, l'art. 5, par. 1, come anticipato, stabilisce che gli Stati membri garantiscono che le controversie oggetto della direttiva possano essere presentate ad un organismo ADR che soddisfi i requisiti qualitativi prescritti. Si tratta della solenne affermazione di un principio fondamentale di accessibilità alle ADR di qualità che i consumatori e i professionisti possono invocare non appena entra a regime la relativa riforma. Accanto al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, solennemente affermato nelle principali carte internazionali, europee e nazionali, si delinea il collegato diritto alla tutela stragiudiziale attraverso organismi ADR di qualità.

In particolare, gli Stati membri devono garantire che gli organismi ADR dispongano di un sito *web* che consenta alle parti sia di presentare una controversia *online* (lett. a) e sia di trasmettere loro informazioni per via elettronica (lett. b), accettino sia controversie nazionali che quelle transfrontaliere, comprese quelle oggetto dell'adottando regolamento europeo sulle ODR per i consumatori e, infine, adottino i provvedimenti necessari a garantire che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto della legislazione nazionale attuativa della direttiva 95/46/CE¹⁰⁴.

¹⁰³ L'art. 4, lett. f) individua l'organismo ADR stabilito, se gestito da persona fisica, in base al criterio del luogo dove svolge l'attività di risoluzione alternativa delle controversie e, se gestito da persona giuridica o associazione di persone fisiche o giuridiche, in base a tale criterio ovvero a quello della sede statutaria e, infine, se gestito da un'autorità o da un altro ente pubblico, sulla base del medesimo criterio della loro sede.

¹⁰⁴ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

A tal proposito, si precisa che gli Stati membri possono ottemperare agli obblighi imposti dal par. 1 garantendo la disponibilità di un organismo ADR residuo, competente a trattare le controversie qualora nessun organismo ADR esistente sia competente a farlo. La riforma, quindi, spinge verso la costituzione di organismi ADR dedicati alla materia del consumo in mancanza consentendo tuttavia l'utilizzo di organismi generali che abbiano però i requisiti richiesti¹⁰⁵.

Come si osserverà meglio nel prosieguo¹⁰⁶, in Italia della gestione delle procedure ADR in materia di consumo potrebbero occuparsi gli organismi di mediazione, che hanno competenza generale e si sono strutturati sull'intero territorio, in quanto però rispettino i principi di qualità stabiliti prima nelle richiamate raccomandazioni della Commissione e, in prospettiva, dall'emananda direttiva. La questione più delicata e complessa, in particolare, si pone con riferimento al rispetto della volontarietà della procedura in sede di mediazione, oltre che per i profili concernenti la durata e i costi.

Gli articoli successivi della direttiva si occupano dei principi da rispettare, a cominciare da quelli di competenza e imparzialità (art. 6)¹⁰⁷. La norma impone agli Stati membri di garantire che le persone fisiche incaricate della risoluzione alternativa delle controversie possiedano le competenze necessarie e siano imparziali, distinguendo tra i requisiti degli organismi ADR nei quali le persone incaricate operano singolarmente o collegialmente¹⁰⁸. Più pre-

¹⁰⁵ Gli Stati possono ottemperare all'obbligo di garantire che le procedure di reclamo dei consumatori siano presentate davanti ad un organismo ADR che possieda i requisiti avvalendosi degli organismi esistenti, adeguandone eventualmente il campo di applicazione, oppure creando nuovi organismi. La direttiva, si precisa al considerando n. 13, non obbliga gli Stati membri a creare organismi specifici per il settore del commercio al dettaglio, in quanto gli stessi hanno la possibilità di costituire un organismo ADR residuo che tratti tutte le controversie per la risoluzione delle quali nessun organismo specifico sia competente. In proposito, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 704 ss.

¹⁰⁶ V. *infra* capitoli IV e V.

¹⁰⁷ Sui principi della proposta di direttiva, V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 314; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 706 ss.

¹⁰⁸ In base al considerando n. 17, le persone fisiche incaricate della risoluzione alternativa delle controversie sono considerate imparziali solo se non

cisamente, le persone incaricate devono possedere le conoscenze, le capacità e l'esperienza necessarie nel settore della risoluzione alternativa delle controversie (lett. *a*), non possono essere rimosse dalle loro mansioni senza giusta causa (lett. *b*) e non si devono trovare in situazione di conflitto di interessi con l'una o l'altra delle parti della controversia (lett. *c*). Quando gli organismi di ADR operano in maniera collegiale, inoltre, gli Stati membri garantiscono che vi sia un uguale numero di rappresentanti degli interessi dei consumatori e dei professionisti.

Quanto alla trasparenza, l'art. 7 impone un'altra serie di misure di garanzia. Gli Stati membri garantiscono che gli organismi ADR rendano disponibili al pubblico sui loro siti *web* e su supporto cartaceo nella loro sede sia una serie di informazioni legate ai profili e alle caratteristiche principali (par. 1)¹⁰⁹ e sia le relazioni annuali d'attività svolta, con suddivisione delle controversie nazionali e di quelle transfrontaliere (par. 2)¹¹⁰. Le informa-

possono essere oggetto di pressioni che potenzialmente influiscono sul loro atteggiamento nei confronti della controversia. La necessità di garantire l'assenza di tali pressioni si manifesta in particolare quando gli organismi ADR sono finanziati da una delle parti della controversia o da un'organizzazione alla quale appartiene una delle parti.

¹⁰⁹ Le informazioni che gli organismi devono rendere concernono: *a*) le persone fisiche incaricate della risoluzione alternativa delle controversie, il metodo di nomina e la durata del mandato; *b*) la fonte di finanziamento, che distingue percentualmente quella pubblica da quella privata; *c*) l'eventuale appartenenza a reti di ADR che trattano controversie transnazionali; *d*) i tipi di controversie per i quali sono competenti; *e*) il regolamento interno; *f*) le lingue utilizzabili nell'accesso e nello svolgimento della procedura ADR; *g*) i tipi di regole sui quali possono basarsi per risolvere la controversia (es. norme giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta); *h*) i requisiti preliminari che le parti devono rispettare; *i*) gli eventuali costi a carico delle parti; *j*) la durata approssimativa delle procedure ADR e *k*) l'effetto giuridico dell'esito della procedura.

¹¹⁰ Le relazioni annuali comprendono informazioni che riguardano: *a*) numero di controversie e tipi di reclami; *b*) eventuali problemi ricorrenti causa di controversie tra consumatori e professionisti; *c*) percentuale delle procedure di risoluzione delle controversie interrotte prima di raggiungere il risultato; *d*) tempo medio necessario alla risoluzione della controversia; *e*) percentuale di rispetto, se nota, degli esiti della procedura; *f*) eventuale cooperazione all'interno di reti di organismi ADR che agevolano la risoluzione delle controversie transfrontaliere.

zioni permettono sia alle parti di compiere consapevolmente le scelte preferibili¹¹¹ e sia alle istituzioni nazionali ed europee di effettuare i controlli sul funzionamento degli organismi¹¹².

L'art. 8 impone agli Stati membri di garantire che le procedure ADR siano efficaci e rispettino una serie di requisiti, in buona misura ripresi dalle precedenti raccomandazioni, che consistono: a) nella facile accessibilità della procedura ADR per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione; b) nell'accessibilità della procedura senza obbligo di avvalersi di professionista legale, potendo comunque le stesse farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase della procedura¹¹³; c) la gratuità della procedura ADR o la previsione di costi moderati per i consumatori¹¹⁴; d) la durata di novanta giorni dal ricevimento del reclamo per risolvere la controversia, termine che può essere esteso dall'organismo ADR per le controversie più complesse.

L'art. 9, relativo all'equità, stabilisce che gli Stati membri assicurino che le parti di una controversia siano informate in maniera esauriente dei loro diritti e delle conseguenze delle loro scelte nel contesto della procedura ADR¹¹⁵. In primo luogo, le parti devono avere la possibilità di esprimere la loro opinione, di ascoltare le argomentazioni e i fatti presentati dall'altra parte, nonché le eventuali dichiarazioni di esperti. Inoltre, l'esito della procedura ADR deve essere comunicato ad entrambe le parti per iscritto o su un mezzo durevole, indicando i motivi sui quali è fondato. Nell'ambito delle procedure ADR volte a risolvere la controversia suggerendo una soluzione, prima di accettare la soluzione

¹¹¹ In base al considerando n. 21, per garantire la trasparenza degli organismi e delle procedure ADR è necessario che le parti ricevano tutte le informazioni che consentono loro di decidere con cognizione di causa prima di avviare una procedura ADR.

¹¹² In base al considerando n. 27, per assicurare che gli organismi ADR funzionino correttamente e con efficacia è necessario monitorarli con assiduità.

¹¹³ Sui profili concernenti la rappresentanza del legale nella procedura ADR, V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 315.

¹¹⁴ La gratuità o la tenuità dei costi della procedura ADR per i consumatori rende per essi economicamente conveniente farvi ricorso (considerando n. 20).

¹¹⁵ In tal senso, v. il considerando n. 21.

proposta, il consumatore deve essere informato: *i)* di avere la scelta di accettare o non accettare la soluzione proposta; *ii)* che la soluzione proposta può essere meno favorevole del risultato conseguibile in via giurisdizionale facendo applicazione di norme giuridiche e *iii)* che prima di accogliere o respingere la soluzione proposta, ha diritto di ricorrere all'avviso di una fonte indipendente. Inoltre, prima di accogliere la soluzione proposta, le parti devono essere informate dell'effetto giuridico di tale accettazione e dispongano di un periodo di riflessione ragionevole, da riconoscere pure in caso in cui debbano acconsentire a una soluzione amichevole.

La proposta di direttiva esclude che il ricorso all'ADR possa essere imposto come obbligatorio. La procedura ADR in materia di consumo, pertanto, si configura di natura facoltativa¹¹⁶.

La proposta di direttiva, per un verso, non prescrive che la partecipazione dei professionisti alle procedure ADR sia obbligatoria, né che tale esito sia vincolante per i professionisti, per altro verso, non pregiudica che le norme nazionali che dovessero disporlo, purché tali legislazioni non impediscano alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario secondo le garanzie dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹⁷. È questo il limite invalicabile di carattere generale fissato e ribadito ogni volta dal legislatore europeo.

Lo statuto generale delle procedure ADR nella direttiva, per il tramite delle disposizioni del capitolo III della direttiva, si collega sistematicamente con l'attività negoziale e, in particolare, con le informazioni che i professionisti devono rendere ai consumatori. Quando sorge una controversia i consumatori devono essere in grado di identificare rapidamente quali sono gli organismi ADR competenti a trattare il loro reclamo e sapere se il professionista coinvolto, sul quale incombe l'obbligo informativo, intende partecipare alla procedura¹¹⁸. Ai sensi dell'art. 10, par. 1, gli Stati membri garantiscono che i professionisti stabiliti nei loro territori

¹¹⁶ Così V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 314 s.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 704 s.

¹¹⁷ In tal senso, v. il considerando n. 23.

¹¹⁸ Così il considerando n. 22.

informino i consumatori in merito agli organismi ADR dai quali sono coperti e che sono competenti a trattare eventuali controversie con i consumatori¹¹⁹. Tali informazioni comprendono gli indirizzi dei siti *web* degli organismi ADR pertinenti e precisano se il professionista si impegna a ricorrere a tali organismi per la risoluzione delle controversie con i consumatori. Quanto alle modalità comunicative da rispettare, le informazioni devono essere formulate in modo accessibile facilmente, direttamente, visibilmente e permanentemente sul sito *web* del professionista, se esistente, nelle condizioni generali dei contratti per la vendita di beni o la fornitura di servizi tra il professionista e il consumatore, nonché sulle fatture e sulle ricevute relative ai suddetti contratti. Si deve altresì specificare come ottenere ulteriori informazioni sull'organismo ADR in questione e quali siano le condizioni per accedervi. Infine, si precisa che queste disposizioni non pregiudicano quelle previste dagli artt. 6, 7 e 8 della direttiva 2011/83/UE relative alle informazioni dei consumatori nel caso di contratti a distanza e fuori dei locali commerciali¹²⁰. Spetta al professioni-

¹¹⁹ In base al considerando n. 14, la direttiva non impedisce ai professionisti stabiliti in uno Stato membro di essere coperti da un organismo ADR situato in un altro Stato membro e gli Stati membri devono promuovere lo sviluppo di tali organismi.

¹²⁰ La direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, all'art. 6, par. 1, lett. t) prescrive che prima che il consumatore sia vincolato da un contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza (o da una corrispondente offerta), il professionista lo informi in merito alla possibilità di ricorrere ad un meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso al quale il professionista stesso è soggetto, nonché sulle modalità per avervi accesso. Tali informazioni, ai sensi del successivo par. 5, formano parte integrante del contratto e non possono essere modificate se non con il consenso espresso di entrambe le parti. L'art. 7, par. 1, con riferimento ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, prescrive che le informazioni siano rese dal professionista in maniera leggibile, con linguaggio semplice e chiaro e su supporto cartaceo o, se il consumatore sia d'accordo, su altro supporto. L'art. 8, par. 1, per i contratti a distanza prescrive che le informazioni siano prestate in modo appropriato al mezzo di comunicazione impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile. Tra i primi commenti della nuova direttiva pubblicata in G.U.U.E, 22.11.2011, L, 304/64 ss., v. S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2011, p. 861 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. impr.*

sta, quindi, durante lo svolgimento dell'attività contrattuale informare il consumatore in merito alle procedure ADR di qualità utilizzabili per le controversie che dovessero scaturire dalla vendita dei beni o dalla fornitura dei servizi¹²¹.

L'effettivo utilizzo delle ADR da parte dei consumatori, soprattutto nella prima fase di applicazione della riforma, richiede un adeguato supporto indicato dall'art. 11. La norma impone agli Stati membri di garantire ai consumatori l'assistenza in merito alle loro controversie connesse alle vendite transfrontaliere di beni o forniture transfrontaliere di servizi. L'assistenza, in specie, è intesa ad aiutare i consumatori ad accedere all'organismo ADR che opera in un altro Stato membro ed è competente a trattare la loro controversia transfrontaliera. L'attività di assistenza può essere conferita ai centri statali della rete dei centri europei dei consumatori, ad associazioni dei consumatori o a qualsiasi altro organismo.

Sempre sul piano delle informazioni generali, ai sensi dell'art. 12, gli Stati membri devono garantire che gli organismi ADR, le associazioni di consumatori, le associazioni di imprese, i centri della rete di centri europei dei consumatori e, se del caso, gli organismi nominati per assistere i consumatori nelle controversie transfrontaliere mettano a disposizione nei loro locali e sui loro siti *web* l'elenco degli organismi ADR censiti, di cui all'art. 17, par. 3.

Il capitolo III si completa con le disposizioni dedicate alla cooperazione sia tra organismi ADR per la risoluzione delle controversie transfrontaliere, ai sensi dell'art. 13¹²², e sia tra organismi ADR

Eur., 2011, p. 754 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito applicativo e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in AA.VV., *Annuario del contratto 2011* diretto da A. D'angelo e V. Roppo, Torino, 2012, p. 30 ss.; C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, Padova, 2012, p. 380 ss.

¹²¹ Sull'informazione e la trasparenza in merito alle procedure ADR, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 708 ss.

¹²² Gli Stati membri devono assicurare la cooperazione tra organismi ADR ai fini della risoluzione delle controversie transfrontaliere e, a tal fine, invitano ad associarsi all'eventuale rete settoriale esistente gli organismi che agevolano la risoluzione di siffatte controversie (è il caso della rete FIN-NET nel settore dei servizi finanziari). La Commissione pubblica un elenco contenente nomi e informazioni di contatto delle predette reti settoriali, effettuando un aggiornamento dell'elenco ogni biennio.

e autorità nazionali di attuazione della legislazione dell'Unione sulla protezione dei consumatori, ai sensi dell'art. 14¹²³. In base a queste norme, si intendono supportare consumatori, professionisti, organismi ADR e autorità nazionali degli strumenti occorrenti per fare funzionare le procedure ADR in ambito nazionale e transfrontaliero.

Il capitolo V si occupa del monitoraggio degli organismi ADR¹²⁴, per quanto concerne la designazione delle autorità competenti (art. 15)¹²⁵, le informazioni che esse devono ricevere da parte degli organismi ADR (art. 16)¹²⁶, il ruolo delle autorità competenti e della Commissione (art. 17)¹²⁷. Il capitolo V contiene le disposi-

¹²³ Gli Stati membri garantiscono la cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali incaricate dell'attuazione della legislazione UE di protezione dei consumatori, nel rispetto delle normative sulla protezione dei dati personali. La cooperazione comprende lo scambio di informazioni sulle prassi commerciali dei professionisti nei confronti delle quali hanno presentato reclami, comprese le valutazioni tecniche e le informazioni da parte delle autorità nazionali agli organismi ADR che ne necessitano per il trattamento di singole controversie. Gli Stati membri, in base al considerando n. 27, dovrebbero incentivare gli organismi ADR a fornire le informazioni avvalendosi della raccomandazione 2010/304/UE (in GU L 136 del 2 febbraio 2010, p. 1) della Commissione relativa all'utilizzo di una metodologia armonizzata per la classificazione e la notifica dei reclami e delle richieste dei consumatori.

¹²⁴ In merito all'attività di monitoraggio e all'importante ruolo della Commissione europea, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 710 ss.

¹²⁵ Ogni Stato membro individua un'autorità competente incaricata di monitorare il funzionamento e o sviluppo degli organismi ADR nel proprio territorio e ne da comunicazione alla Commissione, che elabora un elenco delle autorità competenti e lo pubblica sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

¹²⁶ Gli Stati membri garantiscono che gli organismi ADR stabiliti nei loro territori trasmettano all'autorità competente una serie di informazioni aggiornate che li riguardano, compresa un'autovalutazione di possedere o no i requisiti di un organismo ODR che rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva e di rispettare o no i relativi requisiti di qualità, oltre che una relazione almeno annuale comprendente informazioni e valutazioni relative all'attività svolta.

¹²⁷ Ogni autorità competente valuta, sulla scorta delle informazioni ricevute, se gli organismi ADR rientrano tra quelli compresi nell'ambito di applicazione della direttiva e che rispettano i requisiti di qualità di cui al capitolo II, elaborando un elenco di organismi ADR che soddisfino tali condizioni e dei principali dati identificativi, da trasmettere in maniera aggiornata alla Com-

zioni finali, tra le quali quella dedicata alle sanzioni (art. 18), che gli Stati membri sono tenuti a stabilire in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva in relazione alla violazione delle disposizioni concernenti le informazioni che i professionisti devono rendere nei confronti dei consumatori e gli organismi alle autorità competenti, nonché a tutte le misure necessarie che gli Stati medesimi sono tenuti a prendere per garantire l'applicazione della direttiva. In base alla proposta, il recepimento della direttiva dovrebbe avvenire entro diciotto mesi dall'entrata in vigore, periodo entro il quale gli Stati membri dovrebbero adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla fonte europea.

Non è da escludere, peraltro, che al fine di favorire la diffusione delle procedure ADR tra i consumatori gli Stati membri possano anticipare la fase attuativa, senza attendere le scadenze stabilite. Allo stesso modo, per riuscire a gestire anche le procedure ADR in materia di consumo nell'intero ambito europeo gli organismi esistenti potrebbero uniformarsi ai principi della direttiva che, peraltro, in buona misura sono già contenuti nelle precedenti raccomandazioni della Commissione europea.

4. *La proposta di regolamento ODR.* – Entro l'anno 2012, dovrebbe essere varato dal Parlamento europeo e dal Consiglio anche il regolamento relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori)¹²⁸ anch'esso proposto dalla Commissione europea¹²⁹. Si è di fronte a un documento che si affianca e si collega in numerosi

missione che provvede a pubblicare un elenco complessivo e consolidato degli organismi ADR sul suo sito *web* e attraverso altri mezzi che ritiene appropriati. Ciascuna autorità competente ogni due anni pubblica una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento degli organismi ADR.

¹²⁸ La proposta di regolamento sull'ODR per i consumatori [documento COM (2011) 794] è consultabile all'indirizzo *web*: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_it.pdf.

¹²⁹ Sulla proposta di regolamento ODR, cfr. V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 315 s.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 711 ss.

punti alla proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori e, pertanto, appare preferibile soffermarsi sui profili contenutistici specifici distribuiti in diciotto articoli, che sono raccolti in tre capi, relativi alle disposizioni generali (I), alla piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online* (II) e alle disposizioni finali (III), seguiti da un alleato.

Il Capo I contiene le disposizioni generali relative all'oggetto (art. 1), al campo di applicazione (art. 2), al rapporto con altre fonti (art. 3) e le definizioni (art. 4). La prima norma indica l'obiettivo dell'iniziativa regolamentare e le modalità di attuazione. Si legge che il regolamento mira a contribuire al funzionamento del mercato interno, in particolare della sua dimensione digitale, e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori¹³⁰, mettendo a disposizione una piattaforma che agevola la risoluzione extragiudiziale, equa, efficace e trasparente delle controversie *online* tra consumatori e professionisti¹³¹. Nel mercato interno finale la dimensione digitale degli scambi si combina con la risoluzione extragiudiziale delle controversie *online*¹³². Si specificano obiettivi e modalità di intervento digitali, che si stagliano rispetto a processi più ampi e generali dello sviluppo del mercato interno¹³³.

¹³⁰ In base al considerando n. 5, infatti, i consumatori assurgono a priorità in quanto principali soggetti del mercato interno che vede la dimensione digitale divenire essenziale in ragione del continuo aumento degli scambi effettuati su internet. Di qui la necessità di adottare iniziative a livello europeo che rendano i consumatori e i professionisti sicuri nel contesto digitale.

¹³¹ La mancanza di un meccanismo che consenta tramite mezzi elettronici la soluzione extragiudiziale semplice ed economica delle controversie comporta svantaggi per i consumatori, ostacola le operazioni transfrontaliere *online* e crea una situazione di squilibrio per i professionisti, finendo per ostacolare lo sviluppo del commercio elettronico (considerando n. 7).

¹³² La disponibilità di mezzi di facile utilizzo e poco costosi per la risoluzione delle controversie può aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel mercato interno, come riportato dal considerando n. 6, in quanto gli stessi soggetti continuano a incontrare difficoltà, tanto da lasciarle spesso irrisolte, nella risoluzione extragiudiziale delle controversie connesse a operazioni transfrontaliere *online*.

¹³³ Per V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 316 si ha la sensazione che l'ODR sia un'implicazione necessaria e non evitabile dell'*e-commerce*, e che la gestione online sia il futuro di qualunque controversia e non solo dei reclami di qualunque consumatore.

In questo senso, il campo d'applicazione delle disposizioni regolamentari (art. 2), trova conseguente delimitazione con riferimento all'impiego dei mezzi *online*. Più precisamente, il regolamento proposto si applica alla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra consumatori e professionisti¹³⁴ connesse alla vendita di beni o alla fornitura di servizi *online* a livello transfrontaliero¹³⁵. La risoluzione inoltre deve avvenire mediante l'intervento di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie conforme alla direttiva ADR dei consumatori e di una piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online*. La piattaforma europea costituisce l'elemento di maggiore novità che si intende introdurre e si deve coordinare con le restanti normative. A tal proposito, come già rilevato per la proposta di direttiva ADR, ai sensi dell'art. 3, neppure il regolamento pregiudica la direttiva 2008/52/UE e i regolamenti (CE) n. 44/2001, n. 864/2007 e n. 593/2008.

Tra le definizioni dell'art. 4, ai fini dell'indagine che si svolge, si segnalano quelle legate alla dimensione *online* degli scambi e della risoluzione alternativa delle controversie. Per vendita di beni o fornitura di servizi *online*, infatti, si intende l'operazione connessa alla vendita di beni o alla fornitura di servizi qualora il professionista, o il suo intermediario, offra beni o servizi mediante un sito web o altri mezzi elettronici e il consumatore effettui l'ordinazione di tali beni o servizi su tale sito *web* o mediante altri mezzi elettronici (lett. c)¹³⁶. Questi ultimi sono intesi quali strumentazioni elettroniche per il trattamento (inclusa la compressione digitale dei dati) e l'archiviazione di dati che sono inviati, trasmessi e ricevuti via cavo, via radio, via mezzi ottici o

¹³⁴ Il regolamento non si applica alle controversie tra professionisti (considerando n. 12).

¹³⁵ Il regolamento non deve essere applicato, in base al considerando n. 8, alle controversie tra consumatori e professionisti che sorgono dalla vendita di beni o dalla fornitura di servizi *online* se almeno uno di essi non è stabilito o non è residente in uno Stato membro al momento dell'ordine o se entrambi sono stabili o residenti nello stesso Stato membro.

¹³⁶ Il considerando n. 11, in particolare, comprende nella definizione i casi in cui il consumatore abbia avuto accesso al sito *web* o a un altro servizio della società dell'informazione mediante un apparecchio elettronico mobile quale un telefonino mobile.

tramite altri mezzi elettromagnetici (lett. d)¹³⁷. La vendita di beni o la fornitura di servizi *online* a livello transfrontaliero sussiste quando al momento dell'ordine il consumatore è residente in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento del professionista (lett. e)¹³⁸. Le definizioni di procedura ADR e di organismo ADR sono mutuata dalla proposta di direttiva¹³⁹, mentre si segnala l'introduzione delle definizioni di parte ricorrente (lett. i) e convenuta (lett. j), rispettivamente, intese come il consumatore o il professionista che ha presentato o contro il quale è presentato un reclamo tramite la piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online*. Dalle definizioni, in termini sistematici, emergono alcuni elementi significativi, in quanto tanto il consumatore quanto il professionista hanno interesse e possono attivare la procedura, inoltre si evoca un linguaggio processuale per le ADR che si incentra sulla novità della piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online*. Ad essa, infatti, è dedicato il capo II, che si sofferma sulla costituzione (art. 5) e sui principali profili attinenti all'assistenza (art. 6), all'avvio (art. 7) e allo svolgimento del reclamo (art. 8), alla risoluzione delle controversie (art. 9), alla raccolta e al trattamento dei dati (artt. 10 e 11) da gestire in sicurezza (art. 12) e alle informazioni per i consumatori (art. 13).

La principale novità introdotta dal regolamento è rappresentata dalla piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online*, denominata "piattaforma ODR" (art. 5), che è istituita

¹³⁷ La proposta di regolamento precisa pure che non sono considerati servizi forniti tramite mezzi elettronici: i servizi *off-line*, i servizi che hanno un contenuto materiale anche se viene fornito mediante mezzi elettronici e i servizi che non sono forniti mediante sistemi elettronici di trattamento-inventario, dei quali è fornita una esemplificativa indicazione.

¹³⁸ Ogni autorità competente valuta, sulla scorta delle informazioni ricevute, se gli organismi ADR rientrano tra quelli compresi nell'ambito di applicazione della direttiva e che rispettano i requisiti di qualità di cui al capitolo II, elaborando un elenco di organismi ADR che soddisfino tali condizioni e dei principali dati identificativi, da trasmettere in maniera aggiornata alla Commissione che provvede a pubblicare un elenco complessivo e consolidato degli organismi ADR sul suo sito *web* e attraverso altri mezzi che ritiene appropriati. Ciascuna autorità competente ogni due anni pubblica una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento degli organismi ADR.

¹³⁹ In base al considerando n. 13, il regolamento deve essere letto in combinato disposto con la direttiva ADR per i consumatori.

dalla Commissione europea (par. 1)¹⁴⁰, che ne assume la responsabilità dello sviluppo, funzionamento e manutenzione, oltre che della sicurezza dei dati trattati (par. 3).

La piattaforma ODR deve essere un sito *web* interattivo che offra un accesso elettronico e gratuito in tutte le lingue ufficiali dell'Unione e costituisce l'unico punto di accesso per i consumatori e i professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie oggetto del regolamento (art. 5, par. 2). La piattaforma ODR svolge una serie di funzioni (par. 3) rivolte alle parti, agli organismi ADR, alle autorità europee e nazionali e al pubblico interessato. Alla piattaforma si devono registrare elettronicamente gli organismi ADR notificati alla Commissione, perciò, considerati competenti a trattare le controversie rientranti nell'ambito applicativo del regolamento presentate tramite reclamo (par. 4). La piattaforma ODR, pertanto, costituisce uno strumento di raccordo telematico, in quanto, da un lato, permette ai consumatori e ai professionisti di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico reso disponibile e, da un altro lato, trasmette i reclami agli organismi ADR competenti. La piattaforma, quindi, deve offrire alle parti e agli organismi ADR la possibilità di eseguire la procedura di risoluzione del conflitto attraverso la piattaforma stessa¹⁴¹.

Il sistema ODR elaborato a livello europeo si deve basare sugli organismi ADR esistenti negli Stati membri e attraverso il collegamento alla piattaforma di tutti gli organismi notificati alla Commissione dovrebbe garantire una completa copertura per la risoluzione extragiudiziale *online* delle controversie transfrontaliere connesse alla vendita di merci o alla fornitura di servizi *online*¹⁴². Gli organismi ADR che ricevono un reclamo trasmesso mediante la piattaforma ODR, pertanto, applicano le proprie norme procedurali, incluse quelle riguardanti i costi, ancorché il regolamento intenda salvaguardare l'efficacia delle procedure extragiudiziali *online* attraverso l'introduzione di alcune regole

¹⁴⁰ Il regolamento, si legge nel considerando n. 14, mira all'istituzione di una piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online* connesse a operazioni transfrontaliere del commercio elettronico.

¹⁴¹ In tal senso, il considerando n. 14.

¹⁴² In tal senso, il considerando n. 16.

comuni che garantiscano una soluzione rapida delle controversie¹⁴³. Peraltro, il regolamento non deve impedire né il funzionamento di altri organismi di risoluzione delle controversie *online* operanti nell'Unione, né che gli organismi ADR trattino controversie transfrontaliere riguardanti operazioni *online* che siano presentate tramite canali differenti dalla piattaforma ODR¹⁴⁴.

Per funzionare la piattaforma si avvale altresì di una rete di assistenza per la risoluzione delle controversie *online* (rete di assistenza ODR) istituita dalla Commissione che consente la cooperazione tra assistenti ODR (art. 6). Ciascuno Stato membro, infatti, deve designare e comunicare alla Commissione un punto di contatto ODR (par. 1) che si avvale di almeno due assistenti ODR, i quali forniscono assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma (par. 6).

Passando agli aspetti procedurali¹⁴⁵, in sintesi, per la presentazione del reclamo alla piattaforma la parte ricorrente compila un modulo elettronico disponibile sul sito *web* della piattaforma stessa (art. 6, par. 1), la quale fornisce alle parti le informazioni sugli organismi competenti tra i quali le parti medesime devono operare una scelta informata avvalendosi degli assistenti ODR degli Stati interessati (par. 3). Il modulo di reclamo elettronico, le cui caratteristiche sono definite dalla Commissione (par. 4), deve essere presentato integralmente compilato alla piattaforma ODR (art. 8, par. 1) che comunica alla parte ricorrente, nella sua lingua, e alla parte convenuta, nella lingua del contratto, l'informazione che le parti devono trovare un accordo sull'organismo ADR competente in modo da inoltrare il reclamo a quest'ultimo (lett. *n*) e che in mancanza di accordo o di organismo ADR competente il reclamo non sarà trattato (lett. *o*). A tal fine, si trasmette pure un elenco degli organismi ADR individuati (lett. *p*) con i relativi contatti (lett. *q*), invitando le parti a selezionare uno degli organismi ADR elencati (lett. *r* e *s*), a meno che il consumatore non scelga uno degli organismi ADR che il professionista si è impegnato a utilizzare, nel qual caso la piattaforma inoltrerà automaticamente il

¹⁴³ In tal senso, il considerando n. 15.

¹⁴⁴ In tal senso, il considerando n. 17.

¹⁴⁵ In proposito, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 714 ss.

reclamo a tale organismo (lett. t). Nella comunicazione rivolta alle parti, inoltre, si descrivono le principali caratteristiche di ciascun organismo ADR da scegliere (par. 3). A tal proposito, si prevede che se le parti non forniscano una risposta alla piattaforma o non riescano a trovare un accordo su un organismo ADR il reclamo non sarà trattato e il consumatore sarà informato della possibilità di contattare un assistente ODR per ottenere informazioni su altre forme di ricorso (par. 4). La piattaforma trasmette automaticamente il reclamo all'organismo ADR scelto nelle loro risposte dalle parti, ovvero a quello scelto dal consumatore tra quanti il professionista abbia indicato di avvalersi in sede contrattuale (par. 5). Infine, quando le parti si accordino su diversi organismi ADR, si chiede al consumatore di sceglierne uno, al quale la piattaforma trasmetterà automaticamente il reclamo (par. 6).

Quanto alla risoluzione della controversia, ai sensi dell'art. 9, gli organismi ADR ai quali è trasmesso il reclamo provvedono a notificare senza indugio la controversia alle parti, informandole delle norme procedurali e dei costi applicabili (lett. a) e, qualora le parti concordino di avviare la procedura, questa deve essere conclusa entro trenta giorni dalla data di avvio, potendo l'organismo ADR prorogare il termine in caso di controversie complesse. Gli organismi ADR trasmettono alla piattaforma le informazioni sulla data di ricevimento e l'oggetto della controversia, la data della notifica della controversia alle parti, la data della conclusione e l'esito della procedura (lett. c).

Anche per il sistema ODR, come già per quello collegato ADR, quindi, non si pone un'obbligatorietà della procedura extragiudiziale. Sia il consumatore, che il professionista, infatti, possono agire giudizialmente decidendo di non promuovere, coltivare o condividere una soluzione alternativa¹⁴⁶.

La Commissione adotta le misure necessarie per istituire e mantenere una base dati elettronica per archiviare le informazioni trattate (art. 10) e l'accesso ai relativi dati è consentito anche agli organismi ADR incaricati e agli assistenti ODR i quali devono rispettare le norme sulla sicurezza del trattamento dei dati

¹⁴⁶ Così, V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, cit., p. 316.

personali (art. 11). A tal proposito, gli assistenti ODR e gli organismi ADR sono sottoposti al segreto d'ufficio e ad altri vincoli equivalenti di riservatezza stabiliti dalla legislazione nazionale (par. 1). La Commissione è responsabile del trattamento dei dati personali trattati e deve assumere le conseguenti iniziative e misure per garantire la sicurezza (par. 2)¹⁴⁷.

Il regolamento proposto si sofferma sulle informazioni rivolte ai consumatori sulla piattaforma (art. 13) dettando prescrizioni assai significative per la conoscenza effettiva e l'utilizzo delle ODR. In particolare, i professionisti stabiliti nell'Unione operanti nel settore della vendita di beni o della fornitura di servizi *online* a livello transfrontaliero devono informare i consumatori della possibilità di ricorrere alla piattaforma ODR e indicano l'indirizzo di posta elettronica. Tali informazioni devono essere facilmente, direttamente, visibilmente e permanentemente accessibili sui siti *web* dei professionisti e, se l'offerta è fatta mediante posta elettronica o altri messaggi testuali trasmessi tramite mezzi elettronici, in tali messaggi. Le informazioni devono contenere un *link* elettronico alla *homepage* della piattaforma ODR e, inoltre, i professionisti devono informare i consumatori della possibilità di rivolgersi alla piattaforma ODR se un consumatore presenta un reclamo al professionista, al sistema di trattamento dei reclami dei consumatori gestito dal professionista o al mediatore dell'impresa. Queste informazioni, infine, si aggiungono a quelle previste dalla direttiva ADR per i consumatori e dagli artt. 6 e 8 della direttiva 2011/83/UE per i contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali¹⁴⁸.

L'informazione assume un ruolo fondamentale per garantire la conoscenza e l'effettiva applicazione della riforma che, come segnalato, lascia ai consumatori, ai professionisti e agli organismi ampi spazi di libertà e autonomia di decisione nei momenti che

¹⁴⁷ Sul trattamento dei dati e delle informazioni nella piattaforma ODR, v. i considerando n. 20 e n. 21.

¹⁴⁸ Sugli obblighi informativi e i corrispondenti regimi previsti dalla direttiva 2011/83/CE, tra gli altri, v. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito applicativo e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 50 ss.; MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit., p. 869 ss.; C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, cit., p. 400 ss.

precedono, accompagnano e seguono l'avvio della procedura ODR. Il regolamento, in ogni caso, ribadisce che il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sono diritti fondamentali garantiti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, pertanto, le procedure extragiudiziali *online* non devono né sostituire le procedure giudiziali, né privare i consumatori o i professionisti del loro diritto di rivolgersi ai tribunali¹⁴⁹. Il regolamento ODR, come anche la direttiva ADR per i consumatori, rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti specificamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare gli artt. 7, 8, 38 e 47¹⁵⁰.

Il monitoraggio sulla conformità degli organismi ADR alle disposizioni del regolamento, che non può contenere alcun elemento che impedisca alle parti di accedere al sistema giudiziario¹⁵¹, è compiuto dalle autorità competenti istituite dagli Stati membri (art. 14). In base alle disposizioni finali (capo III), la Commissione assume importanti funzioni nell'attuazione della riforma (art. 15)¹⁵², potendo la stessa adottare atti delegati dal Parlamento europeo e dal Consiglio (art. 16)¹⁵³, ed essendo tenuta a presentare una relazione sull'attuazione del regolamento entro il quinquennio dall'entrata in vigore, scandita di sei mesi rispetto alla direttiva ADR per i consumatori (art. 18) e poi ogni triennio.

Il regolamento rispetta i principi di sussidiarietà e proporzionalità ai sensi dell'art. 5 in ragione degli obiettivi di costituire una piattaforma europea di risoluzione delle controversie *online* a livello transfrontaliero regolamentata da norme comuni a livello dell'Unione¹⁵⁴.

¹⁴⁹ In tal senso, il considerando n. 19.

¹⁵⁰ In tal senso, il considerando n. 25.

¹⁵¹ In tal senso, il considerando n. 19.

¹⁵² Le competenze di esecuzione della Commissione per quanto riguarda il funzionamento della piattaforma ODR, le modalità di presentazione dei reclami e la cooperazione con la rete di assistenza ODR rispondono alla finalità di garantire condizioni uniformi per l'applicazione del regolamento (considerando n. 24).

¹⁵³ I poteri delegati della Commissione sono adottati ai sensi dell'art. 290 TFUE. In proposito, v. il considerando n. 24.

¹⁵⁴ V. il considerando n. 25.

Dalla normativa vigente e di imminente emanazione in materia di consumo, l'attenzione si deve rivolgere alla disciplina europea e nazionale delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie connesse ad operazioni transfrontaliere e, in particolare, alla mediazione in materia civile e commerciale. L'assoggettamento delle controversie in materia di consumo alla mediazione, come segnalato, comporta una sovrapposizione tra le esaminate normative consumeristiche e quelle dedicate alla mediazione¹⁵⁵, che si devono perciò integrare, in maniera da rispettare i principi qualitativi illustrati e le ulteriori regole procedurali stabilite dalla direttiva 2008/52/CE. In questo modo, infatti, si garantiscono gli elevati livelli di tutela indispensabili per la salvaguardia dei diritti fondamentali dei contraenti più deboli e di quanti si avvalgono della mediazione per comporre volontariamente le controversie.

¹⁵⁵ Sui limiti di compatibilità delle proposte di direttiva ADR e regolamento ODR con la disciplina della mediazione, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 715 ss.

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 2008/52/CE SULLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi e i principi generali. - 2. Le definizioni di mediazione e di mediatore. - 3. Gli aspetti disciplinati.

1. *Gli obiettivi e i principi generali.* – La disciplina italiana della mediazione in materia civile e commerciale ha anch'essa derivazione europea e si inserisce tra le principali iniziative adottate dall'Unione con riferimento alla risoluzione stragiudiziale delle controversie finalizzata a favorire l'accesso alla giustizia e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori. La recente normativa si collega ai principi dei Trattati costitutivi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, persegue finalità istituzionali di carattere generale, riprende e sviluppa precedenti atti e documenti europei sugli strumenti alternativi alla giurisdizione, riferiti anche alla materia di consumo. Tali indicazioni, insieme ai principali contenuti della disciplina europea, sono riportati nella direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale¹⁵⁶.

La direttiva 2008/52/CE esordisce con il testuale richiamo del Trattato istitutivo della Comunità europea, in particolare delle disposizioni degli artt. 61, lett. c) e 67, paragrafo 5, secondo trattino, per poi delineare nei trenta considerando i profili funzionali, i principi generali e gli elementi qualificanti della mediazione, la cui disciplina, parziale in quanto riferita ad alcuni soltanto degli aspetti, è raccolta nel corpo di appena quattordici articoli¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Pubblicata sulla GUCE, L 136/3 del 24.5.2008.

¹⁵⁷ Sulla direttiva 2008/52/CE, tra i numerosi commenti, si segnalano V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.; M.F. GHIRGA,

Sul piano dell'inquadramento sistematico, in primo luogo, gli iniziali considerando della direttiva evocano gli obiettivi generali perseguiti dalle istituzioni europee ed esplicitano le modalità di realizzazione attraverso la mediazione e, quindi, la rilevanza primaria e il ruolo essenziale che questo istituto assume in Europa. Più precisamente, nel primo considerando si sottolinea che per conseguire l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone, la Comunità è tenuta ad adottare nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile le misure necessarie al funzionamento del mercato interno. Lo stretto collegamento funzionale tra istituzioni e principi cardine costitutivi del sistema europeo trova ulteriore articolazione con riferimento all'accesso alla giustizia, considerato principio fondamentale che, sulla scorta di precedenti atti adottati dal Consiglio all'esito del primo decennio del secolo, si deve migliorare attraverso l'istituzione da parte degli Stati membri di procedure extragiudiziarie e alternative¹⁵⁸. L'adozione di principi fondamentali applicabili ai metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale¹⁵⁹, inoltre, costituisce un passo essenziale per favorire lo sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali di composizione e, quindi, per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia. La dialettica istituzionale, quindi, nell'aprile 2002 ha visto la Commissione presentare un libro verde relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale che dopo aver rilevato la situazione dell'Unione in ordine al-

Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE), in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.; F.P. LUISSO, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2009, p. 1257 ss.; L. GRAZIANO, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 614 ss.; G. IMPAGNATELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it.

¹⁵⁸ Un invito in tal senso agli Stati membri è stato rivolto dal Consiglio nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

¹⁵⁹ Nel maggio 2000 il Consiglio ha adottato le conclusioni sulla necessità di istituire principi fondamentali riferiti ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale e sugli effetti positivi sulla giustizia.

l'applicazione dei metodi risolutivi alternativi ha aperto un'ampia consultazione con Stati membri e parti interessate sulle possibili misure per promuovere l'utilizzo della mediazione.

La mediazione, in questo modo, assume una precisa collocazione funzionale e sistematica nel contesto delle attività istituzionali dell'Unione. La mediazione costituisce uno dei metodi extragiudiziali di risoluzione delle controversie che, al pari di quelli giudiziali, l'Unione intende promuovere in quanto contribuiscono a garantire il migliore accesso alla giustizia, come parte della più ampia politica europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁶⁰.

La direttiva dovrebbe perciò contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare, per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione, da rendere fruibili in base ad una disciplina europea incentrata sui principi fondamentali che ne garantiscono la qualità. Nei considerando, infatti, si prevede espressamente che per promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione e per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile.

Le caratteristiche della mediazione, secondo la valutazione del legislatore europeo¹⁶¹, dovrebbero renderla preferibile per ragioni intrinseche al metodo compositivo legate tanto alle modalità procedurali da seguire quanto al contenuto della soluzione alternativa raggiunta. La mediazione, infatti, è suscettibile di fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida del-

¹⁶⁰ Sulle tappe del processo che ha portato all'affermazione in Europa e nei principali Stati della mediazione e degli strumenti A.D.R., tra gli altri. v. M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2006, p. 463 ss.; E. FABIANI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs n. 28/2010*, cit., p. 1 ss.; E.M. APPIANO, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 85 ss.; A. PERA, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., p. 57 ss.; V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p.429 ss.; Id., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it.

¹⁶¹ Considerando n. 6.

le controversie mediante procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli eventuali accordi risultanti dalla mediazione, infatti, hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

Tali vantaggi, ritenuti ancora più evidenti nelle relazioni conflittuali che presentano elementi di portata transfrontaliera¹⁶², portano a escludere che la mediazione possa considerarsi un'alternativa peggiore rispetto al processo giudiziario, che si conclude con un provvedimento esecutivo. La direttiva si sofferma perciò sul punto della coercibilità della soluzione concordata in mediazione, prevedendo che l'esecuzione non sia comunque rimessa solo alla buona volontà delle parti. Le legislazioni degli Stati membri dovrebbero garantire che le parti possano chiedere che sia reso esecutivo il contenuto di un accordo scritto raggiunto in mediazione¹⁶³ e, comunque, che la direttiva non dovrebbe incidere sulle normative nazionali vigenti in materia di esecuzione di questi accordi¹⁶⁴.

Per garantire la qualità della mediazione, oltre che favorirne l'utilizzo, la direttiva impone che la disciplina contenga un'altra serie di misure da rispettare. Così, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le norme sui termini di prescrizione o di decadenza non impediscano alle parti di adire un organo giurisdizionale o di rivolgersi all'arbitrato in caso di infruttuoso esperimento della mediazione¹⁶⁵. Si vuole scongiurare il rischio che la durata della mediazione comprometta la tutela giudiziaria o arbitrale della parte che intende avvalersene. Ancora, sotto un profilo di tutela differente ma non meno significativo, si prevede la necessaria protezione della riservatezza della mediazione rispetto ai successivi processi giudiziari e arbitrali¹⁶⁶.

La mediazione, in base ai principi affermati dalla direttiva, si presenta come una procedura di risoluzione delle controversie

¹⁶² Considerando n. 6.

¹⁶³ Considerando n. 19.

¹⁶⁴ Considerando n. 22.

¹⁶⁵ Considerando n. 24.

¹⁶⁶ Considerando n. 23.

civili e commerciali alternativa alla giurisdizione, che per natura e caratteristiche si differenzia nettamente da essa, ma non è, né può considerarsi deteriore. Tanto risulta confermato dalla solenne affermazione anch'essa risultante dai considerando¹⁶⁷ che con la direttiva sulla mediazione si cercano di promuovere i diritti fondamentali e si tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tra i diritti fondamentali contenuti nelle convenzioni internazionali ed europee, quindi, assumono principale rilievo quelli concernenti la libertà personale¹⁶⁸, la riservatezza¹⁶⁹ e l'accesso alla giustizia, da non intendere solamente come tutela processuale¹⁷⁰. Le medesime indicazioni sono riferibili ai principi riconosciuti dalla Carta dell'Unione europea.

La previsione della mediazione e la relativa disciplina risultante dalle disposizioni contenute nella direttiva, quindi, favoriscono la tutela dei diritti fondamentali in quanto, come osservato, semplificano e facilitano l'accesso alla giustizia, che non è da intendersi circoscritta alla sola giurisdizione. Lo stesso legislatore europeo riconosce che gli obiettivi alti perseguiti mediante la riforma della mediazione non possono essere realizzati adeguatamente dagli Stati membri e, in ossequio ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità stabiliti dal trattato¹⁷¹, necessitano di un preferibile intervento a livello comunitario¹⁷².

Il carattere deleterio della mediazione rispetto alla giurisdizione, infine, non potrebbe neppure argomentarsi con riferimento alla supposta inadeguatezza della tutela apprestata a favore dei soggetti più deboli, in particolare i consumatori. Nei confronti di costoro, fermo quanto osservato in relazione alle altre fonti europee vigenti e in via di approntamento¹⁷³, la direttiva lungi dal-

¹⁶⁷ Considerando n. 27.

¹⁶⁸ Considerando n. 6.

¹⁶⁹ Art. 5, paragrafi 3 e 4.

¹⁷⁰ Considerando n. 6.

¹⁷¹ Considerando n. 28.

¹⁷² Considerando n. 28.

¹⁷³ V. *supra* sulle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE e sulle proposte di direttiva sull'ADR e di regolamento sull'ODR per i consumatori.

l'escluderli dal campo di applicazione della mediazione, interviene piuttosto prescrivendo l'osservanza di standard qualitativi più intensi, in conformità a un principio di adeguatezza che è compatibile con la natura flessibile dello strumento di tutela extragiudiziale. In termini generali, infatti, si prevede che al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all'effetto sui termini di decadenza e prescrizione, nonché al riconoscimento e all'esecuzione di accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi maniera, l'adeguata formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione¹⁷⁴. Nell'ambito della protezione dei consumatori, infatti, la Commissione ha adottato una raccomandazione¹⁷⁵ che stabilisce requisiti minimi che gli organi extragiudiziari che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione, pertanto, dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti¹⁷⁶.

L'esame dei considerando della direttiva fornisce altre importanti indicazioni parimenti significative per definire la natura giuridica della mediazione e quale complessiva configurazione le istituzioni europee intendano dare ad essa. La formulazione di contenuti normativi essenziali, riferiti ai soli aspetti fondamentali dell'istituto, infatti, corrisponde alla scelta di politica europea del diritto di privilegiare i meccanismi di controllo della qualità, l'autonomia organizzativa e di funzionamento delle procedure, il libero confronto sul mercato e la ricerca del gradimento nei confronti dell'utenza. Di conseguenza, gli Stati membri dovrebbero

¹⁷⁴ Considerando n. 16.

¹⁷⁵ Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziari che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (GU L 109 del 19.4.2001, p. 56).

¹⁷⁶ Considerando n. 18 che conclude prevedendo che, allo scopo di agevolare la diffusione di informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione.

definire i meccanismi qualitativi di controllo affidati a soluzioni basate sul mercato senza fornire alcun finanziamento al riguardo. Emerge chiara e netta la differenza d'impostazione rispetto al sistema pubblico della giurisdizione, incorporato e integralmente finanziato dallo Stato che attraverso le sue articolazioni lo gestisce direttamente.

La direttiva si rimette alla logica concorrenziale del mercato e, pertanto, i meccanismi di controllo dovrebbero preservare la flessibilità del procedimento, l'autonomia delle parti e garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente¹⁷⁷. Sono prospettati pure innovativi strumenti di autoregolamentazione uniforme e di controllo elaborati in ambito europeo, quale è in primo luogo il codice europeo di condotta dei mediatori, che questi dovrebbero conoscere, applicare e rendere disponibile per il pubblico direttamente sulla rete internet¹⁷⁸. Si introducono dinamiche competitive, stimolando mediatori e utenti del servizio della mediazione a confrontarsi sull'organizzazione e la scelta dell'offerta qualitativa migliore tra quante sono disponibili sul mercato europeo e rese accessibili anche mediante le nuove tecnologie. A tal proposito, la direttiva prescrive di non impedire minimamente l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione¹⁷⁹. Malgrado la prudente formulazione in termini negativi della prescrizione, si vuole favorire l'utilizzo delle tecnologie per semplificare e sviluppare la diffusione dei servizi della mediazione nei nuovi contesti transfrontalieri, così da permettere di contenere i tempi e i costi di gestione¹⁸⁰. Si sollevano, tuttavia, delicate questioni di tutela della riser-

¹⁷⁷ Considerando n. 17.

¹⁷⁸ Il codice europeo di condotta per i mediatori è applicabile a tutti i tipi di mediazione in materia civile e commerciale e stabilisce una serie di principi ai quali i singoli mediatori possono spontaneamente aderire sotto la propria responsabilità. Quanto ai contenuti, la codificazione si suddivide in quattro principali sezioni tematiche, ciascuna con sottoarticolazioni interne, nell'ordine riferite a: 1) Competenza, nomina e onorari dei mediatori e promozione dei loro servizi; 2) Indipendenza e imparzialità; 3) L'accordo, il procedimento e la risoluzione della controversia e 4) Riservatezza.

¹⁷⁹ Considerando n. 9.

¹⁸⁰ Si rimanda in proposito al contenuto della proposta di regolamento ODR in materia di consumo, sulla quale v. *supra*.

vatezza, oltre che di accesso ai servizi per coloro che non utilizzino tali tecnologie. In ogni caso, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare l'utilizzo della mediazione sia direttamente con la divulgazione al pubblico di informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, sia attraverso i professionisti del diritto che informano i clienti delle possibilità offerte dalla mediazione¹⁸¹.

L'elaborazione di normative e autoregolamentazioni di respiro europeo sulla mediazione rispecchia la dimensione transfrontaliera dei conflitti ai quali direttamente si rivolge tale procedimento extragiudiziale. Le disposizioni della direttiva, infatti, dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma gli Stati membri sono espressamente lasciati liberi di decidere se applicare le medesime disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni¹⁸². Siffatta scelta è stata prontamente effettuata dal legislatore italiano in sede di attuazione della direttiva¹⁸³, che ha pertanto avuto un impatto applicativo molto maggiore che in altri Paesi europei.

Sempre negli iniziali considerando, si individuano mediante formule aperte e descrittive gli altri parametri applicativi e gli essenziali criteri identificativi della mediazione. Nell'ordine, le disposizioni della direttiva dovrebbero riferirsi alle controversie in materia civile e commerciale, con esclusione di quelle concernenti diritti ed obblighi di cui le parti non abbiano la facoltà di disporre da sole¹⁸⁴. La precisazione è importante in quanto la mediazione è ravvisabile nei procedimenti in cui due o più parti tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della controversia con l'assistenza del mediatore.

La nozione di mediazione, secondo la direttiva, dovrebbe corrispondere a un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi mo-

¹⁸¹ Considerando n. 25.

¹⁸² Considerando n. 8.

¹⁸³ Art. 2, d.lgs. n. 28/2010, sul quale v. *infra*.

¹⁸⁴ Considerando n. 10, che ravvisa particolarmente frequenti siffatte ipotesi di indisponibilità di diritti e obblighi in materia di diritto di famiglia e del lavoro.

mento¹⁸⁵. Per chiarire la natura della mediazione quale procedimento ispirato al principio della volontarietà e dell'autocomposizione assistita della controversia, nei considerando della direttiva si effettuano delle nette distinzioni rispetto alle altre tecniche giudiziarie ed extragiudiziarie di risoluzione del conflitto.

Da un lato, la disciplina della mediazione non dovrebbe applicarsi né ai tentativi di composizione svolti direttamente dall'organo giurisdizionale o dal giudice chiamato a risolvere la controversia nell'ambito del processo, né ai casi nei quali gli stessi chiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente¹⁸⁶. Sono invece assoggettati alla disciplina della mediazione i procedimenti nei quali un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione, la stessa è prescritta dal diritto nazionale ovvero è gestita, in qualità di mediatore, da un giudice che non abbia potere giurisdizionale sulla controversia¹⁸⁷. Nei termini richiamati, si distinguono nettamente gli ambiti e le discipline della giurisdizione e della mediazione.

Dall'altro lato, la direttiva non dovrebbe applicarsi alle trattative precontrattuali, ai procedimenti di natura arbitrale e a quelle forme di conciliazione che si svolgono davanti a un organo giurisdizionale. Sono del pari esclusi i reclami dei consumatori, l'arbitrato, la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa vincolante o meno, per la risoluzione della controversia¹⁸⁸. L'elencazione riporta ancorché in maniera descrittiva e ampia le principali tecniche extragiudiziarie di gestione e risoluzione delle controversie che sono utilizzate. Tutte si affiancano e distinguono, sotto uno o più profili qualificanti, rispetto alla mediazione che, di conseguenza, assume una propria dimensione applicativa e riveste una autonoma natura giuridica, che corrisponde alla peculiare configurazione data dalle norme europee.

Prima di affrontare la disciplina, la direttiva 2008/52/CE fornisce qualche ulteriore indicazione che contribuisce a precisare la

¹⁸⁵ Considerando n. 13.

¹⁸⁶ Considerando n. 12.

¹⁸⁷ Considerando n. 12.

¹⁸⁸ Considerando n. 11.

natura giuridica e l'ampiezza della nozione di mediazione, traendo spunto dalla multiforme prassi che è stata rilevata nei vari Paesi che da tempo l'hanno sperimentata, normata o autoregolata a livello nazionale. Così, la direttiva assoggetta alla disciplina europea della mediazione sia i casi nei quali, in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione, oltre che di richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità della mediazione¹⁸⁹. L'intervento giurisdizionale, in questi casi, rimane ai margini della mediazione, ancorché sia rilevante ai fini dell'accesso e della durata del procedimento.

La salvaguardia della legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio, oppure soggetto a incentivi o sanzioni, nei considerando della direttiva, è accompagnata dall'indicazione di un preciso e perentorio limite da rispettare: purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario¹⁹⁰. L'indicazione è fondamentale per raccordare correttamente i vari livelli, europei e nazionali, e gli ambiti, giudiziari e extragiudiziali, di tutela interessati dalla riforma della mediazione civile e commerciale. Per un verso, si declinano in termini di compatibilità con la mediazione le normative premiali, punitive o che addirittura impongono l'utilizzo della stessa prima di accedere alla giurisdizione¹⁹¹. Per altro verso, si individua un limite generale e invalicabile alle normative sulla mediazione stabilito proprio con riferimento alla necessaria accessibilità della giurisdizione¹⁹². Si prescrive che il diritto di accedere al sistema giudiziario non può essere impedito

¹⁸⁹ Considerando n. 13.

¹⁹⁰ Sul punto, v. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 362 ss.

¹⁹¹ Una siffatta possibilità è stata utilizzata dal legislatore italiano, con l'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 che ha configurato l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. Sul punto, v. *infra* capitolo III.

¹⁹² In relazione alla verifica di compatibilità con il diritto europeo delle misure coercitive e sanzionatorie che accompagnano la disciplina della mediazione nella legislazione italiana, v. *infra*. capitolo V.

e, quindi, che la mediazione non esclude affatto la tutela giurisdizionale e, piuttosto, concorre con essa a realizzare, ancorché con tecniche differenti, l'accesso alla giustizia.

In conclusione, i considerando della direttiva 2008/52/CE offrono un quadro complessivo dei profili funzionali, strutturali ed effettuali della mediazione, quale procedura extragiudiziale con cui le parti possono volontariamente decidere se e come comporre una controversia avvalendosi dell'assistenza di un mediatore. L'elemento qualificante della mediazione è indicato nella volontarietà, che si presta ad essere declinata come libertà e autonomia sia della parte in contesa che dispone dei propri diritti e obblighi, sia del mediatore chiamato a prestare assistenza per la risoluzione concordata della controversia in base a formule organizzative differenti¹⁹³ messe in competizione nel mercato europeo¹⁹⁴. L'esercizio di siffatte autonomie trova nelle disposizioni della direttiva lo statuto generale avente un contenuto essenziale ed elastico configurato in maniera adeguata alla funzione da svolgere e al rilievo fondamentale dei diritti coinvolti.

2. *Le definizioni di mediazione e di mediatore.* – La direttiva 2008/52/CE, come risulta dalla stessa intitolazione, nei 14 articoli si occupa di taluni aspetti soltanto della mediazione in materia civile e commerciale. La disciplina europea, infatti, si ispira a un criterio di essenzialità che porta a fissare direttamente il nucleo di principi fondamentali che devono essere ripresi e sviluppati nelle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri¹⁹⁵.

La scelta di politica del diritto, in conformità ai principi di proporzionalità e sussidiarietà ai quali si conforma l'Unione eu-

¹⁹³ In base al considerando n. 14, la direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla direttiva.

¹⁹⁴ La direttiva si applica a tutti gli Stati membri dell'Unione tranne la Danimarca (considerando n. 30 e art. 1, par. 3).

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art. 12, l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva si sarebbe dovuta verificare anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'art. 10, dedicato alle informazioni sugli organi giurisdizionali e sulle autorità competenti, per il quale è stata fissata una specifica data al più tardi entro il 21 novembre 2010.

ropea, disegna un sistema multilivello di normazione che lascia ampi margini di intervento alle fonti nazionali e all'autonomia regolamentare e organizzativa di quanti intendono cimentarsi nell'erogazione dei servizi della mediazione. L'impostazione si dimostra funzionale al perseguimento degli obiettivi sottesi all'introduzione della mediazione, all'ambito applicativo transnazionale e alla natura flessibile dell'istituto, che deve combinare il rispetto delle garanzie minime di tutela ed efficacia imposte normativamente a tutti i mediatori con l'adozione di regole organizzative e di concreto funzionamento lasciate all'autonomia di ciascuno. In una siffatta cornice normativa, pertanto, si rimanda alla sperimentazione, alle prassi operative e alle soluzioni compositive che in concreto si dimostrino qualitativamente migliori, in quanto si riescano ad affermare sui mercati perchè capaci di soddisfare le esigenze dei fruitori della mediazione. In sostanza, si vuole propugnare e stimolare il pluralismo dei regimi e delle formule organizzative nei servizi della mediazione che in ambito europeo trovano finalmente dei principi fondamentali e uno statuto generale di riferimento.

L'impostazione segnalata è però suscettibile di ingenerare incertezza e, in qualche modo, confusione tra gli utenti, i quali potrebbero rimanere disorientati da un siffatto quadro composito, senza riuscire probabilmente a coglierne tutte le potenzialità, quanto meno in una prima fase applicativa. La riforma europea ha inteso privilegiare la concorrenzialità dei modelli e l'autonomia organizzativa della mediazione, piuttosto che la certezza e la rigidità dei regimi, così da lasciare ampi spazi di libertà che devono essere supportati mediante un' incisiva attività divulgativa da parte delle istituzioni¹⁹⁶.

La soluzione normativa si dimostra significativa anche sul piano dell'inquadramento sistematico della mediazione poichè si discosta nettamente da quanto accade nel campo della giurisdizione e del processo, tendenzialmente oggetto di normazione a livello nazionale con tecniche formali e uniformi di composizione delle controversie. Con la mediazione si imbecca la differente via dell'informalità e della molteplicità delle tecniche con un approccio sostanziale nella gestione del conflitto che si affida al-

¹⁹⁶ Considerando 25 e artt. 10 e 11 direttiva 2008/52/CE.

l'autonomia privata, in maniera congeniale all'esercizio della libertà di scelta in sede contrattuale e di mercato in un contesto transnazionale.

La direttiva, come anticipato, si cimenta con una realtà europea della mediazione incerta e variegata, segnata da una pluralità di normative nazionali e sistemi di autoregolazione assai differenziati. La direttiva 2008/52/CE, quindi, intende approntare un primo quadro normativo di riferimento affinché si sviluppino sul mercato codici di condotta condivisi e sistemi qualitativi di controllo che soddisfino le esigenze crescenti e composite dell'utenza transnazionale. L'avviato processo normativo richiede una verifica *in itinere* dei risultati e probabilmente l'adozione di ulteriori interventi sempre a livello europeo¹⁹⁷, anche per aree e settori specifici, che richiedono un rafforzamento della tutela, come già previsto per i consumatori¹⁹⁸.

Operatori del diritto e studiosi della materia perciò devono conoscere e mantenere distinti i vari livelli di normazione e autoregolamentazione della mediazione. Per questa ragione, è preferibile affrontare in maniera separata la disciplina europea rispetto a quella nazionale, anche per verificare se i contenuti normativi siano conformi¹⁹⁹ e, in particolare, se nell'attuazione della direttiva si siano violati principi o diritti fondamentali. Una tale eventualità, infatti, è stata da più parti prospettata con riferimento alla legislazione italiana ed è stata portata all'attenzione delle Corti preposte²⁰⁰.

L'art. 1 della direttiva 2008/52/CE indica sinteticamente obiettivo e ambito di applicazione attraverso alcune disposizioni che contribuiscono a individuare natura e funzione della mediazio-

¹⁹⁷ Ai sensi dell'art.11 della direttiva, infatti, si prevede che entro il 21 maggio 2016 la Commissione presenti al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'attuazione della direttiva, che segnali lo sviluppo della mediazione in ambito europeo e nei singoli Stati e contenga eventuali proposte di modifica. L'arco temporale di un quinquennio, infatti, è da ritenere adeguato a operare una compiuta valutazione della prima attuazione della riforma della mediazione.

¹⁹⁸ V. *infra* capitolo I.

¹⁹⁹ Art. 12, che prevede che gli Stati membri comunichino alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno attuative della direttiva.

²⁰⁰ Le questioni saranno affrontate in sede di illustrazione della disciplina italiana, sulla quale v. *infra*.

ne, quale tutela stragiudiziale che si affianca alle altre e si raccorda alla giurisdizione. La facilitazione dell'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e la promozione della composizione amichevole delle stesse, come già osservato, costituiscono l'obiettivo proclamato dalla direttiva che si dovrebbe realizzare incoraggiando l'utilizzo della mediazione e garantendo alla stessa un'equilibrata relazione con il processo giudiziario. Se si tiene altresì conto di quanto già osservato in proposito negli iniziali considerando, si profilano nettamente le due principali chiavi di intervento seguite dal legislatore europeo: per un verso, nella mediazione è stata individuata la tecnica di risoluzione alternativa da privilegiare perchè favorisce la composizione amichevole delle controversie e, per altro verso, nel raccordo con il giudizio si ravvisano gli aspetti di maggiore delicatezza da disciplinare in maniera equilibrata. Le disposizioni dedicate alla mediazione si sviluppano coerentemente verso entrambe le direzioni, sulle quali occorre distintamente soffermarsi.

La composizione amichevole trova il campo applicativo d'elezione proprio nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, ossia quelle appartenenti al vasto ambito privatistico ispirato ai principi dell'autonomia privata. Tant'è, che sono escluse le sole controversie relative a situazioni soggettive sottratte alla disponibilità delle parti contendenti. La mediazione non si applica pertanto alle controversie afferenti all'ambito pubblicistico, con riferimento alle materie fiscali, doganale e amministrativa, oltre che alla responsabilità dello Stato per atti ovvero omissioni inerenti all'esercizio dei poteri pubblici. In queste materie, invero, si ravvisano discipline speciali di stampo autoritativo, tendenzialmente sottratte alla disponibilità dei contendenti, che non si prestano ad una composizione amichevole davanti al mediatore. La controversia transfrontaliera, infatti, vedrebbe coinvolto direttamente lo Stato o, a seconda dell'attività istituzionale che assume rilievo, una sua diramazione pubblica in quantità di parte chiamata a confrontarsi in maniera paritetica con gli altri contendenti, principalmente soggetti privati, che operano al di fuori dei confini territoriali e giuridici nazionali.

Le controversie transfrontaliere alle quali si applica la direttiva, ai sensi dell'art. 2, sono individuate sulla scorta del criterio per il quale almeno una delle parti in contesa è domiciliata o risiede

abituamente in uno Stato membro differente rispetto alle altre, avendo tendenzialmente riguardo al momento di attivazione della mediazione. Ai fini della verifica della transnazionalità della controversia, quindi, assume rilievo il momento in cui le parti contendenti assumono l'iniziativa o, comunque, possono o devono attivarsi per esercitare la loro autonomia dispositiva in mediazione²⁰¹.

L'art. 3 della direttiva opportunamente fornisce le puntuali definizioni dei termini mediazione (lett. a) e mediatore (lett. b) sui quali si incentra l'intera disciplina²⁰². L'inserimento delle definizioni, abituale nelle fonti comunitarie, si giustifica in ragione del forte rischio di equivoci e confusioni sia lessicali che concettuali che possono originarsi in questa materia. La riforma, infatti, intende disciplinare un istituto che, per tanti versi, è già presente nelle prassi e nelle legislazioni dei Paesi più avanzati, non solamente europei, ancorché abbia ricevuto di volta in volta denominazioni differenti. Tant'è che entrambe le definizioni di mediazione e di mediatore indicano tutti i corrispondenti elementi identificativi e contengono altresì l'espreso avvertimento dell'indifferenza della denominazione che risulta adottata in altre fonti.

La chiara e univoca indicazione definitoria corrisponde alla necessità avvertita dal legislatore europeo di ricomporre il sistema e assoggettarlo a un nucleo comune di principi fondamentali. Il lessico giuridico europeo, peraltro, evoca il linguaggio adottato nelle principali e più risalenti esperienze del mondo anglo americano che con il tempo è invalso a livello internazionale²⁰³.

²⁰¹ In base all'art. 2, par. 1, la data rilevante è quella in cui: a) le parti concordano di avvalersi della mediazione dopo il sorgere della controversia, b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale, c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale, d) l'invito alla mediazione è rivolto alle parti dall'organo giudiziario.

²⁰² Sulle definizioni contenute nella direttiva 2008/52/CE di mediazione e mediatore, v. E.M. APPIANO, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 111 ss.; M. BUZIO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 71 ss.; C. MENICCHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 5 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 48 ss.

²⁰³ Sull'esperienza in materia di *mediation* e di ADR avviata a metà anni settanta nella realtà statunitense, tra gli altri, v. G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione*

L'unità terminologica adottata nel lessico europeo corrisponde all'unitarietà della disciplina generale contenuta nella direttiva e, alla radice, lascia altresì supporre l'identità della natura giuridica del nuovo istituto.

Il costruendo diritto europeo dei contratti, anche in questo caso, adotta formule lessicali che si riempiono di contenuti nuovi e peculiari, da distinguere e non confondere con quelli tradizionali operanti in ambito municipale. A tal proposito, infine, l'inserimento nella direttiva delle due definizioni e l'esplicitazione dei corrispondenti significati si comprendono anche in ragione della preesistenza nel linguaggio giuridico utilizzato dal diritto privato di una disciplina speciale dedicata al contratto tipico di mediazione²⁰⁴.

Per mediazione, ai sensi dell'art. 3, lett. a), si intende: «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore». All'interno della definizione si aggiunge che: «tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro»²⁰⁵.

L'essenza della mediazione, in estrema sintesi, si ravvisa nel procedimento di autocomposizione della controversia utilizzato dalle parti, che si qualifica per alcune caratteristiche fondamentali di natura funzionale e strutturale. In primo luogo, il procedimen-

alternativa delle controversie – ADR nelle corti federali degli Stati Uniti, Milano, 1999; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008, p. 20 ss.; C. BESSO, *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso, Torino, 2010, p. 7 ss.; E. FABIANI, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 1 ss.

²⁰⁴ Art. 1754 ss. cod. civ. . In relazione a questo contratto tipico, di recente, v. F.M. D'ETTORE, D. MARASCIULO, *La mediazione tra modello normativo e prassi negli affari*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, LX, Padova, 2011.

²⁰⁵ Sulla definizione di mediazione, in particolare, v. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 360 ss.

to è finalizzato a risolvere la controversia e, in secondo luogo, il risultato positivo si realizza mediante il raggiungimento di un accordo che le parti volontariamente concludono. In questo senso, nel procedimento si svolge una dialettica che vede le parti in conflitto confrontarsi liberamente nella ricerca di una soluzione condivisa, che esse stesse direttamente devono discutere e decidere se e come raggiungere.

Il procedimento si caratterizza perciò per la volontarietà («su base volontaria»), nel senso che spetta alle parti e, in specie, a ciascuna di esse trovare modalità e contenuti condivisi per addivenire alla soluzione consensuale. Nella stessa definizione, peraltro, si precisa che la volontarietà del procedimento non è esclusa dalla circostanza che l'accesso alla mediazione sia imposto dalla legge, ovvero ordinato o suggerito dal giudice. In questi casi, malgrado non si abbia spontaneità, la decisione di promuovere la mediazione è comunque affidata alle parti in quanto il procedimento non si apre d'ufficio ma presuppone sempre l'iniziativa di almeno uno dei contendenti. In ogni caso, la volontarietà attiene al metodo compositivo da seguire nello svolgimento e negli esiti sia positivi, accordo risultante dalla mediazione, e sia negativi, mancanza di accordo risolutivo della controversia.

Nella richiamata definizione di mediazione, ancora, s'introduce l'elemento della strutturazione del procedimento, da intendere come precostituito schema, scandito e articolato per fasi e atti che devono essere preventivamente individuati. La strutturazione, in altre parole, presuppone un'intelaiatura essenziale, un minimo di sequenzializzazione standardizzata corrispondente ai principi e alle regole che devono guidare la dialettica tra le parti. Alcuni dei principi e delle regole sono imposti direttamente dalle norme europee, altri dalle fonti normative nazionali, altri ancora sono frutto dell'autoregolamentazione che si danno coloro che erogano la mediazione. Un'indispensabile componente strutturale del procedimento di mediazione è costituita dalla presenza, insieme alle parti in conflitto, di un soggetto che le assista nella ricerca della composizione condivisa.

La definizione distingue nettamente la mediazione rispetto alla giurisdizione, in quanto i procedimenti finalizzati alla risoluzione della controversia seguono principi differenti e sono ispirati a logiche alternative. La mediazione, di conseguenza, non si può svol-

gere davanti all'organo giurisdizionale o al giudice investiti del potere di cognizione e decisione autoritativa della controversia. In questi casi, non si ha mediazione neppure se in sede giudiziaria si svolgono dei tentativi di composizione amichevole della controversia. Si potrebbe avere mediazione solamente se il giudice che svolge questi tentativi non sia responsabile del procedimento giurisdizionale e, quindi, agisca senza i relativi poteri cognitivi e decisorii²⁰⁶. In questi casi, tuttavia, il giudice degraderebbe al ruolo di semplice mediatore e, quindi, si applicherebbe la corrispondente disciplina.

L'art. 3, lett. b) fornisce la definizione di mediatore da intendere come: «qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione»²⁰⁷. Il mediatore, quindi, è un soggetto distinto rispetto alle parti in conflitto, al quale queste si rivolgono per essere assistite nel procedimento finalizzato alla risoluzione consensuale della controversia. Il mediatore conduce la mediazione, nel senso che guida la dialettica tra i contendenti nelle diverse fasi, garantendo il rispetto dei principi e delle regole di corretto funzionamento, offrendo il necessario supporto finalizzato alla composizione della lite. La presenza e la condotta del mediatore, quindi, sono di ausilio e di facilitazione nella ricerca dell'accordo, ma costituiscono anche delle imprescindibili garanzie di tutela e di controllo.

Nella definizione sono individuate le tre principali caratteristiche dell'assistenza che presta il mediatore: l'efficacia, l'imparzialità e la competenza²⁰⁸. All'interno della direttiva, tuttavia, non sono esplicitati i corrispondenti contenuti, per individuare i quali occorre fare riferimento, in chiave sistematica, ad altre fon-

²⁰⁶ Art. 3, lett. a), seconda parte.

²⁰⁷ Sulla definizione di mediatore, v. M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, cit., p. 473 ss.

²⁰⁸ Sui principi che devono garantire la mediazione, v. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 377 ss.

ti normative europee che si occupano di procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie. Assume rilievo, anzitutto, la raccomandazione 2001/310/CE della Commissione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo²⁰⁹; fonte, questa, che viene espressamente richiamata tra i considerando della direttiva 2008/52/CE²¹⁰. In prospettiva, sono parimenti rilevanti l'adottanda direttiva sull'ADR per i consumatori e il collegato regolamento ODR²¹¹.

L'efficacia della procedura, come già rilevato con riferimento all'ambito consumeristico, in base alla raccomandazione 2011/310/CE (C.), si manifesta nella facile accessibilità e disponibilità per le parti, nella gratuità o modicità e proporzionalità dei costi per il mediatore, nell'esclusione dell'obbligatorietà dell'assistenza legale, nella rapidità della trattazione della controversia e nel controllo della procedura e delle condotte delle parti. Le medesime indicazioni, con la puntualizzazione della durata massima stabilita in novanta giorni per la procedura, sono contenute nella proposta di direttiva sull'ADR (art. 8).

L'imparzialità, sulla scorta della raccomandazione 2001/310/CE (A.), si sostanzia per i responsabili della procedura nella mancanza di condizionamenti, in ragione dell'irrevocabilità dell'incarico, dell'assenza di conflitti di interessi, oltre che nelle informazioni da rendere preventivamente alle parti sull'imparzialità e la competenza. Le medesime garanzie sono ribadite dalla proposta di direttiva sulla ADR per i consumatori, che dedica l'art. 6 alla competenza, come possesso di conoscenze, capacità ed esperienze necessarie, e imparzialità che per gli organismi collegiali richiedono una composizione paritetica di rappresentanti di consumatori e di professionisti. La composizione paritetica, allorché la controversia oggetto della mediazione non riguardi la materia del consumo, si dovrà comunque realizzare rispetto ai contrapposti centri di interessi riferibili alle parti.

²⁰⁹ In relazione al contenuto della raccomandazione 2001/310/CE, v. *supra* capitolo I, paragrafo 2.

²¹⁰ Considerando n. 18.

²¹¹ In relazione a tali fonti, v. *supra* capitolo I, paragrafi 3 e 4.

Ai fini della competenza assumono rilievo una serie di fattori: sia doti, inclinazioni e attitudini innate che si possono affinare ma appartengono alla natura, al carattere e alla professionalità dei mediatori, sia elementi di preparazione e conoscenza, che si riallacciano ai percorsi di studio e professionali, oltre che alle esperienze maturate. A quest'ultimo proposito, la definizione di mediatore rimane aperta nel senso che non impone l'appartenenza ad una determinata professione, che può perciò essere la più diversa a seconda delle legislazioni nazionali. Gli Stati membri, al fine di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente, infatti, incoraggiano la formazione iniziale e quella successiva dei mediatori²¹². Si prospetta, al fine di garantire la qualità della mediazione, un percorso formativo dedicato per questi soggetti che intendono svolgere l'importante funzione di assistenza delle parti, che non trova diretta corrispondenza all'interno dei tradizionali percorsi formativi e professionali delineati in ambito forense. È verosimile che, almeno all'inizio, si intervenga mediante una necessaria integrazione e contaminazione dei percorsi tradizionali, per poi elaborare dei corsi dedicati e costruiti in funzione delle esigenze professionalizzanti del settore. La dinamica competitiva che ispira il sistema europeo della mediazione, comunque, dovrebbe spingere verso la professionalizzazione e la specializzazione della formazione, così da soddisfare maggiormente le esigenze degli utenti.

Malgrado non siano stati affermati dalla direttiva 2008/52/CE, i principi di trasparenza ed equità sono da ritenere parimenti applicabili di quelli di imparzialità, efficacia e competenza. In tal senso, infatti, può argomentarsi sia in base alla circostanza che tutti i principi sono contenuti nella raccomandazione 2001/310/CE richiamata dalla direttiva e sia perchè gli stessi principi devono essere rispettati comunque nelle mediazioni concernenti le controversie in materia di consumo. Inoltre, trasparenza ed equità sono da ritenere estrinsecazioni essenziali del canone di volontarietà sul quale si basa l'intera mediazione secondo la stessa direttiva²¹³.

Dalla lettura combinata delle definizioni di mediazione e di mediatore emerge la chiara indicazione degli essenziali tratti identificativi di questa tecnica di risoluzione contrattuale del-

²¹² Art. 4, par. 2.

²¹³ Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE.

le controversie. I requisiti si delineano tanto in positivo, quanto in negativo con riferimento all'alternatività rispetto alla giurisdizione e alla posizione dell'organo giudiziario o giudice. Il mediatore, infatti, conduce il procedimento ma non ha alcun potere decisorio in ordine al merito della controversia e, quindi, all'attribuzione del bene in contestazione. L'intero procedimento, una volta incardinato, è ispirato al canone della volontarietà e rimane nella diretta disponibilità delle parti contendenti.

3. *Gli aspetti disciplinati.* – L'autonomia delle parti, pertanto, in sede di mediazione si deve svolgere nel rispetto dei principi e delle regole del procedimento strutturato, con l'assistenza del mediatore che lo conduce in maniera efficace, imparziale e competente, rimanendo privo di poteri decisorii della controversia. Soltanto se sussistono tali elementi, infatti, trova applicazione la disciplina della direttiva 2008/52/CE, che detta direttamente alcune prescrizioni sul funzionamento della mediazione e che, per il resto, lascia agli Stati membri di incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione²¹⁴.

La direttiva, in particolare, si sofferma sui principali punti di raccordo della mediazione con la giurisdizione, tra l'altro, quanto al ricorso alla mediazione (art. 5), all'esecutività degli accordi (art. 6), alla riservatezza (art. 7) e all'incidenza sulla prescrizione e la decadenza (art. 8). Ciascuno dei profili, ripresi e sviluppati nella legislazione attuativa nazionale, merita attenzione in quanto contribuisce a delineare la natura tecnico giuridico della mediazione e, quindi, a individuare la restante disciplina applicabile per gli aspetti lasciati privi di normazione.

In relazione all'accesso alla mediazione, anzitutto, l'organo giurisdizionale investito della causa può avere un ruolo attivo e propo-

²¹⁴ Art. 4, par. 1. Sul punto, v. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 361 ss.

sitivo. A seconda dei casi, esso può formulare un invito alle parti di rivolgersi alla mediazione per dirimere la controversia, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, ovvero un invito a partecipare a una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili²¹⁵. La formulazione, oltre che i contenuti degli inviti giudiziali dipendono dalla valutazione delle situazioni concrete riferite alla componibilità negoziale della controversia e altresì al grado di conoscenza che le parti abbiano della mediazione.

L'indicazione è assai significativa per più ragioni di ordine sia pratico e sia sistematico. Anzitutto, perchè è verosimile che almeno in questa prima fase di applicazione della mediazione alcune delle parti che controvertono in giudizio non abbiano esatta cognizione e piena padronanza della mediazione e della relativa disciplina²¹⁶. In questi casi, il suggerimento di partecipare a una sessione informativa sulla mediazione è da ritenere utile affinché ciascuna parte abbia piena consapevolezza dell'esistenza e delle caratteristiche della mediazione in modo da riuscire a prendere consapevolmente la decisione se, quando e come avvalersene. All'invito a partecipare alla sessione informativa, se lo reputi opportuno, il giudice potrebbe fare seguire quello di rivolgersi alla mediazione, qualora le parti non lo abbiano già fatto direttamente. La dialettica tra il giudice e le parti, infatti, stimola l'adozione di una scelta che in mediazione è affidata ai soli contendenti. L'utilità della mediazione, da un lato, nel corso del processo è stimata dal giudice che, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali funzionalmente orientati a trovare una soluzione più adeguata della controversia sottopostagli, può decidere se e quale tipo di invito rivolgere alle parti che però, almeno in via di principio²¹⁷, rimangono giuridicamente libere di aderirvi e ricorrere eventualmente alla

²¹⁵ Art. 5, par. 2.

²¹⁶ Tant'è che, ai sensi dell'art. 9, gli Stati membri incoraggiano con qualsiasi mezzo ritengano appropriato la divulgazione al pubblico, in particolare via internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione.

²¹⁷ Non è trascurabile, infatti, la capacità persuasiva che siffatti inviti sono suscettibili di avere sulle parti sia per l'autorevolezza dell'organo dal quale provengono e sia per il timore di conseguenze negative passibili in caso di rifiuto.

mediazione per trovare un accordo in sede extragiudiziaria. Nel corso del giudizio, spetta alle parti, malgrado e, comunque, a prescindere dalla formulazione dell'invito ad opera del giudice, la libertà di accedere alla mediazione e altresì di comporre consensualmente la controversia. È particolarmente significativo che la meritevolezza della funzione della mediazione si affermi addirittura nel corso del processo e, per giunta, che una tale valutazione promani dallo stesso giudice che la ritiene preferibile nell'interesse delle parti rispetto alla propria decisione autoritativa, capace probabilmente di chiudere il processo ma inidonea a porre fine alla controversia e, quindi, a ripristinare la coesione tra contendenti.

La direttiva, ancora, lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende obbligatorio il ricorso alla mediazione, oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario. In tutti i casi, come già osservato, si pone il limite generale e invalicabile che la legislazione nazionale non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario²¹⁸.

Le disposizioni nazionali precedenti e successive alla direttiva, quindi, possono intervenire variamente per orientare la scelta delle parti in conflitto verso la mediazione. A seconda delle disposizioni, è ravvisabile un'imposizione normativa per le parti a utilizzarla, tendenzialmente, prima di accedere al sistema giudiziario. La giurisdizione, pertanto, viene in rilievo in un momento successivo e assume un ruolo residuale, ancorchè necessario e insopprimibile nella tutela dei diritti qualora la mediazione non abbia successo. La legislazione è suscettibile di adottare, congiuntamente o disgiuntamente all'obbligatorietà della mediazione, un'altra pluralità di misure sia premiali del ricorso alla stessa sia sanzionatorie del rifiuto di utilizzarla o di parteciparvi. In tutti questi casi, il legislatore europeo ritiene che si rientri nell'ambito della mediazione e sia garantito il pieno rispetto dei diritti fondamentali delle parti, purchè alle stesse non sia totalmente precluso l'accesso alla giurisdizione.

Anche sotto questo aspetto, traspaiono due fondamentali note caratteristiche della mediazione: da un lato, la valutazione legale

²¹⁸ Art. 5, par. 2.

della particolare meritevolezza della funzione che è chiamata a svolgere e che giustifica l'adozione di un insieme di misure rafforzative che in definitiva ne favoriscono l'utilizzo; dall'altro lato, la volontarietà della procedura di mediazione che è sempre attivata dalla parte su propria iniziativa, ancorché la mediazione sia prescritta e suggerita dalle disposizioni nazionali. In tutti i casi, la scelta di promuovere la mediazione è riservata alle parti della controversia, le quali terranno conto della disciplina complessiva della mediazione nell'assumere le iniziative che esse stesse ritengono di intraprendere per la migliore tutela dei propri diritti. Tanto si afferma nei limiti del necessario rispetto del principio cardine costituito dal diritto fondamentale di accedere al sistema giudiziario, suscettibile di essere per taluni aspetti soltanto limitato, mai radicalmente escluso.

Nella mediazione, perciò, è ravvisabile una modalità di tutela volontaria e alternativa, che in base ai principi fondamentali europei non è mai sostitutiva della giurisdizione. Tant'è che la mediazione è esperibile sia prima dell'avvio che durante la pendenza del giudizio, senza pregiudicare, in caso di insuccesso della stessa, il diritto ad ottenere una pronuncia definitiva dell'organo giurisdizionale.

La preoccupazione che l'utilizzo della mediazione finisca in qualche modo per compromettere la tutela giudiziaria traspare dalle disposizioni della direttiva dedicate agli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza²¹⁹. Ai sensi dell'art. 8, infatti, gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o di decadenza. Il tempo occorrente alla mediazione, quindi, non deve riflettersi negativamente sulla tempestività e, quindi, sulla pienezza della tutela giudiziaria di cui le parti hanno diritto. Il legislatore europeo, anche sotto questo profilo, riserva alla mediazione un regime premiale, fun-

²¹⁹ Sul punto, v. M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 365 ss.

zionale a garantire l'esercizio effettivo della scelta delle parti di percorrere la via della tutela alternativa senza sacrificare, in caso di insuccesso, l'attivazione di quella giudiziaria²²⁰. L'incidenza che la mediazione assume rispetto ai meccanismi prescrizionali e decadenziali, di regola impediti solo dalla proposizione dell'azione giudiziale, conferma l'importanza che questa forma di tutela extragiudiziale assume in ambito europeo.

La finalità di garantire l'utile esperimento oltre che il successo della mediazione è alla radice delle disposizioni dell'art. 7 che prescrivono il rispetto del principio di riservatezza secondo un regime di tutela che gli Stati membri possono rendere ancora più rigoroso²²¹. La mediazione, infatti, deve svolgersi in maniera tale da rispettare la riservatezza e gli Stati membri devono garantire che né i mediatori, né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile o commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso²²². Il contenuto della procedura di mediazione, quindi, è coperto dalla riservatezza e, tendenzialmente, per il tramite della testimonianza di chi vi partecipa non può confluire in giudizio. Si affermano, quindi, la netta distinzione e la chiara alternatività tra le due forme di tutela, ciascuna assoggettata a un proprio regime. La direttiva, tuttavia, precisa che la tutela della riservatezza rimane nella disponibilità delle parti, le quali possono convenzionalmente derogarvi²²³, e soffre dei limiti legali allorquando sia necessario ga-

²²⁰ L'art. 8, par. 2 lascia impregiudicate le disposizioni relative ai termini di prescrizione e decadenza previste dagli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte.

²²¹ Art. 7, par. 2.

²²² Sulle disposizioni a tutela della riservatezza nella mediazione, v. A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 145 ss.; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; C. PILIA, *Riservatezza e tutela dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione n. 3*, cit., p. 183 ss.

²²³ Art. 7, par. 1.

rantire valori superiori di ordine pubblico dello Stato membro interessato²²⁴ ovvero dare applicazione o esecuzione all'accordo risultante dalla mediazione²²⁵.

La riservatezza della mediazione, quindi, si pone quale misura necessaria a garantire la libertà del dialogo e del confronto tra le parti e con il mediatore, nella consapevolezza di tutti che quanto sia stato affermato, appreso o emerga nella procedura non è utilizzabile in sede giudiziaria²²⁶. Anche questo aspetto, fondamentale per il successo della mediazione, si dimostra pienamente coerente con il carattere dispositivo della partecipazione delle parti alla mediazione e con la natura contrattuale dell'accordo risolutivo della controversia che si riuscisse a raggiungere con l'assistenza del mediatore.

Con riferimento all'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione, l'art. 6 della direttiva contiene alcune importanti disposizioni considerate anch'esse indispensabili per garantirne il successo. Gli Stati membri, infatti, assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. L'esecutività del contenuto dell'accordo incontra dei limiti quando sia contrario alla legge dello Stato in cui è presentata l'istanza ovvero se la legge del medesimo Stato non ne prevede l'esecutività²²⁷. Si rimanda poi alle diverse modalità con le quali il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo, mediante una sentenza, una decisione o un atto autentico di un organo giurisdizionale o altra autorità competente²²⁸, in con-

²²⁴ Art. 7, par. 1, lett. a), che esclude la tutela della riservatezza quando, in particolare, sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona.

²²⁵ Art. 7, par. 1, lett. b).

²²⁶ M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 365.

²²⁷ Art. 6, par. 1.

²²⁸ Ai sensi dell'art. 7, par. 3, gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le istanze di esecutività dei contenuti degli accordi risultanti dalla mediazione. La stessa

formità al diritto dello Stato membro in cui è presentata l'istanza²²⁹.

L'esecutività di tali accordi, come già osservato a proposito degli iniziali considerando²³⁰, permette di non lasciare alla mera cortesia o volontà della parte l'attuazione degli impegni assunti e, quindi, di non considerare la mediazione una tutela di rango inferiore alla giurisdizione. L'esecutività, infatti, è la normale forza attuativa della sentenza e, più in generale, dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria che risolvono autoritativamente le controversie. L'esecutività, quale idoneità all'attuazione forzata delle decisioni risultanti dalla giurisdizione, costituisce una delle principali estrinsecazioni dei pubblici poteri e presuppone un provvedimento proveniente direttamente dall'autorità giudiziaria o da altra autorità pubblica, che adotti la decisione o almeno operi il controllo necessario dell'atto privato. Di regola, invece, i contratti hanno l'efficacia cogente enfaticamente assimilata a quella della legge tra i contraenti, ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., ma non efficacia esecutiva, che si ottiene solo all'esito dell'accertamento proveniente dall'organo giudiziario e della conseguente pronuncia di condanna.

L'accordo risultante dalla mediazione, ai sensi dell'art. 7 richiamato, è suscettibile di assumere natura esecutiva, attraverso una sentenza o provvedimento pubblico²³¹. Si perviene, quindi, ad assicurare forza esecutiva alla soluzione concordata, senza dovere instaurare un separato giudizio di accertamento e condanna. Si tratta senza dubbio di un dato importante per il successo della mediazione che, tuttavia, importa una serie di considerazioni e implicazioni sistematiche sulla natura di siffatti accordi e sul regime ad

Commissione provvede a mettere a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni relative all'elenco di tali organi giurisdizionali e autorità (art. 10).

²²⁹ Ai sensi dell'art. 7, par. 4, infine, nessuna disposizione del presente articolo pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo in conformità al par. 1.

²³⁰ Considerando nn. 19 – 22, sui quali v. *supra*.

²³¹ M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, cit., p. 375.

essi applicabile. In questa sede, è però sufficiente rilevare come il rafforzamento dell'efficacia dell'accordo risultante dalla mediazione è ancora una volta soluzione coerente con la funzione particolarmente meritevole di tutela che svolge tale procedura alternativa. Al contempo, la forza esecutiva di tali accordi non deve portare sul piano dell'individuazione della natura giuridica e dell'inquadramento sistematico della mediazione a facili fraintendimenti o a suggestivi accostamenti con le sentenze o i provvedimenti giurisdizionali. L'accordo risultante dalla mediazione, infatti, costituisce un accordo contrattuale che trova nelle garanzie funzionali e strutturali della procedura la giustificazione della propria disciplina. La natura esecutiva dei contenuti di tali accordi, se rispettosi della legge dello Stato cui appartiene l'autorità preposta a concederla, costituisce il più evidente indice della peculiare funzione e della tutela rafforzata spettante a questo contratto.

La direttiva 2008/52/CE pur presentando una formulazione sintetica e dei contenuti essenziali delinea uno statuto generale e organico della mediazione che si impone in ambito europeo. Ad esso si devono raccordare le normative nazionali che alle prescrizioni europee avrebbero dovuto conformarsi entro il mese di maggio 2011 e che, come accennato, saranno sottoposte al cadenzato processo di revisione normativa entro il quinquennio²³². Si è in presenza di un'importante novità normativa destinata a diffondersi e radicarsi nel tessuto economico e sociale nel quale è chiamata a svolgere l'imprescindibile funzione di strumento di cerniera e coesione.

Di fronte alla disciplina europea della mediazione si impone uno sforzo congiunto del legislatore, dell'autorità giudiziaria e di quanti devono dare corpo alla disciplina complessiva e procedere all'attuazione della riforma. La mediazione, infatti, presenta un'indubbia novità, quanto meno per la realtà italiana, un'originalità dovuta all'essere una prima disciplina organica redatta a livello europeo, per la quale è stata operata la scelta di limitarsi ad uno statuto essenziale e di carattere aperto che lascia sia al legislatore nazionale e sia all'autonomia organizzativa il completamento del regime normativo e l'individuazione delle concrete regole di funzionamento.

²³² Art. 11 direttiva 2008/52/CE.

Sulla scorta delle disposizioni esaminate, tuttavia, è prospettabile una interessante lettura contrattuale della mediazione che presenta ancora tanti margini di incertezza e lascia forti dubbi sull'inquadramento più corretto. Per i numerosi aspetti privi di una testuale disciplina europea o nazionale, infatti, l'interprete è chiamato a verificare la soluzione preferibile, dovendo sovente scegliere tra una lettura processuale e una sostanziale. La prima tende a mutuare soluzioni tratte dall'ambito del giudizio e, quindi, del diritto processuale, legate alla dinamica del rito, di cui sono ravvisabili numerosi aspetti linguistici e soluzioni normative comuni. La seconda, verso la quale si propende in coerenza alle principali indicazioni normative europee, si rivolge alla sistematica contrattuale e sollecita l'individuazione di un criterio selettivo più puntuale, che non si limiti al mero rinvio alla disciplina generale dei contratti (art. 1321 ss. cod. civ.).

La dimensione procedimentale e quella sostanziale, in realtà, paiono coesistere e sovrapporsi inducendo gli interpreti verso soluzioni parziali che rimandano, volta a volta, ai corrispondenti regimi codicistici. Gli esiti non paiono appaganti, si rischia di perdere la visione unitaria della mediazione e, così, di frustrare il senso della redazione di uno statuto aperto e generale. L'ipotesi che si affaccia è quella di ravvisare nella dimensione contrattuale entrambe le prospettive, non solo quella sostanziale ritenuta in passato assorbente, ma anche quella procedimentale, che si afferma in maniera decisa. Quasi con un ribaltamento di prospettive, nella dinamica procedimentale si ravvisa l'elemento qualificante del contratto di mediazione, piuttosto che nel momento sostanziale degli effetti, come tradizionalmente si è ritenuto.

Nell'esame e nella valutazione della disciplina italiana della mediazione, peraltro, è opportuno considerare i contenuti delle restanti normative, anche in via di emanazione, relative alle procedure di risoluzione extragiudiziale in materia di consumo.

CAPITOLO III

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA E LA RIFORMA DEL SISTEMA CONCILIATIVO

SOMMARIO: 1. Le principali scelte normative. – 2. Il regime del servizio della mediazione. – 3. L'assistenza nella risoluzione delle controversie.

1. *Le principali scelte normative.* – La direttiva 2008/52/CE è stata tempestivamente attuata nell'ordinamento italiano nel rispetto dei termini assegnati e con l'effettuazione delle più significative scelte normative lasciate alla legislazione degli Stati membri. Il Parlamento e il Governo italiano hanno dettato una disciplina della mediazione di fortissimo impatto sia per l'esteso ambito applicativo ad essa riconosciuto e sia per il ruolo decisivo alla stessa attribuito nella risoluzione delle controversie prima dell'accesso alla fase giurisdizionale.

L'attuazione rafforzata della riforma italiana della mediazione si spiega, per un verso, con la grave arretratezza dei sistemi di tutela stragiudiziale, tutt'ora marginali in quanto rimasti scarsamente utilizzati e considerati poco appetibili tra le imprese e dai cittadini e, per altro verso, con la gravissima crisi del sistema giudiziario, affetto da carenze strutturali che lo rendono sempre più inadeguato a soddisfare le esigenze crescenti e differenziate di protezione provenienti dal mercato e dalla società²³³.

L'attuazione della direttiva 2008/52/CE, pertanto, ha costituito un'occasione importante sfruttata dal legislatore italiano per affrontare questioni nodali che da tempo affliggono l'ordinamento interno e comportano gravi penalizzazioni rispetto ad altri Paesi più avanzati, in un contesto di relazioni economiche e sociali che si sviluppano tra soggetti che oramai si muovono e confrontano a livello transnazionale, europeo e internazionale. Agli obietti-

²³³ V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, cit., p. 428 ss.

vi generali fissati nella direttiva volta a favorire l'accesso alla giustizia, lo sviluppo del mercato interno e l'elevata tutela dei consumatori, pertanto, la normativa attuativa italiana affianca le finalità deflattive del contenzioso e di riordino complessivo del sistema delle tutele alternative. Tanto si evince chiaramente dall'esame delle fonti nazionali e dai principali contenuti normativi della riforma della mediazione che si presenta come un intervento strutturale e organico di cui il Paese aveva assoluta necessità, così come accade anche per altri settori, al fine di affrontare le sfide del confronto competitivo e cercare di superare le difficoltà aggravate dalla dura crisi dei tempi presenti.

L'attuazione della direttiva 2008/52/CE si è realizzata per il tramite di uno scandito *iter* normativo che ha visto direttamente impegnati il Parlamento, chiamato a fissare i principi generali e i criteri della delega al Governo, incaricato di emanare una disciplina organica, e le strutture ministeriali competenti ad adottare le normative regolamentari di dettaglio e a garantire il controllo funzionale del nuovo sistema. La riforma è stata licenziata dal Parlamento con la legge 18 giugno 2009, n. 69, recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile²³⁴, che all'art. 60 contiene la formulazione della delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali²³⁵.

La fonte legislativa si connota per la chiara proiezione teleologica che avvince i molteplici argomenti affrontati, compresi quelli processuali e la stessa riforma della mediazione. In propo-

²³⁴ Pubblicata sulla GU n. 140 del 19 giugno 2009.

²³⁵ Sui criteri della delega parlamentare in materia di riforma della mediazione, v. R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in AA.VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354 ss.; F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2009, p. 1257 ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.; I. LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium juris*, 2010, p. 8 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Il corriere del merito*, 6, 2010, p. 593 ss.; G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. CUOMO ULLIOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2, 2010, p. 209 ss.

sito, la delega fissa il termine semestrale entro il quale il Governo avrebbe dovuto varare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale²³⁶ e stabilisce i principi e i criteri da rispettare²³⁷ che attribuiscono una notevole carica sistematica alla riforma italiana che, per taluni aspetti, oltrepassa le prescrizioni minime europee, senza però violarle. Tanto è segnalato, tra l'altro, dall'introduzione della significativa novità lessicale costituita dall'aver affiancato alla mediazione la conciliazione, così realizzando un collegamento che evoca una proiezione pre- o endo-processuale nel variegato campo dei meccanismi compositivi consensuali tradizionalmente previsti in Italia.

In primo luogo, all'art. 60, comma 2, l. n. 69/2009 s'impone il rispetto e la coerenza con la normativa comunitaria, individuabile non solo nella direttiva 2008/52/CE da attuare, ma anche nelle numerose altre fonti, in gran parte richiamate dalla stessa direttiva con riferimento alle procedure ADR, che il Governo deve osservare nel realizzare il necessario coordinamento della disciplina della mediazione con le numerose disposizioni vigenti in Italia nell'ambito delle tutele extragiudiziali. La riforma, pertanto, è l'occasione scelta per realizzare un intervento normativo organico che superi la frammentarietà e la disomogeneità delle varie discipline settoriali succedutesi, di matrice sia europea e sia interna.

I principi e i criteri stabiliti direttamente dall'art. 60, comma 3, affrontano gli aspetti fondamentali della riforma, sui quali occorre soffermarsi in quanto è stata sollevata davanti alla Corte Costituzionale la questione di illegittimità della normativa delegata, tra l'altro, proprio in ordine alla violazione e, comunque, all'eccesso di delega. A tal proposito, con una recentissima decisione, di cui non si conosce ancora il testo, la Corte Costituzionale avrebbe accolto proprio il rilievo di illegittimità per eccesso di delega dell'obbligatorietà della mediazione introdotta dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010²³⁸.

²³⁶ Art. 60, comma 1, l. n. 69/2009.

²³⁷ Art. 60, comma 2 e 3, l. n. 69/2009.

²³⁸ La sentenza è stata emessa dalla Corte Costituzionale all'udienza del 24 ottobre 2012, ma non è stato ancora reso disponibile il testo della pronuncia, né si conoscono le motivazioni a fondamento dell'accertata illegittimità, fatta

Nell'ordine, in relazione all'ambito applicativo oggettivo, all'art. 60, comma 3, si stabilisce che la mediazione finalizzata alla conciliazione abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia (lett. a), e che, quanto ai soggetti ai quali deve essere affidata la mediazione, occorre la presenza di organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione (lett. b). La disciplina della mediazione, si ribadisce ulteriormente, deve rispettare la normativa comunitaria ed essere formulata, anche estendendo le precedenti disposizioni dettate per la conciliazione societaria, mediante l'istituzione di un apposito registro degli organismi di mediazione presso il Ministero della Giustizia che ne assume la vigilanza (lett. c). Allo stesso Ministero è affidato il compito di fissare con successivo decreto i requisiti di iscrizione e permanenza (lett. d), prevedendo la possibilità di iscrizione di diritto, oltre che per le Camere di Commercio che già gestivano le procedure di conciliazione societaria, anche per i Consigli degli ordini degli avvocati, che si avvalgano di proprio personale, presso i Tribunali (lett. e e f) e, per le controversie in particolari materie, anche di altri ordini professionali (lett. g e h).

Quanto alle modalità di funzionamento della mediazione, si prevede espressamente che gli organismi iscritti possano svolgere il servizio avvalendosi anche delle procedure telematiche (lett. i). In ordine alla remunerazione delle professionalità da impiegare, si ipotizza che i conciliatori per le controversie in particolari materie possano farsi assistere da esperti, da attingere dall'albo di consulenti e periti tenuto presso i tribunali e da remunerare in base alle tariffe che saranno determinate nei decreti attuativi insieme ai criteri di determinazione delle indennità dovute ai conciliatori (lett. l), con la precisazione che il regolamento ministerale possa fissare delle maggiorazioni per il caso in cui sia raggiunta una conciliazione tra le parti (lett. m). Si afferma con chiarezza, pertanto, sia la natura onerosa del servizio di mediazione e sia l'attribuzione delle corrispondenti spese a carico delle parti

eccezione per il riferimento all'eccesso di delega che è stato indicato nel comunicato stampa emanato dagli uffici della Corte medesima. In relazione alle varie questioni di illegittimità costituzionale sollevate avverso la riforma e sulla recente sentenza della Consulta, v. *infra* capitolo V, paragrafo 3.

che se ne avvalgono, nella misura che sarà fissata in sede attuativa nel rispetto dei criteri di remunerazione della professionalità e di premialità in caso di successo della procedura.

Dalla delega, infatti, traspare chiaramente l'intenzione del Parlamento di dare una forte incentivazione all'utilizzo della mediazione attraverso la combinazione delle misure premiali per chi vi ricorre e sanzionatorie a carico di quanti non intendano raggiungere una risoluzione concordata, con conseguenti implicazioni sul piano del raccordo con i principi e le regole tradizionali del sistema giudiziario. In particolare, da un lato, si prevedono delle agevolazioni di natura fiscale a vantaggio delle parti in mediazione e, al contempo, si stabilisce che il rispetto dell'invarianza degli introiti comporti una parziale condivisione e conseguente ripartizione distribuita nell'arco degli anni successivi delle risorse del Fondo Unico della Giustizia²³⁹ (lett. o). Dall'altro lato, si prevede che qualora all'esito del processo la decisione corrisponda al contenuto dell'accordo conciliativo rifiutato dalla parte vincitrice, il giudice possa escludere la ripetizione delle spese da essa sostenute, condannandola altresì, nella stessa misura, a pagare le spese della controparte soccombente, oltre che a una somma di denaro corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto allo Stato per l'instaurazione delle cause civili²⁴⁰, ferma restando la richiamata applicazione delle norme sulle spese e la responsabilità processuale civile aggravata per lite temeraria²⁴¹ (lett. p).

A tutto questo si aggiunge l'ulteriore prescrizione, anch'essa finalizzata a far conoscere e indurre ad applicare la riforma, che prima dell'instaurazione del giudizio impone agli avvocati l'obbligo di informare il cliente della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione e di ricorrere ai relativi organismi (lett. n).

²³⁹ La delega si riferisce al Fondo Unico della giustizia di cui all'art. 2 del decreto legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181.

²⁴⁰ Il contributo unificato ai sensi dell'art. 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115.

²⁴¹ La legge delega, in particolare, contiene la clausola di salvezza di quanto previsto dagli artt. 92 e 96 c.p.c.

I professionisti legali, infatti, assumono un ruolo decisivo nel varo della riforma e nell'attuazione e concreta gestione della mediazione, tant'è che gli stessi sono stati espressamente considerati in più punti della disciplina.

In relazione allo statuto della mediazione, ancora, si prevede che la procedura abbia una durata massima di quattro mesi (lett. *q*), che sia definito un regime di incompatibilità, nel rispetto del codice deontologico, che garantisca la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni (lett. *r*) e, infine, che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (lett. *s*).

Dall'insieme delle disposizioni illustrate non emerge solo l'intenzione del legislatore di disegnare uno statuto innovativo e di qualità della mediazione che ne favorisca l'utilizzo da parte dei contendenti, ma anche lo stretto collegamento e, in tanti profili, la significativa concorrenza o delicata sovrapposizione tra le tutele extragiudiziali e quelle giudiziali. Quest'ultimo aspetto, costituisce senz'altro il tratto giuridico di maggiore importanza e rilievo sistematico da valutare ai fini ricostruttivi. Tanto complica non poco l'individuazione dell'esatta natura giuridica dell'istituto che riceve una disciplina minimale nelle norme europee e nazionali e, perciò, sollecita il necessario contributo ermeneutico dell'interprete che si muove con difficoltà sull'incerto crinale di due ambiti normativi differenti, se non addirittura antitetici, legati l'uno alla dimensione processuale e l'altro a quella contrattuale della tutela dei diritti.

Nella ricostruzione della natura giuridica e della disciplina applicabile alla mediazione, pertanto, si impone un approccio nuovo e aperto che permetta di operare la sintesi, individuando l'essenza unitaria dell'istituto attraverso la lettura integrata del materiale proveniente dalle numerose fonti normative coinvolte. Ai principi e ai criteri formulati all'interno della legge delega, pertanto, si devono affiancare le prescrizioni contenute nella direttiva 2008/52/CE, da attuare, e nelle altre normative europee ad essa collegate, specie per quanto attiene al rispetto dei principi di qualità delle procedure di ADR per i consumatori, che assumono rilievo in relazione agli estesi campi applicativi che il legi-

slatore italiano ha stabilito di assoggettare alla mediazione civile e commerciale.

La delega parlamentare è stata tempestivamente attuata dal Governo, dopo avere ottenuto il parere delle Commissioni competenti e superato il vaglio degli organi di controllo, malgrado le contrapposte reazioni suscitate nel Paese che, come spesso accade, si sono radicalizzate su fronti contrapposti. Da una parte, si sono schierati coloro che hanno rivolto accese critiche e vibrato proteste contro la riforma, motivate dai denunciati profili di illegittimità costituzionale e dalla forte preoccupazione, avvertita soprattutto nel mondo forense, per gli effetti devastanti che avrebbe provocato sui diritti dei cittadini. Dall'altra parte, si è registrato l'atteggiamento di segno favorevole diffuso tra coloro che, specie nel mondo produttivo e nell'opinione pubblica esasperata dalla cronica crisi della giustizia, confidano negli auspicati effetti positivi della riforma della mediazione per dare efficienza all'intero sistema economico e per salvaguardare la convivenza civile.

2. *Il regime del servizio della mediazione.* – Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, recante attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali²⁴², dopo aver richiamato la direttiva 2008/52/CE e i precedenti atti dell'*iter* di approvazione, declina la riforma nei suoi 24 articoli suddivisi in 5 titoli, dedicati, rispettivamente, alle disposizioni generali (I), al procedimento di mediazione (II), agli organismi di mediazione (III), alle disposizioni in materia fiscale (IV) e ad abrogazioni, coordinamenti, e disposizioni transitorie (V)²⁴³. Pro-

²⁴² Pubblicata sulla GU n. 140 del 19 giugno 2009.

²⁴³ Sul contenuto del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, oltre alle opere collettanee già citate, v. I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le società*, 5, 2010, p. 619 ss.; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza e la proposta*, *ivi*, p. 624 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, *ivi*, p. 631 ss.; C.I. BUONOCORE, *La mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2011, p. 125 ss.; L. GRAZIANO, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizza-*

prio dall'esame di quest'ultimo capo dedicato ai raccordi normativi con le fonti precedenti occorre muovere per risalire alla collocazione sistematica che il legislatore delegato ha dato all'istituto della mediazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Di seguito, si procederà alla disamina della complessiva disciplina e, in particolare, all'approfondimento degli aspetti di maggiore interesse concernenti l'accesso alla mediazione, il relativo procedimento e l'accordo conciliativo.

Il capo V del d.lgs. n. 28/2010, infatti, offre delle interessanti indicazioni sistematiche, per lo più di segno distintivo, rispetto agli istituti tradizionali operanti negli ambiti contrattuali, giudiziali e delle restanti tutele alternative. Tali indicazioni trovano positivo riscontro nei contenuti normativi dell'organica disciplina dedicata alla mediazione, che si atteggia in termini innovativi e, tendenzialmente, autonomi.

All'art. 22, rubricato obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo²⁴⁴, dispone la seguente aggiunta: «5 bis) media-

ta alla conciliazione, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2011, p. 614 ss.; 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. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, *ivi*; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616 ss.; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Le società*, 9, 2010, p. 1142 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *I contratti*, 5, 2010, p. 437 ss.; L. BARALDI, *L'istituto della mediazione tra diritto dell'UE e diritto interno: un trapianto riuscito?*, in *Ambiente & sviluppo*, 3, 2011, p. 243 ss.; G. NICOTINA, *Riflessioni minime su alcuni aspetti della procedura di mediazione regolata dal d.lgs. n. 28/2010*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 321 ss.; G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4.3.2010 n. 28*, in *Rivista del notariato*, 3, 2012, p. 543 ss.; M. FRANZONI, *La transazione risultato della mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *La responsabilità civile*, 8-9, 2012, p. 580 ss.

²⁴⁴ In relazione alle disposizioni dell'art. 22, d.lgs. n. 28/2010, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 381 ss.; S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 279 ss.; M. KROGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 108 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 325 s.

zione, ai sensi dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69» all’art. 10, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 231/2007²⁴⁵. In tal modo, si assoggetta la mediazione al regime di controllo previsto da quest’ultimo decreto per le attività il cui esercizio resta subordinato al possesso di licenze, autorizzazioni, iscrizioni in albi o registri, ovvero alla dichiarazione di inizio attività specificamente richiesto per una serie di attività elencate all’art. 10, comma 2. Scorrendo queste attività, al punto 2), si scorge il precedente riferimento alla “mediazione”, accanto alla fabbricazione e commercio, compresa l’esportazione e l’importazione (di oggetti preziosi). Tanto ha probabilmente richiesto, al fine di evitare confusioni e fraintendimenti, la puntualizzazione lessicale adottata dal legislatore delegato per la designazione del nuovo istituto non semplicemente come mediazione, ma come mediazione ex art. 60, l. 69/2009. La necessità di operare una netta distinzione dal punto di vista lessicale e, quindi, concettuale rispetto all’attività di (inter)mediazione tradizionale segnala la novità dell’istituto introdotto in attuazione della direttiva 2008/52/CE che, pertanto, non è accostabile in alcun modo al contratto tipico di mediazione disciplinato degli artt. 1754 ss. cod. civ., come gli interpreti hanno subito segnalato.

Il collegamento con l’art. 10, d.lgs. n. 231/2007 permette altresì di operare la netta distinzione rispetto agli “uffici della pubblica amministrazione”, contemplati alla successiva lett. g) che, pur essendo assoggettati al medesimo regime di controllo dell’antiriciclaggio, non rientrano tra le attività subordinate all’iscrizione in un registro, come è stato invece previsto per la mediazione dall’art. 60, comma 3, lett. c) della legge delega. La netta distinzione, come si osserverà meglio in seguito, è confermata dalla circostanza che l’attività di mediazione può essere svolta

²⁴⁵ Il decreto legislativo 17 gennaio 2007, n. 231, che reca attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione, all’art. 10 (Destinatari), comma 1, dispone che siano tenuti a rispettare integralmente le disposizioni del medesimo decreto i soggetti indicati agli articoli successivi (11, 12, 13 e 14), mentre al comma 2 prevede una parziale esclusione per gli obblighi di identificazione e di esclusione (indicati nel titolo II, capi I e II) per alcune società [lett. a, b) c) d), f) e g)] e attività [lett. e) numeri 1), 2), 3), 4) e 5)], alle quali si aggiunge (numero 5 bis) la mediazione (ex art. 60, l. 69/2009) per effetto dell’art. 24 d.lgs. n. 28/2010.

da organismi sia privati che pubblici e, in ogni caso, anche per questi ultimi presuppone sempre l'iscrizione nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia, che svolge le funzioni di controllo e di vigilanza sul rispetto dell'apposita disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2010 e dalle norme regolamentari. Non è perciò operabile alcuna assimilazione della mediazione con altre attività svolte dagli uffici pubblici, tantomeno con quelle giurisdizionali affidate agli uffici giudiziari.

L'art. 23 (Abrogazioni) fornisce ulteriori indicazioni che contribuiscono a individuare la natura giuridica e, quindi, l'inquadramento sistematico della mediazione²⁴⁶. La norma, infatti, dopo aver disposto l'abrogazione degli artt. da 38 a 40 del d.lgs. n. 5/2003²⁴⁷ precisa che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 28/2010. La mediazione, quindi, prende il posto, sostituendola, della precedente conciliazione societaria, quale meccanismo compositivo stragiudiziale delle controversie societarie che, in base all'abrogata disciplina, era gestita da appositi organismi indipendenti accreditati presso il Ministero della Giustizia e iscritti, insieme ai professionisti conciliatori che in essi operavano, in appositi registri pubblici. L'accostamento tra la conciliazione societaria e la mediazione è altresì confermato dalle disposizioni che, sia nei criteri della legge delega²⁴⁸, sia nel regime transitorio previsto dal

²⁴⁶ Sull'art. 24 d.lgs. n. 28/2010, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 383 ss.; M. ZULBERTI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 282 ss.

²⁴⁷ L'abrogazione, più precisamente, concerne gli artt. 38, 39 e 40, costituenti il titolo VI della conciliazione stragiudiziale, all'interno del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, relativo alla definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. L'intero d.lgs. n. 5/2003, peraltro, ad eccezione del titolo IV dedicato all'arbitrato tutt'ora in vigore ancorché modificato nei contenuti iniziali, è stato abrogato dalla l. 69/2009, che ha perciò posto fine al contestato procedimento giudiziario in materia societaria. Sulla precedente disciplina della conciliazione societaria, v. E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 5, 2003, p. 657 ss.; N. SOLDATI, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in *Le società*, 6, 2003, p. 791 ss.

²⁴⁸ Art. 60, comma 3, lett. c).

d.lgs. n. 28/2010²⁴⁹, oltre che dal regolamento attuativo (d.m. n. 180/2010²⁵⁰), per l'entrata in vigore della riforma della mediazione hanno fatto riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 5/2003²⁵¹. Della precedente disciplina, anch'essa collegata alla riforma processuale delle controversie commerciali, come accennato, si ripropone l'articolazione istituzionale incentrata sugli organismi accreditati per la gestione dei conflitti che, con l'assistenza dei professionisti abilitati, potevano tentare di fare raggiungere alle parti una risoluzione amichevole in sede stragiudiziale. Su precisa indicazione proveniente dal Parlamento, il Governo ha utilizzato, pur adeguandolo e sviluppandolo per tanti importanti aspetti, proprio lo schema di riferimento della conciliazione societaria per costruire lo statuto generale della mediazione, anche per quanto attiene ai principi fondamentali da rispettare nello svolgimento della procedura compositiva e al valore dell'accordo conciliativo.

Le principali differenze tra i due sistemi di tutela stragiudiziale, tuttavia, risultano di immediata percezione con riferimento almeno al duplice piano di valutazione attinente alla portata e alla natura giuridica. Quanto al primo piano, l'abrogata disciplina societaria aveva carattere settoriale e perciò natura speciale²⁵², a

²⁴⁹ Art. 16, comma 2.

²⁵⁰ Decreto del Ministero della giustizia 18 ottobre 2010, n. 18, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. L'art. 20, dedicato alla disciplina transitoria, infatti, prevede un regime di ultrattività e di adeguamento dilazionato per gli organismi di conciliazione, i conciliatori e gli enti di formazione che risultavano già iscritti nei registri ministeriali costituiti ai sensi della precedente normativa della conciliazione societaria (d.lgs. n. 5/2003 e decreto del Ministero della Giustizia 23 luglio 2004, n. 222). Tali soggetti, infatti, sono stati considerati iscritti di diritto ai nuovi registri previsti dalla riforma della mediazione e hanno potuto continuare ad operare per un limitato arco temporale, durante il quale si sono dovuti adeguare ai requisiti prescritti dalla nuova normativa.

²⁵¹ In relazione a tali disposizioni, v. E. PICARONI, *Note sui regolamenti di attuazione del d.lgs. n. 5/2003 in tema di conciliazione stragiudiziale*, in *Le società*, 11, 2004, p. 1424 ss.

²⁵² In proposito, v. C. BRUNELLI, *Conciliazione e notariato: una sfida appena iniziata*, in *Notariato*, 2, 2005, p. 195 ss.; R. SCUCIMARRA, *Il verbale di conciliazione: natura e struttura*, in *Immobili e proprietà*, 5, 2008, p. 305 ss.

fonte della portata generale dell'attuale mediazione applicabile per tutte le controversie civili e commerciali, sia transazionali che interne. Quanto al secondo piano, la conciliazione societaria aveva natura normalmente volontaria per i contendenti, mentre all'opposto la mediazione è stata imposta come obbligatoria prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Tant'è che, malgrado la sostituzione dei riferimenti normativi alla disciplina della conciliazione societaria con quelli alla corrispondente disciplina della mediazione, l'art. 23, comma 2, precisa che restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e di mediazione, comunque denominati. Il legislatore delegato, quindi, ha inteso operare l'equiparazione tra le due tecniche di risoluzione stragiudiziale, a prescindere dalla denominazione, ma ha lasciato ferma la connotazione obbligatoria o volontaria delle singole fattispecie che erano in precedenza ricondotte alla conciliazione societaria. In tal senso, si osserva pure che, nonostante la conciliazione societaria fosse di regola facoltativa, esistevano nell'ordinamento alcune discipline settoriali che prevedevano il ricorso alla conciliazione, secondo la formula societaria, a seconda dei casi, in maniera volontaria o obbligatoria. Si possono richiamare le fattispecie, rispettivamente, contenute nelle discipline del contratto di affiliazione commerciale (*franchising*)²⁵³ e del patto di famiglia²⁵⁴. Per quest'ulti-

²⁵³ Legge 6 maggio 2004, n. 129, recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, che all'art. 7 (Conciliazione) dispone che, per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale, le parti possano convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere svolto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio del territorio in cui ha sede l'affiliato. Nella medesima norma si puntualizza che al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 38, 39 e 40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e ss.mm. Sul punto, E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising*, in *Contr. impr.*, 1, 2005, p. 413 ss.

²⁵⁴ L'art. 2, comma 1, della legge 14 febbraio 2006, n. 55 (recante modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia), ha introdotto nel titolo IV, del libro I, del codice civile il capo V-bis dedicato al patto di famiglia, che all'art. 768-octies (Controversie) dispone che le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi previsti dall'art. 38, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. In proposito, tra gli altri, F. DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55/2006. Il commento*, in I

ma fattispecie, così come per numerosissime altre controversie civili e commerciali, comprese quelle in materia di successione ereditaria, il d.lgs. n. 28/010 ha operato un diretto assoggettamento all'obbligatorietà della mediazione (art. 5, comma 1).

L'inciso finale dell'art. 23, comma 2, ancora, prende in considerazione i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile e precisa, per un verso, che rimangono in piedi le disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle relative fattispecie di conciliazione e, per altro verso, che i relativi procedimenti continuano ad essere esperiti, in luogo di quello di cui al d.lgs. n. 28/2010. A prescindere dai successivi sviluppi normativi, che in ambito lavoristico hanno portato al superamento dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e alla revisione dell'applicazione dei meccanismi arbitrali²⁵⁵, rimane una netta separazione dei procedimenti, che pure appartengono al novero delle ADR. Nei corrispondenti regimi, infatti, pur essendo presenti degli elementi comuni, si ravvisano delle marcate differenziazioni in ordine agli organismi, ai professionisti, ai principi e alle regole applicabili ai procedimenti di composizione extragiudiziale delle controversie.

Il richiamo della conciliazione lavoristica e, quindi, di quella giudiziale solleva un problema di inquadramento sistematico della mediazione che, nelle definizioni e nella disciplina del d.lgs. n. 28/2010, oltre che della direttiva 2008/52/CE, si distingue nettamente dai

contratti, 5, 2006, p. 511 ss.; G. LOMBARDI, G. MAISTO, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2006, p. 717 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2007, p. 261 ss.

²⁵⁵ Sulle recenti riforme che hanno interessato le tutele in ambito lavoristico, v. M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1, 2011, p. 57 ss.; C. PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1 ss.; G. CANALE, *Arbitrato e «collegato lavoro»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 566 ss.; V. BARTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 834 ss.; R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Il corriere giuridico*, 2, 2011, p. 269 ss.; O. DESSI, *La conciliazione delle controversie di lavoro*, in *Aa.Vv.*, *Quaderni di conciliazione n. 2*, cit., p. 43 ss.

meccanismi di composizione amichevole delle controversie condotti direttamente dall'autorità giudiziaria ovvero svolti senza l'osservanza dei principi e delle regole che compongono il relativo statuto²⁵⁶. Il nuovo istituto della mediazione, infatti, appare pienamente integrato nel complessivo sistema delineato dalla disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2010 e dalle successive disposizioni attuative, dalle quali non è possibile in alcun modo prescindere.

Con il decreto del Ministero della Giustizia n. 180 del 18 ottobre 2010, infatti, è stato adottato il regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28²⁵⁷. Il regolamento ministeriale, successivamente modificato e integrato in più punti dal d.m. n. 145/2011²⁵⁸, si occupa dei principali aspetti organizzativi e di funzionamento della mediazione dettando una normativa puntuale raccolta in 21 articoli, suddivisi in cinque capi, rispettivamente, dedicati alle disposizioni generali (I), al registro degli organismi (II), al servizio di mediazione e prestazione del mediatore (III), alle indennità (IV), agli enti di formazione (V), alla disciplina transitoria e entrata in vigore (VI), e in un allegato (A) contenente le tabelle di calcolo delle indennità²⁵⁹.

²⁵⁶ In relazione ai profili differenziali tra i vari strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, tra gli altri, v. A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 51 ss.; S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, p. 146 ss.; M. MARINELLO, *I Procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, p. 530 ss.; M.A. FODDAI, *Conciliazione mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam., pers., succ.*, 1, 2011, p. 43 ss.

²⁵⁷ Pubblicata sulla GU n. 140 del 19 giugno 2009.

²⁵⁸ Decreto del Ministro della Giustizia 6 luglio 2011, n. 145 – Regolamento recante modifica al decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010.

²⁵⁹ Sulla disciplina introdotta dal d.m. n. 180/2010, in seguito modificata e integrata, v. F. VALERINI, *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra in-*

Dal quadro normativo, pertanto, emergono l'architettura infrastrutturale, con i complessivi meccanismi di funzionamento e controllo del nuovo sistema di erogazione del servizio di mediazione che s'incentra su appositi organismi, costituiti dall'ente pubblico o privato, o sua articolazione, presso cui può svolgersi il procedimento di mediazione (art. 1, d.m. n. 180/2010), ai quali il d.lgs. n. 28/2010 dedica un intero capo (III)²⁶⁰. Il relativo art. 1 prevede che gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie indicate all'art. 2. Si dispone, inoltre, che tali organismi siano iscritti nell'apposito registro ministeriale – suddiviso in sezioni per la trattazione di controversie che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali – tenuto presso il Ministero della Giustizia, che esercita il controllo dei requisiti e la sorveglianza sull'attività che, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo, è svolta insieme al Ministero dello Sviluppo Economico. Ciascun organismo, insieme alla domanda di iscrizione, deve depositare anche il codice etico e il proprio regolamento di procedura, di cui il Ministero valuta l'idoneità. La normativa regolamentare stabilisce i criteri di iscrizione (art. 4, d.m. n. 180/2010) nel registro degli organismi distinguendo, per tanti aspetti, il regime applicabile a seconda che siano costituiti da enti pubblici o privati e, inoltre, riservando un trattamento semplificato

novazioni e correzioni, in *I contratti*, 12, 2010, p. 1179 ss.; E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2011, p. 229 ss.; G. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Il corriere del merito*, 2, 2011, p. 5 ss.; A. CONTALDO, M. GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010*, in *Il corriere giuridico*, 1, 2011, p. 5 ss.; E. MANGINI, S. ZERAUSCHEK, *La nuova mediazione civile secondo il D.M. 180/2010*, in *Immobili & proprietà*, 3, 2011, p. 179 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lgs. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010 n. 180*, in *Obbl. contr.*, 5, 2011, p. 361 ss.

²⁶⁰ Sugli organismi di mediazione, v. S. CAMILLERI, L. RUSSO, V. MASTROIACOVO, V. SESSANO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 445 ss.; C. MARUCCI, M. DI ROCCO, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 363 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 33 ss.

agli organismi costituiti dalle camere di commercio²⁶¹, dai consigli degli ordini degli avvocati²⁶² e degli altri ordini professionali²⁶³. All'atto di iscrizione, si devono verificare la professionalità e l'efficienza²⁶⁴, valutando in particolare la capacità finanziaria e organizzativa, nonché la compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo, il possesso di adeguata copertura assicurativa e dei requisiti di onorabilità, la trasparenza amministrativa e contabile, le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza, nonché la conformità del regolamento alle disposizioni normative, la sede e il numero minimo, non inferiore a cinque, di mediatori disponibili. Nei confronti di costoro, inoltre, occorre verificare che siano iscritti nell'apposito registro ministeriale e, perciò, abbiano i requisiti di qualificazione, una specifica formazione e il periodico aggiornamento effettuati presso enti di formazione accreditati, i requisiti di onorabilità e le conoscenze linguistiche necessarie per quanti si intendano inserire nella sezione delle controversie internazionali del registro. Ciascun mediatore, inoltre, può dare la disponibilità a collaborare fino a un massimo di cinque organismi di mediazione accreditati²⁶⁵.

Sulla collaborazione tra strutture (organismi) e professionisti (mediatori) abilitati si regge l'intero sistema di erogazione del servizio della mediazione che, sotto la vigilanza ministeriale, deve rispettare le regole di natura giuridica ed economica di funzionamento. Dal complesso delle norme, infatti, risulta configurato uno statuto organico del servizio di mediazione al quale tutti sono assoggettati: sia coloro che, con l'accreditamento ministeriale, sono abilitati ad erogarlo e sia quanti, rivolgendosi ai primi, intendono fruirne.

A seguito dell'iscrizione, tra l'altro, l'organismo e il mediatore non possono, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione²⁶⁶. Nelle materie per le quali è obbligatoria la

²⁶¹ Art. 19 d.lgs. n. 28/2010 e art. 4 d.m. n. 180/2010.

²⁶² Art. 18 d.lgs. n. 28/2010 e art. 4 d.m. n. 180/2010.

²⁶³ Art. 19 d.lgs. n. 28/2010 e art. 4 d.m. n. 180/2010.

²⁶⁴ Art. 4, comma 2, d.m. n. 180/2010.

²⁶⁵ Art. 6, comma 3, d.m. n. 180/2010.

²⁶⁶ Art. 9, comma 2, d.m. n. 180/2010.

mediazione, inoltre, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione quantunque le parti non abbiano preventivamente corrisposto le spese di mediazione²⁶⁷. Il mediatore designato deve eseguire personalmente la sua prestazione²⁶⁸. Ciascun organismo accreditato è tenuto a istituire un registro degli affari di mediazione, con le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, i dati identificativi delle parti, l'oggetto della mediazione, il mediatore designato, la durata del procedimento e il relativo esito²⁶⁹. Il monitoraggio dell'attività di mediazione²⁷⁰ è effettuato annualmente dal Ministero della Giustizia, di concerto con quello dello Sviluppo Economico, per le mediazioni in materia di consumo, e con gli organismi di mediazione, mediante rilevazione statistica distinguendo quelli di mediazione obbligatoria, volontaria e demandata dal giudice, e riportando i casi di successo e i casi di esonero dal pagamento delle spese.

Per completare una panoramica sul sistema italiano di funzionamento della mediazione occorre altresì soffermarsi sul regime delle spese e delle agevolazioni fiscali che, ai sensi della legge delega²⁷¹, sono state fissate dal decreto legislativo²⁷² e dalla normativa regolamentare. Quanto al primo aspetto economico²⁷³, il d.m. n. 180/2010, per taluni profili modificato dal d.m. n. 145/2011²⁷⁴, contiene l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi

²⁶⁷ Art. 16, comma 9, d.m. n. 180/2010, come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. e), d.m. n. 145/2011.

²⁶⁸ Art. 14 d.m. n. 180/2010.

²⁶⁹ Art. 12 d.m. n. 180/2010.

²⁷⁰ Art. 11 d.m. n. 180/2010.

²⁷¹ Art. 60, comma 3, lett. m) e o), l. n. 69/2009.

²⁷² Art. 17 (Risorse, regime tributario e indennità) d.lgs. n. 28/2010.

²⁷³ Sul regime delle spese in mediazione, v. A. GIORDANO, V. MASTROIACOVO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 197 ss.; A. NAPOLITANO, in *La mediazione civile*, cit., p. 383 ss.; N. SARTORI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 261 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 433 ss.; S.FICILI, P.G. MISTÒ, *Normativa e procedura della mediazione*, Torino, 2012, p. 87 ss.

²⁷⁴ Art. 5 d.m. n. 145/2011, che ha modificato l'art. 16 d.m. n. 180/2010.

per il servizio della mediazione che, in pratica, si sostanzia nei criteri di determinazione dell'indennità (art. 16) e nell'allegata tabella A. La novità e la specialità del sistema di erogazione del servizio di mediazione, tra l'altro, si riescono a valutare dalla stessa denominazione di «indennità» utilizzata per indicare «l'importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio di mediazione utilizzato dalle parti»²⁷⁵.

Il principio cardine del sistema è che ciascuna parte che si avvale della mediazione paga il relativo costo che viene stabilito in maniera calmierata dal Ministero della Giustizia con cadenza triennale, tenendo conto dei risultati del monitoraggio oltre che delle variazioni ISTAT²⁷⁶. A tal proposito, il Ministero ha previsto che i costi si distinguano in spese fisse di avvio e indennità di mediazione da calcolarsi in maniera proporzionale al valore della controversia, in base alla tabella che individua dieci scaglioni progressivi di riferimento, e sulla scorta di alcuni criteri integrativi stabiliti all'interno del regolamento stesso. L'applicazione di tali criteri opera significative variazioni, in aumento e in riduzione, obbligatorie e discrezionali, degli importi delle indennità calcolate sulla base del valore delle controversie²⁷⁷. Tra i criteri di maggiorazione si segnalano quelli legati al successo della mediazione²⁷⁸, alla particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare²⁷⁹ o alla formulazione di una proposta scritta di risol-

²⁷⁵ Art. 1, comma 1, lett. h), d.m. n. 180/2010.

²⁷⁶ Art. 17, comma 6 e 7, d.lgs. n.28/2010.

²⁷⁷ Ai sensi dell'art. 17, comma 4, si stabilisce che nel regolamento ministeriale sono determinati i seguenti elementi: a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti; b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati; c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione; d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1.

²⁷⁸ Art. 16, comma 4, lett. a), che introduce una maggiorazione facoltativa fino al quinto dell'importo dell'indennità.

²⁷⁹ Art. 16, comma 4, lett. a), che contempla una maggiorazione facoltativa fino al quinto dell'importo dell'indennità.

zione della controversia da parte del mediatore²⁸⁰. Tra i criteri di riduzione si segnalano quelli riferiti alla mancata partecipazione alla procedura delle controparti invitate in mediazione²⁸¹ e alle fattispecie di mediazione obbligatoria prescritta dall'art. 5 d.lgs. n. 28/2010²⁸².

All'art. 16, ancora, si stabilisce che le spese di mediazione sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento. La solidarietà, quindi, segna un ulteriore aspetto qualificante del servizio della mediazione, che avvince i contendenti che se ne avvalgano per tentare di risolvere la controversia. Infine, si introduce il principio di onnicomprensività delle spese di mediazione, che abbracciano qualsiasi onere a carico delle parti, compresi gli onorari dei mediatori²⁸³.

Le tabelle e i criteri di determinazione delle indennità stabiliti con regolamento ministeriale si applicano direttamente agli organismi di mediazione costituiti da enti pubblici e, per le sole mediazioni rese normativamente obbligatorie, anche agli organismi privati²⁸⁴. Questi ultimi, infatti, nella domanda di iscrizione nel registro ministeriale devono indicare le proprie tariffe che, con l'iscrizione, si intendono approvate. Le tariffe approvate, in ogni caso, rappresentano una soglia massima, perciò suscettibile di essere derogata verso il basso dall'organismo²⁸⁵. La soluzione è coerente con un sistema di accreditamento che lascia alla decisione di chi si avvale della mediazione la scelta dell'organismo da utilizzare, tra quanti risultino abilitati ad erogare tra il pubbli-

²⁸⁰ Art. 16, comma 4, lett. a), che prevede una maggiorazione obbligatoria di un quinto dell'importo dell'indennità.

²⁸¹ Art. 16, comma 4, lett. e), che dispone una maggiorazione obbligatoria fino al quinto dell'importo dell'indennità, con la precisazione che resta salva l'applicazione della maggiorazione della lett. c), del medesimo comma 4.

²⁸² Art. 16, comma 4, lett. d), che stabilisce una riduzione obbligatoria rigida di un terzo per il primo scaglione e della metà per tutti gli altri scaglioni. Riduzione cumulabile con quella della successiva lett. e), senza che si applichino maggiorazioni, ad eccezione di quella della lett. b) del medesimo comma 4.

²⁸³ Art. 17, comma 10, d.m. n. 180/2010.

²⁸⁴ Art. 16, comma 13, d.m. n. 180/2010.

²⁸⁵ Art. 16, comma 14, d.m. n. 180/2010.

co i servizi della mediazione. In una dinamica concorrenziale, pertanto, gli organismi di mediazione sono spinti ad adottare le formule di funzionamento più efficienti ed accattivanti per gli utenti, ben sapendo di doversi reggere autonomamente sul mercato competitivo e, in ogni caso, che in base al d.m. n. 180/2010 è prevista la cancellazione degli organismi che nel biennio abbiano svolto meno di dieci procedure di mediazione²⁸⁶.

Non meno rilevante, ai fini dello statuto del servizio della mediazione, si dimostra il regime di esonero dalle spese previsto per i non abbienti²⁸⁷. Con riferimento alle fattispecie di mediazione obbligatoria²⁸⁸, in primo luogo, l'art. 17, comma 5, d.lgs. n. 28/2010 dispone che all'organismo non sia dovuta alcuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato²⁸⁹. In questi casi i soggetti non abbienti sono esonerati dal sostenere le spese di mediazione, senza però che gli organismi ricevano alcunché dallo Stato o possano rifiutarsi di erogare il relativo servizio. Dei costi dell'attività di mediazione prestata a favore dei soggetti aventi diritto all'esonero, infatti, il Ministero dovrebbe tenere conto nel determinare ogni triennio la misura delle indennità spettanti agli organismi di mediazione²⁹⁰. Si configura un sistema di tutela che garantisce l'accesso ai servizi della mediazione ai contendenti non abbienti addossando i relativi costi direttamente sugli organismi di mediazione i quali possono confidare in meccanismi compensativi incerti ed eventuali, in quanto operano in maniera indiretta, differita e, comunque, generalizzata.

²⁸⁶ Art. 11, d.m. n. 180/2010.

²⁸⁷ Sulle esenzioni dalle spese in mediazione, v. A. GIORDANO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 208 ss.; C. MARUCCI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 350 ss.; N. SARTORI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 255 ss.; S. DE SIMONE, in *La mediazione civile*, cit., p. 476 ss.

²⁸⁸ Fattispecie elencate dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

²⁸⁹ Ai sensi dell'art. 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al d.p.r. del 30 maggio 2002, n. 115.

²⁹⁰ Art. 17, comma 6, d.lgs. n. 28/2010.

Nella competizione tra organismi che erogano il servizio della mediazione, accanto al regime calmierato delle spese a carico delle parti, occorre considerare il collegato profilo economico delle agevolazioni fiscali introdotte dalla riforma²⁹¹. In attuazione delle prescrizioni della legge delega, l'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che le agevolazioni fiscali previste dalla riforma rientrano tra le finalità del Ministero della Giustizia finanziabili con parte delle risorse affluite al «Fondo Unico della Giustizia». A tale fondo, pertanto, si attingerà per coprire gli oneri derivanti dalle disposizioni che prevedono le agevolazioni fiscali per la mediazione²⁹². Esse consistono nella duplice esenzione prevista, per un verso, dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione²⁹³, e, per altro verso, dall'imposta di registro entro il limite di 50.000,00 euro per il verbale di accordo²⁹⁴. Le esenzioni fiscali costituiscono misure di natura premiale con le quali si intendono chiaramente favorire l'accesso alla mediazione e il successo della procedura alternativa.

Un'altra importante agevolazione, anch'essa destinata a gravare sul «Fondo Unico della Giustizia», è contenuta tra le disposizioni fiscali che fanno riferimento al credito d'imposta (art. 20)²⁹⁵. Alle parti che si rivolgono agli organismi di mediazione è riconosciuto un credito di imposta commisurato all'indennità corrisposta fino a concorrenza di euro cinquecento in caso di successo della procedura, altrimenti ridotto della metà²⁹⁶. L'informazione dei

²⁹¹ Sui vari profili fiscali della mediazione, v. A. GIORDANO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 208 ss.; N. SARTORI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 255 ss.

²⁹² Art. 17, comma 8 e 9, d.lgs. n. 28/2010.

²⁹³ Art. 17, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

²⁹⁴ Art. 17, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

²⁹⁵ Sul regime del credito d'imposta nella mediazione, v. C. MARUCCI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 374 ss.

²⁹⁶ Sul credito d'imposta per le spese di mediazione, v. altresì S. DE SIMONE, in *La mediazione civile*, cit., p. 481 ss.; N. SARTORI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.

clienti sull'esistenza di tali agevolazioni fiscali, in forza dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, è addossata sugli avvocati che la devono rendere al momento in cui ricevono l'incarico²⁹⁷. Il Ministero della Giustizia, invece, cura la divulgazione al pubblico, attraverso apposite campagne pubblicitarie, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo²⁹⁸.

In questa cornice istituzionale, amministrativa, economica, fiscale e gestionale si deve collocare il servizio della mediazione, che dalla prospettiva dei soggetti abilitati a fornirlo si deve aprire a quella correlata dei fruitori. Si devono pertanto esaminare i profili giuridici più strettamente riferiti ai rapporti negoziali con le parti contendenti, all'accesso e allo svolgimento del procedimento di risoluzione amichevole delle controversie da seguire e, infine, alla valutazione dell'eventuale accordo conciliativo risultante dalla mediazione.

3. *L'assistenza nella risoluzione delle controversie.* – In sede di mediazione, la risoluzione stragiudiziale delle controversie deve avvenire nel rispetto dei principi e delle regole del procedimento strutturato, che si svolge con l'assistenza del mediatore designato dal responsabile dell'organismo scelto dalla parte istante. Si è in presenza di una disciplina organica, dalla forte carica sistematica e innovativa come risulta immediatamente segnalato dalle numerose definizioni poste all'inizio del d.lgs. n. 28/2010 e del d.m. n. 180/2010, che utilizzano termini, in parte ripresi dalla direttiva attuata, aventi significati non corrispondenti a quelli finora impiegati nell'ordinamento interno con riguardo agli ambiti del diritto processuale e sostanziale civile. La disciplina che si illustra, infatti, si raccorda sistematicamente ai due ambiti, innovandoli profonda-

²⁹⁷ In proposito, v. N.G. ROCCO DI TORREPADULA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 58 s.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 125 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 75 ss.

²⁹⁸ Art. 21 (Informazioni al pubblico), d.lgs. n. 28/2010. Sul punto, v. C. COVATA, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 379 s.; S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 277 s.

mente, molto più di quanto non traspaia dall'osservazione circoscritta all'interno della fase della mediazione. I principi e le regole della riforma, per tanti versi, hanno una capacità pervasiva e (ri)fondante dei più consolidati contenuti delle risalenti tutele giudiziali e extragiudiziali. Le stesse sono accostate e, per tanti versi, accomunate dal tratto comune costituito dall'assoggettamento delle posizioni giuridiche in conflitto all'innovativo statuto dell'autonomia contrattuale che si sostanzia nel necessario rispetto delle garanzie del procedimento di negoziato assistito²⁹⁹.

Prima di soffermarsi sui profili più strettamente negoziali, sono da illustrare i principali contenuti della disciplina italiana della mediazione, muovendo proprio dalle iniziali definizioni, per taluni aspetti già illustrate, di mediazione e di mediatore, entrambe riprese dalla direttiva³⁰⁰, e poi di conciliazione, invece, di conio del legislatore italiano. In esse, infatti, trovano sintesi gli elementi essenziali di indole strutturale e funzionale della riforma.

In base alla normativa italiana³⁰¹, la mediazione è definita «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 della controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»³⁰². La definizione individua chiaramente il contenuto dell'attività mediante la proiezione funzionale dell'assistenza, in termi-

²⁹⁹ Sull'impatto della riforma della mediazione sulla tutela dei diritti e l'esercizio dell'autonomia privata, in particolare, v. F. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4.3.2010 n. 28*, in *Rivista del notariato*, 3, 2012, p. 543 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, cit., 5, 2010, p. 437 ss.

³⁰⁰ Art. 3, lett. a) e b), direttiva 2008/52/CE.

³⁰¹ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³⁰² Sulla definizione di mediazione, tra gli altri, v. C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 3 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 33 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciali*, cit., p. 10 ss.; E. FABIANI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 38 ss.; T. FRAGOMENI, *Mediazione conciliazione*, Piacenza, 2011, p. 36 ss.; C. TROISI, in G. ANTUORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, Rimini, 2011, p. 44 ss.

ni sia soggettivi e sia di risultato, nonché le principali caratteristiche e modalità di svolgimento. La mediazione consiste in un'attività di assistenza che viene prestata da un soggetto estraneo alla controversia, che opera in maniera imparziale in favore dei soggetti in contesa, al fine di trovare una soluzione condivisa.

La prestazione dell'assistenza finalizzata alla risoluzione del conflitto, ancora, si sostanzia principalmente in due modalità operative, corrispondenti all'impiego di altrettante tecniche risolutive, che connotano la riforma italiana della mediazione³⁰³. La prima modalità, c.d. facilitativa, è diretta a sostenere le parti nella ricerca di un accordo amichevole, che le stesse concorrono sia a elaborare che a concludere. La seconda modalità, c.d. valutativa o aggiudicativa, si incentra sulla formulazione da parte del mediatore di una proposta risolutiva della controversia da sottoporre all'accettazione delle parti. La prima tecnica assume un ruolo principale, in quanto è sempre utilizzata in tutti i procedimenti, mentre la seconda è residuale ed eventuale, trovando applicazione soltanto in caso di insuccesso della prima, qualora lo richiedano tutte le parti o il mediatore lo ritenga utile per il successo della mediazione³⁰⁴. In ogni caso, nella procedura aggiudicativa il mediatore si limita a proporre un'ipotesi risolutiva che per avere successo deve incontrare l'adesione di tutte le parti. Nel procedimento di mediazione, pertanto, entrambi i percorsi risolutivi hanno un fondamento consensuale e trovano una compiuta scansione nella disciplina³⁰⁵.

L'attività di assistenza imparziale, come osservato, è affidata al mediatore, che in base alla riforma italiana³⁰⁶ è definito come «la

³⁰³ In relazione alla mediazione facilitativa e aggiudicativa, v. A. SANTI, in *La composizione mediazione per la composizione amichevole delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.; M.M. ANDREONI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, p. 171 ss.; p. 209 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 263 ss. D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 181 ss.; M. CARADONNA, in *La mediazione civile*, cit., p. 288 ss.; C.I. BUONOCORE, *La mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2012, p. 125 ss.

³⁰⁴ Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

³⁰⁵ Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

³⁰⁶ Art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. d), d.m. n. 180/2010.

persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo»³⁰⁷. La definizione si sofferma sui tratti personali e sull'assenza di poteri decisori in capo al mediatore. Nell'ordine, come già osservato, l'attività di mediazione assume natura personale e, perciò, deve essere eseguita direttamente dal mediatore designato e non può essere delegata ad altri³⁰⁸. La stessa definizione, peraltro, prevede che l'assistenza alle parti possa essere prestata individualmente, da un solo mediatore, ovvero collegialmente da più mediatori, che siano stati designati per operare insieme. L'attività di assistenza congiunta, tra l'altro, permette di avere un maggiore e più qualificato supporto professionale nella ricerca di una soluzione condivisa delle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche. Tale necessità si manifesta altresì nelle controversie di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare, per le quali la stessa riforma prevede la possibilità di un aumento della misura delle indennità a carico delle parti³⁰⁹, così come nelle procedure nelle quali occorre che il mediatore formuli una proposta di soluzione da sottoporre alle parti³¹⁰. In questi casi, in base alla riforma l'organismo di mediazione dispone di un ventaglio di formule operative che garantiscono la presenza delle varie professionalità occorrenti, con notevoli ripercussioni sul piano delle regole di funzionamento e del trattamento economico³¹¹.

Nell'impianto istituzionale della mediazione, come osservato, è l'organismo, attraverso il suo responsabile, che designa il mediatore incaricato di prestare l'assistenza nei confronti delle parti

³⁰⁷ Sulla figura del mediatore, v. C. BRUNELLI, M. BUZIO, M. KROGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 71 ss.; M. DI ROCCO, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 399 ss.; T. FRAGOMENI, *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 195 ss.

³⁰⁸ Art. 14 d.m. n. 180/2010.

³⁰⁹ Art. 16, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

³¹⁰ Art. 11, d.lgs. n. 28/2010 e art. 16, comma 4, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³¹¹ In proposito, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 228 ss.

ai fini della risoluzione della controversia³¹². Per un verso, il responsabile può scegliere tra i mediatori che siano muniti di abilitazione ministeriale e abbiano dato la disponibilità a collaborare con l'organismo scelto dalle parti³¹³ o con esso convenzionato³¹⁴, per altro verso, deve osservare il regolamento adottato dal medesimo organismo in maniera da garantire modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico³¹⁵.

L'imparzialità, la professionalità e la tempestività della mediazione, quindi, devono essere garantite anzitutto dall'organismo nella redazione e applicazione del proprio regolamento³¹⁶, quale «atto contenente l'autonoma disciplina della procedura di mediazione e dei relativi costi»³¹⁷. Tale regolamento, come già rilevato, viene sottoposto al vaglio preventivo in sede di iscrizione dell'organismo nell'apposito registro ad opera del Ministero della Giustizia, che, nel verificare la professionalità e l'efficienza del richiedente, tra l'altro, si deve soffermare proprio sulle garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione. Del pari, il Ministero verifica la conformità del regolamento alle norme in materia, anche con riferimento al rapporto giuridico con i mediatori³¹⁸,

³¹² Sulla figura e l'attività del responsabile dell'organismo di mediazione, v. A.V. CAPASSO, S. CAMILLERI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 474 ss.

³¹³ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

³¹⁴ Ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010, il regolamento di procedura dell'organismo, tra l'altro, può prevedere la possibilità di avvalersi, oltre che delle strutture e del personale, anche dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione.

³¹⁵ Art. 3, comma 2. Sulla nomina del mediatore da parte del responsabile dell'organismo, v. A.V. CAPASSO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 165 ss.; M. MARIANARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 239 ss.

³¹⁶ In sede verifica della domanda d'iscrizione dell'organismo di mediazione nel registro ministeriale, in forza dell'art. 4, par. 1, d.m. n. 180/2010.

³¹⁷ Art. 1, comma 1, lett. g), d.m. n. 180/2010.

³¹⁸ Art. 4, comma 2, lett. e), d.m. n. 180/2010.

che devono essere in numero non inferiore a cinque, eventualmente, da ripartire in elenchi separati suddivisi per specializzazioni giuridiche³¹⁹.

Nel contenuto obbligatorio del regolamento³²⁰, accanto alle «cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore»³²¹, si devono in ogni caso, prevedere, tra l'altro: «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta»³²², oltre che «la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini dell'eventuale designazione da parte dell'organismo»³²³.

Sulla scorta di tali parametri, all'atto di presentazione della domanda di mediazione, il responsabile può decidere di designare un solo mediatore e, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, nominare uno o più mediatori ausiliari³²⁴. Soltanto quando non proceda in tal modo, in via re-

³¹⁹ Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³²⁰ In relazione ai contenuti del regolamento dell'organismo di mediazione, cfr. V. VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbl. contr.*, 8-9, 2011, p. 607 ss.; C. MARUCCI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 104; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 196 ss.; C. MICARELLI, in *La mediazione civile*, cit., p. 86 ss.; C. MENECHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 39 ss.

³²¹ Art. 7, comma 3, d.m. n. 180/2010.

³²² Art. 7, comma 5, lett. e), d.m. n. 180/2010, quale risultante dalla modifica apportata dall'art. 3, d.m. n. 145/2010. Ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. a), i requisiti di qualificazione dei mediatori sono costituiti dal possesso di un titolo di studio non inferiore alla laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, nell'iscrizione a un ordine o collegio professionale. Gli stessi mediatori, inoltre, in forza delle disposizioni di cui alla successiva lett. b), devono possedere una specifica formazione iniziale (di 50 ore) e un aggiornamento biennale (di 18 ore) conseguiti presso Enti di formazione accreditati (ex art. 18, d.m. n. 180/2010) e avere partecipato, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi di mediazione iscritti. Quest'ultimo requisito, è stato introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. a), d.m. n. 145/2011.

³²³ Art. 7, comma 1, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³²⁴ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

siduale, si prevede che il mediatore possa avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento degli organismi deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti³²⁵. Nello stesso regolamento, ancora, è possibile prevedere che la formulazione della proposta di risoluzione della controversia possa essere effettuata, sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrirgli, da un mediatore diverso da quello che ha condotto la precedente fase facilitativa della mediazione³²⁶.

Le differenti modalità di nomina e sostituzione dei mediatori, quindi, corrispondono all'autonomia organizzativa e gestionale dell'organismo di mediazione scelto dalle parti. Le quali nell'effettuare la scelta devono operare una valutazione in termini qualitativi, riferita sia all'imparzialità, professionalità e tempestività, ma anche ai corrispondenti costi da sopportare. A tal proposito, nell'ambito dei criteri di determinazione delle indennità stabiliti dall'art. 16, d.m. n. 180/2010, è importante richiamare la disposizione per cui «Le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Esse rimangono fisse anche nel caso mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo». Il principio di onnicomprensività delle indennità poste a carico delle parti, infatti, riguarda gli onorari dei mediatori, di tutti quelli utilizzati e per l'intera attività di assistenza prestata in mediazione, ma non riguarda i compensi per gli eventuali periti da questi nominati. I periti, infatti, forniscono un'assistenza professionale aggiuntiva ed eventuale nella mediazione, che non sostituisce quella necessaria dei mediatori abilitati, ma semmai la integra e comporta maggiori costi che devono essere sopportati dalle parti che ne facciano richiesta.

L'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce gli obblighi del mediatore che contribuiscono a comporre la disciplina dell'attività di assistenza alla risoluzione della controversia in mediazione, quanto

³²⁵ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

³²⁶ Art. 7, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

ai profili dell'imparzialità, professionalità e tempestività³²⁷. In primo luogo, si stabilisce il divieto per il mediatore e i suoi ausiliari di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio. Analogo divieto, inoltre, è stabilito per gli organismi di mediazione³²⁸. In ogni caso, è fatto espresso divieto ai mediatori di percepire compensi direttamente dalle parti. Costoro, salvi i casi di esonero³²⁹, versano le indennità agli organismi ai quali si rivolgono, che provvedono poi a corrispondere gli onorari dovuti ai mediatori impiegati, in base al corrispondente rapporto contrattuale.

Per ciascun affare per il quale è designato, il mediatore è obbligato a sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità, secondo le formule indicate dal regolamento di procedura dell'organismo³³⁰. All'interno del contenuto di tale regolamento, inoltre, deve essere altresì previsto che il procedimento di mediazione possa avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della suddetta dichiarazione di imparzialità³³¹. Il mediatore, in ogni caso, è obbligato a informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione³³². La valutazione di imparzialità, pertanto, non si limita alla fase di avvio, ma deve accompagnare l'intero sviluppo, fino alla conclusione della mediazione. Tali obblighi sono ampiamente ripresi e articolati pure all'interno del codice etico di comportamento del mediatore, di cui ciascun organismo si deve dotare³³³.

³²⁷ Sugli obblighi del mediatore, v. N.G. ROCCO DI TORREPADULA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 214 ss.; C. COVATA, in *La mediazione per composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 311 ss.; M. BUZIO, *Manuale della mediazione civile commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 89 ss.

³²⁸ Art. 15 d.m. n. 180/2010.

³²⁹ Art. 17, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

³³⁰ Art. 14, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

³³¹ Art. 7, comma 5, lett. a), d.m. n. 180/2010.

³³² Art. 14, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.

³³³ Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

Sul mediatore grava altresì l'obbligo di formulare, quando sussistano i relativi presupposti procedurali, una proposta di risoluzione della controversia nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative³³⁴. Si tratta dei limiti esterni, invalicabili nella formulazione della proposta risolutiva, ma più in generale nello stesso accordo risolutivo che, anche in via spontanea, le parti raggiungono in mediazione³³⁵. Tanto è vero che, come si vedrà meglio, il medesimo limite della non contrarietà all'ordine pubblico e alle norme imperative è riproposto in sede di omologa. Il vaglio giudiziario, infatti, viene effettuato dal presidente del tribunale sul contenuto del verbale di accordo conciliativo risultante dalla mediazione ai fini dell'acquisizione della forza di titolo esecutivo³³⁶.

La formulazione della proposta risolutiva, nell'ambito della mediazione, costituisce senz'altro il momento più intenso e delicato dell'attività di assistenza che viene prestata in favore delle parti. Tant'è che il legislatore circonda questa attività di particolari cautele e garanzie. Per rispettare il limite anzidetto occorre che il mediatore abbia le conoscenze giuridiche indispensabili, ovvero che sia supportato da chi le possiede. La violazione del divieto integra una violazione dell'obbligo di professionalità nell'erogazione del servizio di mediazione che assume rilievo sotto diversi profili. L'anzidetta violazione determinerebbe la validità dell'eventuale accordo raggiunto dalle parti e precluderebbe l'ottenimento dell'omologa giudiziaria; inoltre, si esporrebbero il mediatore e l'organismo, per un verso, a segnalazione nei confronti del Ministero della Giustizia³³⁷ e, per altro verso, a responsabilità verso i fruitori del servizio. A tal proposito, si consideri pure che gli organismi di mediazione devono garantire la professionalità e l'efficienza, sia attraverso i requisiti di qualificazio-

³³⁴ Art. 14, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 28/2010.

³³⁵ Sui criteri di formulazione della proposta scritta da parte del mediatore, v. E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, p. 486 ss.

³³⁶ Art. 12 (Efficacia esecutiva ed esecuzione) d.lgs. n. 28/2010.

³³⁷ Ai sensi dell'art. 13, d.m. n. 180/2010, il giudice che, ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010, nega l'omologa trasmette al responsabile del registro ministeriale e all'organismo di mediazione il provvedimento di diniego.

ne e di specifica formazione dei mediatori³³⁸, sia attraverso i requisiti di capacità finanziaria e organizzativa³³⁹, oltre a dover avere il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione³⁴⁰.

La formulazione della proposta risolutiva, come emerge dalle richiamate definizioni, rientra all'interno dell'attività di assistenza che il mediatore presta in favore delle parti contendenti. Con essa condivide, pertanto, sia la medesima proiezione funzionale, diretta a favorire l'accordo tra i contendenti, e sia le comuni caratteristiche costituite dal rimanere, in ogni caso, il mediatore privo di potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo. Soltanto se incontra l'adesione di tutte le parti, infatti, la proposta risolutiva contribuisce al successo della mediazione che si concreta sempre in un accordo. Neanche in questo caso è ravvisabile un meccanismo eteronomo di risoluzione della controversia, ma sempre e soltanto un'applicazione delle tecniche di autocomposizione negoziale utilizzate dalle parti con l'assistenza del mediatore³⁴¹.

Con la formulazione della proposta risolutiva, al pari del compimento di qualsiasi altra attività di assistenza, il mediatore non esercita alcun potere di giudicare o decidere in maniera vincolante per le parti. In caso di violazione dei limiti legali o regolamentari dell'attività di assistenza, ciascuna parte può chiedere al responsabile dell'organismo la sostituzione del mediatore³⁴². Le

³³⁸ Art. 4, comma 3, lett. a) e b), d.m. n. 180/2010.

³³⁹ Art. 4, comma 2, lett. a), d.m. n. 180/2010.

³⁴⁰ Art. 4, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

³⁴¹ Sulla proposta scritta, v. M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 260 ss.; M. DI ROCCO, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 474 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 209 ss.; D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 189 ss.; C. REGIS, in *La mediazione civile*, p. 327 ss.

³⁴² Art. 14, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, che rimette al regolamento dell'organismo l'individuazione della diversa competenza a decidere sull'istanza di sostituzione del mediatore quando la mediazione è svolta direttamente dal responsabile dell'organismo.

stesse parti, comunque, rimangono libere di comporre convenzionalmente le controversie, nella consapevolezza che in mancanza di raggiungimento dell'accordo, hanno diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria. A tal proposito, in base alla riforma, la proposta risolutiva, ancorché non incontri l'accordo delle parti e, perciò, non determini la risoluzione consensuale della controversia nella mediazione, è però suscettibile di produrre effetti in sede giudiziale, quanto al regime delle spese e della responsabilità processuale aggravata³⁴³. Tali profili saranno illustrati con riferimento al collegamento tra la mediazione e il giudizio.

L'altra essenziale definizione della riforma riguarda la «conciliazione», che è costituita da «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione»³⁴⁴. La definizione si incentra sul risultato positivo e la sua collocazione all'esito della mediazione³⁴⁵. Combinando le indicazioni finora raccolte dalle due definizioni di mediazione e di mediatore si chiariscono anche il profilo funzionale insieme alle caratteristiche e modalità di conseguimento del risultato positivo. Lo svolgimento della mediazione, intesa come procedimento finalizzato alla composizione della controversia, trova il suo successo nella conciliazione. Essa, pertanto, costituisce la proiezione funzionale e l'esito fausto della mediazione. L'attività di assistenza del mediatore, privo di poteri di rendere giudizi o decisioni vincolanti, appalesa la natura consensuale della composizione della controversia. Tale accordo, chiamato conciliazione, come rilevato, è realizzabile attraverso una delle due tecniche di mediazione, quella facilitativa e quella valutativa. L'una si concreta in un

³⁴³ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

³⁴⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³⁴⁵ Sulla definizione di conciliazione, v. M. BUZIO, C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, M.L. CENNI, E. FABIANI, E. GABARRINI, M. LEO, A. LOMONACO, V. MASTROICOVO, V. RUBERTELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 253 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.; D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 182 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 251 ss.; S. DELL'ARTE, *La conciliazione contrattuale*, in *I contratti*, 1, 2011, p. 529 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 263 ss.

accordo amichevole raggiunto spontaneamente dalle parti davanti al mediatore, l'altra nell'adesione alla proposta risolutiva formulata dallo stesso mediatore.

L'accordo conciliativo, pertanto, si deve collocare nella sede della mediazione, all'esito del relativo procedimento che viene così concluso positivamente. L'accordo conciliativo riveste natura contrattuale, ancorché sia suscettibile di assumere l'efficacia di titolo esecutivo, qualora superi il vaglio giudiziario dell'omologa. Tanto non deve però ingenerare confusione con gli accordi realizzati in sede giudiziaria, conciliazione giudiziale, né con quelli realizzati davanti ad altra autorità, conciliazione stragiudiziale, ovvero con il negoziato diretto tra le parti stesse, reclami o transazioni.

Il collegamento strutturale e funzionale tra la mediazione e la conciliazione, pertanto, si apre a due prospettive sistematiche d'analisi. La prima coglie i profili procedurali del meccanismo compositivo, inducendo a ricondurlo alla dimensione processuale, come confermato dagli stretti collegamenti con il giudizio. La seconda si sofferma sui profili sostanziali del risultato consensuale e, pertanto, richiama altri meccanismi contrattuali di soluzione delle controversie. Nessuna delle due prospettive, in quanto si limiti a operare accostamenti o assimilazioni a meccanismi tradizionali, tuttavia, si dimostra appagante, poiché il nuovo statuto della mediazione di derivazione europea non trova corrispondenza nei risalenti istituti processuali o contrattuali tradizionali. Tanto trova conforto dall'esame dei restanti aspetti procedurali e sostanziali della mediazione-conciliazione, quale nuova tipologia di contratto che comprende l'intero procedimento di mediazione e non si riduce alla sola conciliazione. L'accordo conciliativo, infatti, rappresenta uno soltanto degli esiti attuativi dell'attività contrattuale di assistenza prestata dal mediatore in favore delle parti contendenti.

La natura consensuale, pertanto, caratterizza l'intero procedimento, a cominciare dalla scelta iniziale di avvalersi della mediazione e, quindi, di individuare un organismo accreditato al quale rivolgersi. La natura consensuale della mediazione si manifesta altresì nella condivisione dei numerosi aspetti, procedurali e sostanziali, rilevanti per l'attività di composizione extragiudiziale della controversia. Ancora, la medesima natura si

manifesta nella decisione di ciascuna delle parti di raggiungere la conciliazione ovvero di porre altrimenti fine alla mediazione. Anche in questo caso, comunque, in sede di mediazione si possono assumere comportamenti e concordare elementi che sono rilevanti per la successiva risoluzione della controversia. Tanto riconosce l'art. 13 d.lgs. n. 28/2010 rispetto alla decisione della lite in sede giurisdizionale e, con il consenso delle parti, anche in sede arbitrale. Lo stesso, inoltre, è da ritenere che le parti della mediazione possano concordare ai fini della risoluzione della controversia mediante i restanti strumenti extragiudiziali e, altresì, mediante il contratto.

Con la mediazione, in ultima analisi, le parti contendenti dispongono delle proprie situazioni soggettive in base ad uno statuto di autonomia che dispiega i propri effetti prima, durante e dopo il procedimento, senza esaurirsi nel momento più importante della conciliazione.

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE

SOMMARIO: 1. L'accesso al procedimento. - 2. La mediazione. - 3. *La conciliazione*.

1. *L'accesso al procedimento*. – La disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione si attegga in termini generali, se si considerano l'esteso ambito applicativo stabilito dal legislatore italiano e i numerosi collegamenti con altre normative settoriali e speciali. Il servizio della mediazione, infatti, è utilizzabile dalla generalità dei soggetti e, tendenzialmente, per tutte le controversie civili e commerciali in relazione alle situazioni giuridiche delle quali si abbia la disponibilità.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 28/2010, chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto³⁴⁶. La riforma italiana non prevede limitazioni in ordine alla natura e alla qualificazione dei soggetti che utilizzano la mediazione, tanto se gli stessi assumano il ruolo di chi promuove il procedimento quanto se siano chiamati a parteciparvi. In particolare, rispetto alle norme europee, dal d.lgs. n. 28/2010 emerge una duplice apertura sul piano soggettivo. In primo luogo, la mediazione è riferibile sia ai soggetti pubblici e sia a quelli privati. Per i primi non è stata riportata l'espressa limitazione contenuta nella direttiva 2008/52/CE³⁴⁷ che,

³⁴⁶ Sull'ambito applicativo della mediazione civile e commerciale, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 83 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 19 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 25 ss.; A. CASTAGNOLA, F. DELFINI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 17 ss.

³⁴⁷ Art. 2, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

perciò, è riferibile unicamente in quanto le controversie si riferiscano a situazioni sottratte alla libera disponibilità delle parti³⁴⁸. Sono suscettibili di essere portate in mediazione, in sostanza, le controversie relative all'attività condotta *jure privatorum* dalla pubblica amministrazione e, comunque, alle controversie inerenti ai profili patrimoniali conseguenti all'attività autoritativa amministrativa, tanto se la stessa si sia svolta correttamente e dia titolo a diritti o pretese indennitarie, quanto se presenti profili di illegittimità e, quindi, fondi domande risarcitorie. La natura civile della controversia, in quanto tale, non importa la limitazione alle sole controversie attribuite al giudice civile, potendo estendersi anche a quelle sottoposte al giudice amministrativo, specie nei casi in cui lo stesso abbia giurisdizione esclusiva.

Sotto altro profilo, in ambito privatistico alla mediazione si possono rivolgere tutti i soggetti a prescindere dalla natura e qualificazione giuridica che assumono in forza delle discipline generali e settoriali. Così, alla mediazione possono partecipare sia persone fisiche, che enti e persone giuridiche. A tal fine, l'esame condotto sulla normativa comunitaria, ancora, porta a ritenere che sia i consumatori e sia i professionisti possano rivolgersi alla mediazione³⁴⁹. La disciplina italiana della mediazione, sul punto, non opera esclusioni, né limitazioni di sorta, dettando una normativa generale ispirata tendenzialmente al principio dell'indifferenza soggettiva.

³⁴⁸ In relazione alla partecipazione della P.A. alla mediazione civile e commerciale, v. M. GIOVANNINI, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Affari istit.*, 6, 2008, p. 821 ss. Si segnala, inoltre, la recente Circolare n. 9/2012 del Dipartimento della Funzione pubblica contenente le linee guida sulla mediazione civile e commerciale, disponibile all'indirizzo web: http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/08/circolare_9_2012.pdf.

³⁴⁹ Con riferimento all'applicazione della disciplina della mediazione civile e commerciale alle controversie con i consumatori, v. P. DUVIA, *I consumatori e il procedimento di mediazione*, in *I contratti*, 3, 2011, p. 279 ss.; S. MONTICELLI, *Il cd. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, in *I contratti*, 8-9, 2011, p. 856 ss.; L. DELOGU, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2, 2012, p. 367 ss.; C. ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi con i consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 107 ss.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., p. 715 ss.

L'impostazione seguita, tuttavia, comporta una serie di delicati problemi di coordinamento delle fonti, tra l'altro, in ordine sia all'applicazione alla mediazione delle prescrizioni europee sulle ADR in materia di consumo, che al regime speciale contrattuale e processuale dedicato ai consumatori. Sotto il primo profilo, tanto la raccomandazione 310/2001/CE, quanto le proposte di direttive ADR e di regolamento ODR per i consumatori, stabiliscono principi qualitativi più garantisti e rigorosi a tutela di questi contendenti. È appena il caso di richiamare, quanto agli aspetti economici, i principi di gratuità ovvero di modicità e proporzionalità dei costi delle ADR per i consumatori. Siffatti principi, invero, non trovano riscontro nella disciplina della mediazione, che prevede un regime economico indifferenziato per tutti i partecipanti³⁵⁰, fatta sola eccezione per le condizioni di esonero dalla spese di mediazione per i non abbienti³⁵¹. Quanto alla durata, inoltre, la normativa europea stabilisce che la procedura non può superare un arco temporale massimo di tre mesi. La normativa italiana sulla mediazione, invece, fissa in quattro mesi la relativa durata massima del procedimento³⁵².

La portata generale della disciplina della mediazione, probabilmente, comporterà la necessità di articolare meglio il raccordo con le normative settoriali e speciali per tutti quei profili non espressamente considerati dal legislatore. In tal modo, è possibile che il regime generale della mediazione, stante la flessibilità dell'istituto, si combini e integri con quelli speciali che, per soddisfare particolari esigenze di tutela, possono richiedere ulteriori disposizioni. La questione prospettata, tuttavia, si presenta molto più ampia e complessa, oltre che controversa, stante il carattere minimale della disciplina della mediazione che, per tanti aspetti, deve essere completata in via interpretativa, attingendo alle discipline contermini. In questo senso, per la soluzione delle singole controversie e, quindi, per la definizione concordata dei relativi rapporti sono ipotizzabili delle estensioni normative che attingano all'ambito processuale e sostanziale.

³⁵⁰ Art. 16, d.m. n. 180/2010.

³⁵¹ Art. 17, comma 5, d.lgs. 28/2010.

³⁵² Art. 6 d.lgs. n. 28/2010.

In termini oggettivi, come rilevato, la mediazione è suscettibile di avere per oggetto qualunque controversia civile e commerciale purché vertente su diritti disponibili³⁵³. Con la natura civile o commerciale della controversia si evoca il vasto campo dei rapporti privatistici e, pertanto, la pluralità di regimi sia processuali e sia sostanziali ad essi applicabili. Mentre le controversie civili rimandano ai regimi generali che, tendenzialmente, prescindono dalla qualificazione soggettiva delle parti, quelle commerciali evocano lo svolgimento dell'attività economica d'impresa e, pertanto, la corrispondente qualificazione imprenditoriale o professionale in capo a una o entrambe le parti in conflitto, secondo le varie discipline trasversali e settoriali che sono state adottate, soprattutto su impulso europeo. L'aver accomunato nella direttiva 2008/52/CE le due fasce di rapporti civili e commerciali in mediazione, come già rilevato, non significa che vi sia un'unica e unitaria disciplina per la risoluzione della controversia, quanto piuttosto plurimi statuti da raccordare.

Così, il riferimento ai diritti disponibili, sui quali vertono le controversie assoggettabili alla mediazione, è suscettibile di essere inteso non solo con riferimento alla natura giuridica delle situazioni oggetto di contestazione, ma anche con riguardo allo statuto dei contendenti. In mediazione, pertanto, occorre non solo verificare se la contesa verta su diritti per loro natura disponibili e di cui le parti possono disporre, ma altresì in base a quale regime ed entro quali limiti. L'osservazione assume una notevole importanza se si considera che la mediazione è una procedura di autocomposizione del conflitto in cui, ancorché avvalendosi dell'assistenza del mediatore, sono sempre le parti a dover porre fine alla controversia con un accordo. La risoluzione contrattuale della controversia, pertanto, determina la necessità di rispettarne i limiti di disponibilità, quantomeno quelli fissati dalla legge in maniera imperativa, a pena di nullità dell'accordo e, inoltre, di non omologabilità del verbale di conciliazione redatto in sede di mediazione³⁵⁴.

La natura disponibile e i corrispondenti regimi di autonomia privata, infine, sono pure evocati dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 28/2010,

³⁵³ In proposito, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 91 ss.

³⁵⁴ Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

che precisa che il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi³⁵⁵. La norma lascia le parti libere di comporre il conflitto con altri meccanismi negoziali, diversi dalla mediazione, in cui i contendenti possono stringere un accordo individuale e diretto, ovvero per il tramite di rappresentanti dei centri di interessi contrapposti. Si tratta di ulteriori tecniche di autocomposizione, che la stessa direttiva³⁵⁶ ha distinto dalla mediazione in quanto sprovviste della presenza dell'organo terzo imparziale che assiste i contendenti, ma che appartengono all'area dei meccanismi dell'autonomia privata. In tali meccanismi, ai quali non si applica la disciplina della mediazione, peraltro, è più evidente il momento convenzionale della composizione del conflitto³⁵⁷.

L'ambito applicativo della mediazione, infine, non è circoscritto alle sole controversie transnazionali previste dalla direttiva 2008/52/CE come campo applicativo minimo e obbligatorio³⁵⁸. Nella legislazione attuativa, infatti, si è sfruttata l'opportunità di estendere la mediazione anche alle controversie interne³⁵⁹, tra contendenti allocati all'interno del medesimo Stato membro. In questo modo, la riforma italiana della mediazione assume una portata davvero generale, giustificata dalla necessità di varare una riforma strutturale che permettesse di intervenire in maniera incisiva e immediata sul contenzioso con una finalità

³⁵⁵ In relazione a siffatte modalità di composizione extragiudiziale delle controversie, v. C. VACCÀ, *La "negoziiazione paritetica"*, in *I contratti*, 10, 2011, p. 965 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 97 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 24 ss.

³⁵⁶ Considerando n. 11, direttiva 2008/52/CE.

³⁵⁷ Sulla distinzione tra i vari strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, tra gli altri, v. S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, p. 146 ss.; M. MARINELLO, *I Procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, p. 530 ss.; M.A. FODDAI, *Conciliazione mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam., pers. succ.*, 1, 2011, p. 43 ss.

³⁵⁸ Artt. 1, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

³⁵⁹ Considerano n. 8 direttiva 2008/52/CE.

deflattiva dell'enorme carico giudiziario. La scelta di politica del diritto si è tradotta in numerose misure che favoriscono l'accesso, lo svolgimento e la positiva conclusione della mediazione.

Dalla lettura dell'intero contenuto dell'art. 2, d.lgs. n. 28/2010, infine, traspare una declinazione della mediazione che non si limita alla semplice facoltà lasciata ai contendenti, ma si colora in termini rafforzati come pretesa tutelata, alla stregua di vero e proprio diritto di accedere al relativo servizio. Una lettura in questo senso sembra confortata dalle formule utilizzate dalla norma richiamata che, per un verso, afferma in maniera incondizionata che chiunque può accedere alla mediazione e, per altro verso, nega che essa valga a precludere altre forme stragiudiziali di negoziato. L'indicazione trova il conforto di una lettura sistematica che consideri, anzitutto, lo statuto complessivo di erogazione del servizio della mediazione rivolto al pubblico, quale puntualmente disciplinato dalla riforma che ne definisce i profili organizzativi, gestionali e di funzionamento in termini giuridici ed economici. Parimenti rilevanti sono l'istituzione di registri pubblici nei quali sono iscritti gli organismi e i soggetti abilitati a erogare il servizio della mediazione e l'attribuzione delle funzioni di controllo e vigilanza del settore in capo al Ministero della Giustizia. In tale statuto, tra l'altro, si prevede espressamente pure l'obbligo per gli organismi e i mediatori accreditati di coltivare qualsiasi procedura di mediazione sia stata presentata, senza poterla rifiutare in mancanza di valida ragione³⁶⁰, neppure quando, in presenza di una mediazione obbligatoria, gli utenti non abbiano pagato³⁶¹.

La medesima indicazione, inoltre, emerge dalle normative europee, specie quelle riferite all'ambito della materia dei consumi, che con la proposta di direttiva ADR e di regolamento ODR sembrano riconoscere al consumatore un vero e proprio diritto di avvalersi degli strumenti stragiudiziali di composizione dei conflitti. La riforma italiana della mediazione, che abbraccia anche l'ambito dei rapporti del consumo e, inoltre, si occupa anche delle procedure telematiche (*online*), dovrebbe essere intesa in maniera coerente.

³⁶⁰ Art. 9, comma 2, d.m. n. 180/2010.

³⁶¹ Art. 16, comma 9, d.m. n. 180/2010.

È perciò prospettabile un diritto dei consumatori, oltre che delle imprese e dei cittadini, ad avvalersi del servizio di assistenza della mediazione. Tale diritto deve essere improntato, per un verso, al rispetto dello statuto di erogazione stabilito dalle norme nazionali e, per altro verso, al rispetto dei principi di qualità imposti dal diritto europeo in materia di consumo.

L'accesso alla mediazione, tuttavia, ha suscitato i maggiori e più delicati problemi con riferimento all'altro profilo concernente l'obbligatorietà normativamente imposta di avvalersi della stessa prima di potersi rivolgere all'autorità giudiziaria. In proposito, si è osservato che tanto la direttiva 2008/52/CE³⁶² e le altre normative europee sulle ADR e ODR, quanto la legge delega italiana sulla riforma della mediazione³⁶³ stabiliscono la salvaguardia del diritto di rivolgersi al giudice e, quindi, di accedere alla tutela giurisdizionale. La normativa europea, tuttavia, ha pure stabilito che sono pienamente compatibili con i principi europei e i diritti fondamentali le disposizioni contenute nelle legislazioni nazionali che favoriscano la mediazione mediante sia misure premianti per chi la utilizza, sia misure sanzionatorie per chi non vi intende partecipare e, tra esse, è espressamente richiamata proprio l'obbligatorietà³⁶⁴. In proposito, tuttavia, la normativa europea segnala la necessità di evitare che queste misure finiscano per provocare la sostanziale frustrazione del diritto di rivolgersi al giudice. È proprio su questo aspetto decisivo per la valutazione della riforma che sono state sollevate le principali questioni di legittimità davanti alla Corte costituzionale e di giustizia europea.

Il d.lgs. n. 28/2010 contiene un articolato sistema di raccordo tra la mediazione e il processo che, per numerose controversie, ha introdotto una condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria disciplinata all'art. 5. Nella norma si distinguono le fattispecie nelle quali risulta normativamente imposto (c.d. mediazione obbligatoria), suggerito dal giudice (c.d. mediazione delegata) ovvero concertato dalle parti contendenti (c.d. mediazione con-

³⁶² Considerando n. 2 direttiva n. 2008/52/CE.

³⁶³ Art. 3, comma 3, lett. a), l. n. 69/2009.

³⁶⁴ Considerando n. 14 direttiva 2008/52/CE.

cordata) esperire la mediazione prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria, con un corrispondente regime di procedibilità dell'azione. La prescrizione dell'obbligatorietà della mediazione costituisce la scelta più incisiva effettuata nella legislazione delegata³⁶⁵, che ha suscitato le maggiori critiche del mondo forense e sulla quale la Corte Costituzionale si è pronunciata riconoscendo l'illegittimità ancorché in accoglimento del mero rilievo procedurale di eccesso di delega³⁶⁶.

Più precisamente, ai sensi del primo comma dell'art. 5, chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia compresa all'interno di un'ampia ed eterogenea serie di materie (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, ovvero uno degli altri procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie previsti per singole materie³⁶⁷. Si coglie con immediatezza la vastità ed eterogeneità del contenzioso coin-

³⁶⁵ Sulla mediazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 109 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 139 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 89 ss.; P. DELL'ANNA, E. GARBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 215 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIAVARRINI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 63 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, *ivi*; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ivi*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, *ivi*.

³⁶⁶ V. *infra*, capitolo V, paragrafo 3.

³⁶⁷ Procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie *ivi* regolate. Sul punto, v. *infra*, capitolo V, paragrafo 3.

volto e l'imponente effetto a cascata che si determina sulle dinamiche processuali di tutela delle posizioni giuridiche.

Al primo comma, ancora, si dispone che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in base ad un puntuale regime processuale che viene di seguito riportato³⁶⁸. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. A tal proposito, si aggiunge che ove il giudice rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi³⁶⁹. Allo stesso modo il giudice provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. La condizione di procedibilità non trova applicazione in materia di consumo alle azioni previste dagli artt. 37³⁷⁰, 140³⁷¹ e 141-*bis*³⁷² cod. cons.

Il secondo comma dell'art. 5, si sofferma sulla mediazione c.d. delegata dal giudice³⁷³. Più precisamente, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, il giudice può invitare le

³⁶⁸ Sul regime della condizione di procedibilità, tra gli altri, A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 89 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 139 ss.; C. CARTONI, *La condizione di procedibilità nelle controversie in materia di circolazione stradale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 146 ss.

³⁶⁹ Ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 28/2010.

³⁷⁰ L'art. 37, cod. cons., si riferisce all'azione inibitoria spettante alle associazioni dei consumatori e dei professionisti e alle camere di commercio rispetto alle clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di contratto.

³⁷¹ L'art. 140, cod. cons., disciplina l'azione esperibile dalle associazioni dei consumatori e degli utenti a tutela dei relativi interessi collettivi.

³⁷² L'art. 140-*bis*, cod. cons., si occupa della disciplina dell'azione di classe a tutela dei diritti individuali e omogenei dei consumatori e degli utenti. La medesima azione, inoltre, è richiamata dall'art. 15, d.lgs. 28/2010, dedicato alla mediazione nell'azione di classe.

³⁷³ Sulla mediazione delegata, v. D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 200 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 192 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 148 ss.

stesse a procedere alla mediazione. In questi casi, durante il processo, è lo stesso giudice che formula una sollecitazione alle parti a rivolgersi alla mediazione, valutandola soluzione più adeguata per risolvere la controversia. La norma dispone che l'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Qualora le parti aderiscano all'invito, il giudice fissa l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di quattro mesi³⁷⁴ e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Spetta comunque alle parti la decisione di aderire all'invito e, quindi, di rivolgersi alla mediazione ed, eventualmente, di trovare una soluzione conciliativa in tale sede.

Al fine di scongiurare che la durata della mediazione, ancorché circoscritta in un arco temporale limitato, possa irrimediabilmente ledere l'effettiva tutela giudiziale delle parti, sono state introdotte alcune limitazioni della condizione di procedibilità³⁷⁵. In primo luogo, si dispone che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In secondo luogo, si introduce una più ampia deroga che, in taluni procedimenti differisce solamente ad una seconda fase processuale³⁷⁶, in altri esclude totalmente dal relativo giudizio³⁷⁷ la ne-

³⁷⁴ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

³⁷⁵ In proposito, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 183 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 166 ss.

³⁷⁶ Ai sensi del comma 4, dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c.

³⁷⁷ Ai sensi del comma 4, dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano: d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata in sede penale.

cessità dell'esperienza della mediazione nelle controversie per le quali lo stesso è obbligatorio ai sensi del comma 1 ovvero concordato dalle parti su invito del giudice, ai sensi del comma 2.

All'art. 5, comma 5, ancora si prevede la c.d. mediazione concordata, conseguente all'inserimento di una clausola di mediazione o di conciliazione in un contratto, atto costitutivo ovvero statuto di un ente³⁷⁸. Con la clausola anzidetta si pattuisce che per le conseguenti controversie che dovessero insorgere ci si obbliga a promuovere la mediazione ed eventualmente si indica anche l'organismo accreditato al quale rivolgersi. In questi casi, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di sei mesi³⁷⁹. Allo stesso modo si comportano il giudice o l'arbitro quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. In questo caso, la domanda è presentata davanti all'organismo indicato nella clausola, se iscritto al registro, altrimenti davanti ad altro organismo purché iscritto³⁸⁰. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto, allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

Infine, fuori dei casi di mediazione obbligatoria, delegata o concordata, ciascuno ha diritto di presentare una domanda di mediazione (mediazione c.d. facoltativa) in relazione a qualunque controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 28/2010. Dall'esame congiunto delle fattispecie richiamate, tuttavia, risulta che la mediazione sia sempre uno strumento di tutela extragiudiziale volontario,

³⁷⁸ Sulla mediazione concordata, v. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 114 ss.; E. GARBARRINI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 231 s.; MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 199 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 173 ss.

³⁷⁹ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

³⁸⁰ La norma precisa che nel caso in cui le parti adiscano diversi organismi di mediazione, prevale quello presso il quale è stata presentata la prima domanda, ai sensi dell'art. 4, comma 1. In proposito, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 115 ss.

malgrado le prescrizioni normative, le indicazioni del giudice e gli eventuali accordi. L'avvio, lo svolgimento e la positiva conclusione della procedura, infatti, sono lasciate all'iniziativa delle parti contendenti, che in essa esercitano la loro autonomia nella gestione della mediazione e nella disposizione delle situazioni controverse.

2. *La mediazione.* – L'autonomia delle parti, come osservato, in sede di mediazione si deve esplicitare nel rispetto dei principi e delle regole del procedimento strutturato che si svolge davanti all'organismo scelto che, tramite il proprio responsabile, designa il mediatore incaricato di prestare l'assistenza in maniera efficace, imparziale e competente, rimanendo privo di poteri decisori della controversia. Il d.lgs. n. 28/2010 dedica l'intero capo II, che comprende la gran parte degli articoli (da 3 a 15), al procedimento di mediazione. Le norme si soffermano sui principi generali e le regole cardine concernenti i profili fondamentali e qualificanti del procedimento di mediazione che, per i restanti aspetti, è lasciato all'autonomia conformativa dell'organismo, alla strategia gestionale del mediatore che lo conduce e, soprattutto, alle decisioni delle parti contendenti.

Quanto alla disciplina applicabile e alla forma degli atti, l'art. 3, comma 1, dispone che al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti³⁸¹. Ciascun organismo, come rilevato, si deve dotare di un proprio regolamento di procedura, oltre che di un codice etico, da sottoporre al preventivo vaglio del Ministero della giustizia³⁸². Il comma 2 del medesimo articolo, inoltre, impone che il regolamento in ogni caso garantisca la riservatezza sia interna e sia esterna del procedimento ai sensi del successivo art. 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico. Si tratta, quindi,

³⁸¹ Sulla disciplina applicabile e la forma degli atti, v. C. MARUCCI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 103 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 47 ss.

³⁸² In relazione all'autonomia regolamentare degli organismi, v. V. VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, cit., p. 607 ss.

della declinazione dei principi fondamentali di qualità stabiliti direttamente dalla normativa europea³⁸³, che devono essere rispettati da tutti gli organismi pubblici e privati accreditati. Ciascuno di essi, comunque, provvede a declinare i principi in base alle varie formule conformative e gestionali che intende presentare al pubblico degli utenti del servizio di mediazione. In termini generali, ancora, l'art. 3, comma 4, riprende le indicazioni europee³⁸⁴ e della legge delega³⁸⁵ in ordine all'impiego delle tecnologie e, in particolare, stabilisce che nel regolamento sono indicate le modalità telematiche di possibile svolgimento della mediazione³⁸⁶. Nella normativa regolamentare, peraltro, si stabilisce che gli organismi non possano prevedere che l'accesso alla mediazione si svolga esclusivamente attraverso modalità telematiche³⁸⁷. La prescrizione, probabilmente, intende garantire l'accessibilità anche a quelle fasce di utenti che non utilizzano queste tecnologie e, comunque, non hanno piena padronanza delle stesse nella gestione delle attività patrimoniali. Ciascun organismo, pertanto, nel proprio regolamento dovrà combinare le modalità tradizionali e quelle telematiche di accesso e di svolgimento della mediazione, in base alle formule gestionali ritenute più adeguate.

L'art. 3, comma 3, stabilisce in termini generali che gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità³⁸⁸. La disposizione, al fine di realizzare la semplificazione e, quindi, l'efficacia, esclude la necessità della forma scritta e, inoltre, dei formalismi e delle formule rituali che irrigidiscono e appesantiscono inutilmente il procedimento. Nelle norme successive, tuttavia, non mancano prescrizioni puntuali che, in relazione ai principali atti del procedimento, richiedono l'utilizzo della for-

³⁸³ Artt. 4 e 7 direttiva 2008/52/CE.

³⁸⁴ Considerando 9 direttiva 2008/52/CE.

³⁸⁵ Art. 60, comma 3, lett. i), l. n. 69/2009.

³⁸⁶ Sulle modalità telematiche di svolgimento della mediazione, v. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 49 ss.; C. MARUCCI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 105 ss.

³⁸⁷ Art. 7, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

³⁸⁸ In proposito, v. D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 168 ss.

ma scritta, tra l'altro, in relazione alla proposta scritta di risoluzione della controversia³⁸⁹, al verbale di chiusura della procedura³⁹⁰ e all'eventuale accordo conciliativo ad esso allegato³⁹¹. A quest'ultimo proposito, tuttavia, si solleva un problema legato ai requisiti di forma imposti dalle discipline concernenti i rapporti controversi. È il caso, tra gli altri, degli accordi dispositivi dei diritti reali sugli immobili siglati in mediazione, per i quali è stato considerato il profilo pubblicitario collegato alla trascrizione nei registri pubblici immobiliari³⁹². La questione, tuttavia, assume una portata maggiore e si collega allo statuto dell'esercizio dell'autonomia privata nella sede della mediazione.

Le disposizioni dell'art. 3, nell'insieme, si dimostrano di estremo interesse, anche in chiave sistematica. In primo luogo, si percepisce con evidenza la netta distinzione tra i principi e le regole della mediazione e quelli applicabili al giudizio civile. La mediazione si presenta come un procedimento davvero alternativo, nel senso che in essa non sono riproponibili le soluzioni giuridiche dell'ambito processuale. La stessa autonomia conformativa che gli organismi esercitano nel disciplinare il procedimento di mediazione non trova riscontro nel sistema formalizzato di tutela giudiziale che viene delineato e compiutamente articolato nei codici di rito. La mediazione, piuttosto, sulla scorta delle indicazioni europee³⁹³, rimanda a logiche differenti di autonomia organizzativa e gestionale dei soggetti accreditati a erogare il servizio in base a un regime concorrenziale, che deve rispondere alle esigenze dell'utenza e, in particolare, delle parti contendenti che se ne avvalgono.

La riforma della mediazione, infatti, rimette alla parte che promuove la procedura la scelta dell'organismo di mediazione tra

³⁸⁹ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

³⁹⁰ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

³⁹¹ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

³⁹² Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010. In proposito, v. C. CALDERONI, M. LEO, V. RUBERTELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 327 ss.; P. CRISCUOLI, *Non si trascrive l'accordo che accerta l'usucapione*, in *Immobili & proprietà*, 1, 2012, p. 41 ss.

³⁹³ Considerando n. 6 direttiva 2008/52/CE.

quanti siano accreditati in Italia³⁹⁴. Come rilevato, in mediazione non vi sono vincoli di competenza territoriale³⁹⁵ e, in base all'iscrizione ottenuta, gli organismi possono essere autorizzati a trattare tutte le controversie, come è stabilito per quelli costituiti dalle camere di commercio e dai consigli degli ordini degli avvocati, ovvero le sole controversie relative alle materie in cui abbiano specifiche competenze gli organismi degli altri ordini o collegi professionali. In ogni caso, dal provvedimento di iscrizione risulta l'ampiezza della competenza riconosciuta a ciascun organismo pubblico o privato, oltre che le norme regolamentari di cui sia dotato e gli altri elementi personali, logistici e patrimoniali che lo caratterizzano. A tal fine, la riforma prescrive che nel proprio regolamento di procedura si trovi indicato che la mediazione svolta dall'organismo è limitata a specifiche materie, chiaramente individuate³⁹⁶.

I principali profili procedurali attinenti all'accesso alla mediazione, inoltre, sono disciplinati dall'art. 4, che si sofferma sulle modalità di presentazione della domanda e i relativi contenuti³⁹⁷. In base al primo comma, si prevede che la domanda di mediazione si presenta mediante il deposito di un'istanza presso l'organismo al quale si è rivolto l'istante. Si contempla inoltre il caso di più domande relative alla medesima controversia presentate presso organismi differenti e si stabilisce che la mediazione si svolge davanti a quello presso il quale è stata presentata la prima domanda, avendo riguardo alla data della ricezione della relativa comunicazione. Il criterio di priorità, riferito alla ricezione della domanda, pertanto, permette di individuare l'organismo competente a gestire la mediazione tra i contendenti in maniera congeniale all'esercizio della libertà di scelta rimessa a ciascuna parte e alle esigenze di massima semplificazione.

³⁹⁴ G. MINELLI, *La mediazione per la composizione delle controversie*, cit., p. 115 ss.

³⁹⁵ Sul punto, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 236 ss.

³⁹⁶ Art. 7, comma 2, lett. e), d.m. n. 180/2010.

³⁹⁷ In merito alla formulazione della domanda di mediazione e all'avvio del procedimento, v. G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Il corriere giuridico*, 4, 2011, p. 565; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 118 ss.

Quanto ai contenuti, in conformità al principio di essenzialità e semplificazione, funzionale a favorire l'accesso alla mediazione, l'istanza deve esplicitare i quattro principali elementi riferiti ai profili soggettivi e oggettivi della procedura. Ai sensi dell'art. 4, comma 2, l'istanza di mediazione deve indicare l'organismo al quale è rivolta e le parti contendenti, oltre che l'oggetto e le ragioni della pretesa avanzata. Siffatti elementi assumono rilievo sia all'interno della mediazione, che nei suoi risvolti processuali e sostanziali. Nell'ordine, mediante i richiamati contenuti dell'istanza si individua la singola procedura di mediazione³⁹⁸, ma si procede pure all'applicazione di una serie di ulteriori regole stabilite dall'autonomia organizzativa dell'organismo prescelto, oltre che dalla normativa concernente il regime economico applicabile in base alle condizioni delle parti³⁹⁹, alla tipologia⁴⁰⁰ e al valore⁴⁰¹ della controversia incardinata.

Sul piano processuale, come rilevato, l'esperimento della mediazione può costituire assolvimento della condizione di procedibilità⁴⁰² di cui occorre dare conto davanti al giudice, nel processo da instaurare o già pendente. Per questa ragione, nell'istanza di mediazione devono essere indicati gli estremi identificativi essenziali della corrispondente azione giudiziale.

Infine, la proposizione della domanda di mediazione assume rilievo anche sul piano sostanziale. In conformità alle normative europee⁴⁰³, la mediazione dispiega i suoi effetti sulla prescrizione e sulla decadenza dei diritti oggetto della controversia⁴⁰⁴. Più precisamente, ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, dal momen-

³⁹⁸ In forza dell'art. 12, comma 1, d.m. n. 180/2010, infatti, ciascun organismo di mediazione è tenuto a istituire un registro, anche informatico, degli affari di mediazione, con le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, i dati identificativi delle parti, l'oggetto della mediazione, il mediatore designato, la durata del procedimento e il relativo esito.

³⁹⁹ Art. 17, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁰⁰ Art. 16, comma 4, lett. d), d.m. n. 180/2010.

⁴⁰¹ Allegato A d.m. n. 180/2010.

⁴⁰² Art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁰³ Art. 8 direttiva 2008/52/CE.

⁴⁰⁴ In relazione a tali aspetti, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 202 ss.; S. GIAVARRINI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 110 ss.

to della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Mentre dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta. A quest'ultimo riguardo, peraltro, si precisa che se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'organismo in base all'art. 11, d.lgs. n. 28/2010.

Secondo i principi generali dell'ordinamento, segnatamente l'art. 2943, comma 1, cod. civ., infatti, la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione, ovvero conservativo o esecutivo⁴⁰⁵. In forza della richiamata disposizione dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, pertanto, lo stesso effetto è prodotto direttamente dalla mediazione, attraverso la comunicazione alla controparte della relativa istanza. Per effetto dell'interruzione, inizia un nuovo periodo di prescrizione che, peraltro, non dovrebbe correre durante il tempo di svolgimento della mediazione⁴⁰⁶. L'effetto interruttivo della prescrizione, peraltro, è ripetibile ogni qualvolta la parte riattivi la procedura di mediazione, ovvero proponga la domanda giudiziaria⁴⁰⁷ o di arbitrato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Art. 2943, comma 1, cod. civ.

⁴⁰⁶ In forza dell'art. 2045, cod. civ., per effetto dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione (comma 1) e, se l'interruzione avviene per effetto della proposizione della domanda giudiziale, la prescrizione non decorre fino a che non passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio (comma 2), ovvero se il processo si estingue, dall'atto interruttivo inizia a decorrere la prescrizione (comma 3). Analogamente si dispone per il procedimento arbitrale, per il quale la prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione (comma 4). Nei confronti della mediazione, pertanto, si dovrebbe ritenere che l'effetto interruttivo si protragga dalla comunicazione dell'istanza della mediazione alle controparti sino alla chiusura del conseguente procedimento e, più precisamente, al deposito del relativo verbale presso la segreteria dell'organismo, così come stabilito dall'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, con riferimento alla decadenza.

⁴⁰⁷ Ai sensi dell'art. 2953 cod. civ., ancora, la prescrizione è interrotta anche se la domanda giudiziale venga proposta nel corso del giudizio (comma 2) ovvero davanti a giudice incompetente (comma 3).

⁴⁰⁸ In base all'art. 2953 cod. civ., infine, la prescrizione è interrotta altresì da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore, oltre che dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola

In relazione alla decadenza che, di regola non è impedita che dal compimento dall'atto previsto dalla legge o dal contratto⁴⁰⁹, ai sensi dell'art. 5 richiamato, la comunicazione della domanda di mediazione è suscettibile di produrre l'effetto impeditivo una sola volta. Nondimeno, si tratta di un effetto molto importante se solo si considera che per alcune azioni giudiziali, per giunta assoggettate alla mediazione obbligatoria, sono stabiliti termini strettissimi di decadenza. Si pensi alle liti condominiali che presuppongono l'impugnazione delle delibere assembleari da proporre nel rispetto del termine di decadenza di appena 30 giorni⁴¹⁰.

Il regime della prescrizione e della decadenza conferma non solo l'incidenza della mediazione sul piano degli effetti sostanziali anche in mancanza dell'accordo, ma altresì la funzione particolarmente meritevole di tutela che la stessa mediazione, quale modalità di esercizio assistito dell'autonomia privata dei contendenti, assume per l'ordinamento. La medesima valutazione positiva, peraltro, traspare dalle restanti disposizioni che impongono l'adeguata informazione a favore di chi si avvale della mediazione.

In conformità alle norme europee⁴¹¹ e alla legge delega⁴¹², il momento dell'informazione sulla mediazione assume un'importanza fondamentale per consentire la libera e consapevole scelta da parte dei contendenti. A tal fine, l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, impone all'avvocato di informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali, di cui agli artt. 17 e 20, e altresì dell'eventuale sussistenza della condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁴¹³.

compromissoria dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

⁴⁰⁹ Art. 2966 cod. civ.

⁴¹⁰ Art. 2943, comma 1, cod. civ.

⁴¹¹ Considerando n. 25 direttiva 2008/52/CE.

⁴¹² Art. 60, comma 3, lett. n), l. n. 69/2009.

⁴¹³ Sull'obbligo di informativa che incombe sull'avvocato nei confronti dell'assistito, v. G. MINELLI, in *La mediazione per le controversie civili e commerciali*, cit., p. 125 ss.; S. GIAVARRINI, N.G. ROCCO DI TORREPADULA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 56 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 96 ss.

Quanto alle modalità, l'informazione deve essere resa all'atto del conferimento dell'incarico, chiaramente e per iscritto. Il documento contenente l'informazione deve essere sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. La norma si sofferma sulle conseguenze dell'inosservanza e, in particolare, detta un innovativo regime sanzionatorio. Per un verso, in caso di violazione degli obblighi informativi è comminata l'annullabilità del contratto tra l'avvocato e l'assistito⁴¹⁴. Per altro verso, qualora il giudice verifichi la mancata allegazione del documento informativo e non provveda ai sensi dell'art. 5, comma 1, a differire l'udienza per consentire l'esperienza della mediazione, informa direttamente la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Sotto entrambi i profili, le soluzioni normative si dimostrano di estremo interesse e dimostrano l'importanza della corretta esecuzione dell'informazione e la sua proiezione funzionale rispetto alla scelta che è rimessa alla parte contendente.

L'informazione, infatti, assume un ruolo decisivo ai fini dell'effettiva libertà e consapevolezza dell'assistito nella decisione di avvalersi della mediazione, quale modalità compositiva della controversia e dispositiva della corrispondente situazione giuridica. In proposito, si osserva che il meccanismo informativo è riproposto anche all'interno del procedimento di mediazione con riferimento alla fase finale dell'eventuale formulazione della proposta risolutiva scritta, ai sensi dell'art. 11⁴¹⁵. In questo caso, peraltro, è il mediatore ad essere tenuto a informare le parti contendenti in merito alle conseguenze che, ai sensi dell'art. 13, potrebbero scaturire sul piano processuale dal rifiuto della proposta risolutiva. Su entrambi i meccanismi informativi, assai significativi ai fini della configurazione dello statuto dell'autonomia privata in mediazione, si tornerà in maniera approfondita più avanti.

Tornando agli aspetti strettamente procedurali, l'art. 6 prescrive che il procedimento abbia una durata non superiore a

⁴¹⁴ Nell'iniziale versione del decreto legislativo attuativo della delega, peraltro, si prevede la nullità del contratto, in conformità alle indicazioni sistematiche emergenti dalle discipline sulla trasparenza e sugli obblighi informativi a carico dei professionisti. Nel testo definitivo, invece, si è preferita la soluzione dell'annullabilità, che rimanda alla sistematica generale dei vizi del consenso (art. 1427 cod. civ.).

⁴¹⁵ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

quattro mesi⁴¹⁶. Della durata massima sono pure indicate le decorrenze: dalla data di deposito della domanda di mediazione ovvero dalla scadenza del termine assegnato dal giudice per tale incumbente ai sensi dell'art. 5. Il termine non è soggetto alla sospensione feriale, come invece di regola accade per i termini processuali stabiliti in ambito giudiziario. In proposito, al successivo art. 7 si dispone che non si computano agli effetti della ragionevole durata del processo⁴¹⁷ né la durata della mediazione, né il periodo di rinvio all'udienza successiva disposto dal giudice per assolvere alla condizione di procedibilità dell'azione ai sensi dell'art. 5, comma 1. Le soluzioni si giustificano in ragione sia della diversità di natura giuridica ravvisabile tra la mediazione e la giurisdizione e, quindi, della non estensibilità alla prima delle disposizioni dettate per la seconda, sia della particolare meritevolezza della funzione che la stessa mediazione svolge e che richiede una soluzione rapida nell'interesse della parti contendenti e dell'ordinamento più in generale.

Quanto alle dinamiche procedimentali, l'art. 8 scandisce le principali sequenze, con cadenze incalzanti e la prospettiva di una pluralità di soluzioni di gestione della mediazione⁴¹⁸. In primo luogo, si dispone che all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo adito designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate alla controparte immediatamente e con qualsiasi mezzo idoneo dall'organismo o dallo stesso istante. Si ribadisce inoltre che il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o

⁴¹⁶ In relazione al regime della durata della mediazione, v. F. FERRARIS, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 117 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 207 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 153 ss.

⁴¹⁷ Art. 2, della legge 24 marzo 2001, n. 89.

⁴¹⁸ Sulle cadenze iniziali del procedimento, v. F. DELFINI, S. GIAVARRINI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 130 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 217 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 22 5 ss.; M. KROGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 163 ss.

nel luogo indicato dal regolamento di procedura dello stesso organismo, al quale si rimanda per i restanti aspetti. Con riferimento all'attività del mediatore, ancora, si ripete che lo stesso si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

Maggiori indicazioni sono dedicate alla nomina del mediatore che il responsabile, in conformità al regolamento, deve effettuare in maniera tale che siano garantite non solo la riservatezza, ma anche l'imparzialità, la professionalità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico⁴¹⁹. A tal proposito, come già osservato, per essere accreditato ciascun organismo deve disporre della collaborazione di almeno cinque mediatori, ma è verosimile che gli organismi più grandi abbiano ottenuto un numero maggiore di disponibilità. A tal fine, il d.m. n. 180/2010, tra l'altro, dispone che nel proprio regolamento l'organismo possa prevedere la formazione di elenchi separati dei mediatori suddivisi per specializzazioni per materie giuridiche⁴²⁰ e, si può ritenere, anche in base alle altre specializzazioni occorrenti per assistere le parti nella risoluzione delle controversie. Il regolamento, in ogni caso, deve contenere i criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta⁴²¹ e, si deve del pari ritenere, sulla scorta degli ulteriori elementi utili, costituiti dall'esperienza professionale, dal percorso formativo e di specializzazione.

Ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, a seconda dei casi, il responsabile può nominare un solo mediatore ovvero, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, anche uno o più mediatori ausiliari⁴²². Ai sensi del successivo comma 4, quando non si procede alla nomina di un collegio

⁴¹⁹ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁴²⁰ Art. 7, comma 2, lett. d), d.m. n. 180/2010.

⁴²¹ Art. 7, comma 5, lett. e), d.m. n. 180/2010.

⁴²² Sul punto, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 228 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 245 ss.; A.V. CAPASSO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 165 ss.

di mediatori, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, i cui compensi sono stabiliti nel regolamento dell'organismo. Entrambe le formule garantiscono la professionalità dell'assistenza, ancorché i costi dei periti esterni non siano ricompresi nelle spese di mediazione, che coprono gli onorari dei mediatori⁴²³, e, quindi, debbano essere pagati in aggiunta dalle parti che ne facciano richiesta.

È pure espressamente prevista la possibilità di una comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, di cui il responsabile dell'organismo tiene conto ai fini della designazione⁴²⁴. Proprio perché condivisa, l'indicazione è senz'altro utile e meritevole di attenta considerazione, in quanto contribuisce a favorire una soluzione concordata del percorso e dell'esito della mediazione. In questo aspetto, pertanto, si ravvisa un altro ambito di estrinsecazione dell'autonomia gestionale e dispositiva dell'organismo e delle parti.

Sul piano procedurale, ancora, si prevedono delle ulteriori garanzie di imparzialità e di qualità del servizio. Per un verso, il procedimento non può avere inizio finché il mediatore designato non abbia sottoscritto la dichiarazione di imparzialità⁴²⁵ di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 28/2010⁴²⁶. Per altro verso, al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte viene consegnata idonea scheda di valutazione del servizio, che si sofferma sui principali aspetti qualitativi⁴²⁷. Si è in presenza di due meccanismi distinti che, entrambi estranei al sistema giudiziario, concorrono su piani differenti a garantire il controllo qualitativo della mediazione. Gli artt. 9 e 10 prescrivono una serie di misure a garanzia della riservatezza della mediazione, che riprendono e sviluppano le prescrizioni minime contenute nella direttiva 2008/52/CE⁴²⁸.

⁴²³ Art. 16, comma 10, d.m. n. 180/2010.

⁴²⁴ Art. 7, comma 6, lett. c), d.m. n. 180/2010.

⁴²⁵ Art. 7, comma 5, lett. a), d.m. n. 180/2010.

⁴²⁶ In relazione a tali aspetti, v. C. COVATA, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 311; M. BUZIO, in *Manuale della conciliazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 90 ss.

⁴²⁷ Art. 7, comma 5, lett. b), d.m. n. 180/2010.

⁴²⁸ Art. 7 direttiva 2008/52/CE.

Più precisamente, l'art. 9, comma 1, impone a chiunque presti l'opera o il servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione l'obbligo della riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. È questa la c.d. riservatezza esterna, ossia una barriera di protezione che tutti coloro che partecipano alla mediazione devono rispettare, evitando di comunicare o di divulgare a terzi l'esistenza e i contenuti della mediazione. Il comma successivo, inoltre, si occupa della riservatezza c.d. interna, riferita alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante le sessioni separate tenute dal mediatore con una delle parti. Nello svolgimento del procedimento, infatti, si possono avere sia riunioni congiunte del mediatore con tutte le parti e sia riunioni separate con una o alcune soltanto di esse. In questi casi, salvo che la parte dichiarante o dalla quale provengono le dichiarazioni non acconsenta, il mediatore è tenuto a mantenere la riservatezza nei confronti delle altre parti. La mediazione interna, quindi, costituisce una tutela aggiuntiva prevista dalla riforma, che è funzionale al libero confronto del mediatore con ciascuna parte, che ritenga di aprirsi al dialogo con il mediatore, ma non anche con le altre parti⁴²⁹.

La disciplina della riservatezza, ancora, si completa con le disposizioni dell'art. 10 relative all'inutilizzabilità e al segreto professionale⁴³⁰. Sul primo aspetto, si prevede che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possano essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della par-

⁴²⁹ Con riferimento alla tutela della riservatezza interna ed esterna, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 145 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 95 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 229 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 55 ss.

⁴³⁰ In relazione all'inutilizzabilità e al segreto professionale, v. F. FERRAIS, F. SODDU, in *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 150 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 261 ss.; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 61 ss.

te dichiarante o dalla quale provengono. Si prescrive, inoltre, che sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. Si stabilisce, quindi, una netta separazione tra la mediazione e il successivo giudizio, vietando che i contenuti delle dichiarazioni e delle informazioni dalla prima possano passare al secondo. L'inutilizzabilità e il divieto dovrebbero essere intesi in senso ampio, con riguardo ai contenuti di tutte le dichiarazioni e informazioni provenienti dalla mediazione e a qualunque mezzo di prova sia suscettibile di farle acquisire al giudizio, non solo quelle espressamente indicate. Anche per questi aspetti della riservatezza, tuttavia, si ribadisce che con il consenso della parte si possa superare il regime di preclusioni. Emerge, pertanto, una configurazione della riservatezza che non risponde a ragioni di ordine pubblico o di natura sovraordinata, ma soddisfa l'interesse delle parti stesse, che nell'esercizio della loro autonomia possono disporre come meglio ritengono ai fini della risoluzione della controversia. Infine, si prescrive che sul contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni risultanti dal procedimento di mediazione, il mediatore non può essere tenuto a deporre né davanti all'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità. Al mediatore, infine, si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e si estendono altresì le garanzie del difensore ex art. 103 c.p.p. Queste disposizioni intendono garantire uno spazio di inviolabilità nella comunicazione tra il mediatore e le parti in mediazione, funzionale allo svolgimento dell'attività di assistenza nella risoluzione della controversia.

Il regime della riservatezza della mediazione sommariamente richiamato, sotto altro profilo, si raccorda e completa con quello prescritto per il trattamento dei dati personali⁴³¹, in conformità alle disposizioni del codice della *privacy*. In mediazione, infatti, sono trattati numerosi dati personali, anche di natura sensibile e a carattere giudiziario, delle parti contenenti e, comunque, di quanti svolgono la mediazione o attività ad esse

⁴³¹ Art. 7, comma 8, d.m. n. 180/2010, che prescrive espressamente che i dati raccolti in mediazione sono trattati nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il codice in materia di protezione dei dati personali.

connesse⁴³². Tant'è che, per raccordare le due normative, semplificare gli adempimenti e autorizzare il trattamento dei dati sensibili e giudiziari è intervenuta l'Autorità garante che, non appena entrata in vigore la riforma della mediazione, ha rilasciato un provvedimento⁴³³ e due autorizzazioni generali⁴³⁴.

L'esame delle disposizioni dedicate alla riservatezza, come quelle sul trattamento dei dati personali, peraltro, dimostrano la peculiarità della disciplina della mediazione, che non corrisponde né a quella prevista per il processo, né a quella generale in materia contrattuale. Anche sul punto, emerge l'autonomia del regime della mediazione, che si atteggia in maniera adeguata alle finalità meritevoli di tutela con essa perseguite.

3. *La conciliazione.* – Dell'intero procedimento, il momento sicuramente più qualificante è costituito dall'impiego alternato ad opera del mediatore delle due tecniche di assistenza facilitativa e aggiudicativa, che si ripercuotono sulle sequenze finali e sull'esito della mediazione. In esse si manifesta la peculiarità della soluzione ibrida accolta dal legislatore italiano, che ha declinato l'istituto in base alle due modalità operative risultanti dalla stessa definizione di mediazione⁴³⁵, alla quale sono perciò entrambe riconducibili.

Nell'una e nell'altra modalità, infatti, il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione

⁴³² Sul regime applicabile al trattamento dei dati personali in mediazione, v. C. PILIA, *Riservatezza e trattamento dei dati personali in mediazione*, cit., p. 216 ss.

⁴³³ Provvedimento in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali n. 160 del 21 aprile 2011, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011* e reso disponibile sul sito web istituzionale del Garante www.garanteprivacy.it. doc. web n. 1809039.

⁴³⁴ Autorizzazioni del 21 aprile 2011 n. 161 (autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nell'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011* e reso disponibile sul sito web istituzionale del Garante www.garanteprivacy.it. doc. web n. 1808658) e n. 162 (autorizzazione al trattamento dei dati a carattere giudiziario correlato all'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011* e reso disponibile sul sito web istituzionale del Garante www.garanteprivacy.it. doc. web n. 18086776).

⁴³⁵ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010.

della controversia⁴³⁶, senza che egli eserciti mai un potere, che non gli appartiene, di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio. Tant'è che di regola sia l'impiego della tecnica e, in ogni caso, l'esito della mediazione dipende dalla volontà delle parti contendenti. Occorre, a questo proposito, passare a illustrare le principali disposizioni dedicate a questi aspetti procedurali, che contribuiscono in maniera decisiva a chiarire la natura giuridica e, quindi, la restante disciplina applicabile alla mediazione.

Il mediatore conduce il procedimento in maniera funzionale al raggiungimento di una soluzione condivisa della controversia che gli viene sottoposta, adottando una strategia e tenendo una condotta adeguata alle concrete situazioni nelle quali si trova ad operare. A tal proposito, la riforma ha adottato regole giuridiche che, anzitutto, favorissero la partecipazione alla procedura di mediazione delle parti e, quindi, la condivisione del percorso risolutivo e, infine, della soluzione concordata.

In primo luogo, la riforma impone di svolgere comunque la procedura di mediazione, quand'anche le parti invitate dall'istante non aderiscano alla mediazione e, quindi, non si presentino davanti all'organismo⁴³⁷. Si prescrive che, quantomeno nei casi di mediazione obbligatoria (ex art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), il mediatore è tenuto a svolgere l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione. La segreteria dell'organismo, inoltre, può rilasciare l'attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e quindi del mancato accordo. Il verbale è formato dal mediatore ai sensi dell'art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010. In proposito, come rilevato, è pure da sottolineare come il mediatore designato debba eseguire personalmente la prestazione dell'assistenza a favore delle parti contendenti⁴³⁸ e, inoltre, che il regolamento dell'organismo possa prevedere che il mediatore debba in ogni caso convocare personalmente le parti⁴³⁹. L'aspetto personale del procedimento è tanto più si-

⁴³⁶ Art. 8, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁴³⁷ Art. 7, comma 5, lett. d), d.m. n. 180/2010.

⁴³⁸ Art. 13 d.m. n. 180/2010.

⁴³⁹ Art. 7, comma 2, lett. a), d.m. n. 180/2010.

gnificativo se si considera che in mediazione non è obbligatorio avvalersi dell'assistenza del legale, ancorché questo accada più frequentemente⁴⁴⁰, e, inoltre, che per tanti aspetti la parte è chiamata a compiere scelte assai importanti che dispiegano effetti non solo all'interno della procedura, ma anche in sede giudiziale e, quindi, sulle posizioni sostanziali in conflitto.

Per incentivare la partecipazione alla mediazione delle parti contendenti, presupposto necessario onde verificare la percorribilità della soluzione conciliativa⁴⁴¹, inoltre, la riforma prevede pure l'applicazione di conseguenze negative a carico della parte che, regolarmente invitata, non si presenti alla mediazione⁴⁴². Più precisamente, ai sensi dell'art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Inoltre, nei casi previsti dall'art. 5, il giudice condanna la parte costituita, che non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio⁴⁴³. Nel verbale di fallimento della procedura di mediazione, come accennato, il mediatore deve dare atto della mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

⁴⁴⁰ In base ai dati relativi alle mediazioni rilevati al 31 marzo 2012, infatti, più del novanta per cento delle parti istanti e di quelle invitate si avvalgono dell'assistenza legale. I dati sono stati pubblicati dal Ministero della giustizia e sono resi disponibili all'indirizzo: www.giustizia.it

⁴⁴¹ Dai dati statistici sulle mediazioni rilevati al 31 marzo 2012, infatti, risulta che nel settanta per cento delle procedure le parti invitate non aderiscono alla procedura, che pertanto fallisce, mentre nei casi nei quali tutti i contendenti partecipano alla mediazione le percentuali di successo sono del sessanta per cento. Di qui, la necessità di adottare soluzioni giuridiche e organizzative che favoriscano la partecipazione alla mediazione, quale presupposto necessario a garantire il successo della riforma.

⁴⁴² Sul punto, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 238 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 220 ss.; I. PAGANELLI, E. GASBARRINI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 239 ss.

⁴⁴³ In tal senso, l'iniziale comma 5, dell'art. 8, d.lgs. n. 28/2010, è stato modificato dall'art. 2, comma 35-sexies, d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

Le disposizioni esprimono soluzioni dirette a incentivare la partecipazione alla mediazione mediante l'applicazione di misure di tipo sanzionatorio. Da esse, tuttavia, emerge la conferma della volontarietà della partecipazione alla mediazione della parte, la quale valuta la condotta più adeguata da tenere a seconda delle circostanze. Tali conseguenze negative, per un verso, non scattano se la mancata partecipazione sia sorretta da giustificazione e, per altro verso, le conseguenze pregiudizievoli possono essere comunque ponderate e accettate dalla parte stessa che vi si espone. Certo è che bisogna sottolineare che la condotta del contendente che non partecipa alla mediazione non esaurisce le conseguenze all'interno del procedimento, ma si ripercuote negativamente sui contenuti della tutela giudiziale. Si offre al giudice, infatti, un argomento di prova di segno negativo che potrebbe, in caso di causa di esito incerto, fare propendere la decisione per la controparte. È il caso, tra le varie controversie assoggettate alla mediazione obbligatoria, di quelle in materia di risarcimento dei danni da responsabilità medica e da circolazione di veicoli e natanti, che sovente presentano numerosi profili di incertezza e problematicità in ordine alla prova della fondatezza sia all'*an* e sia al *quantum* della pretesa economica.

La disposizione è particolarmente importante e delicata sul piano sistematico, in quanto arriva a incidere sulla decisione giudiziale e, quindi, sulla stessa tutelabilità della posizione. In questo senso, si è in presenza di un comportamento significativo sul piano sostanziale che, per tanti versi, non appare adeguatamente disciplinato dalla riforma. Le parti invitate, infatti, dovrebbero essere state previamente informate e, quindi, avere avuto piena consapevolezza del significato della condotta di non partecipazione alla mediazione.

Passando alla disamina delle dinamiche procedurali dell'utilizzo delle tecniche di assistenza in mediazione, l'art. 11, d.lgs. n. 28/2010, prevede la tecnica facilitativa come strumento principale e da utilizzare sempre in tutte le procedure⁴⁴⁴. In questo senso, l'assistenza del mediatore si rivolge alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia. Il mediatore, in

⁴⁴⁴ Sulla duplicità di fasi, facilitative e aggiudicativa, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.; E.

particolare, dialoga con le parti, sia congiuntamente e sia separatamente in uno o più incontri condotti senza formalità e aperti alla discussione e al confronto non circoscritto all'oggetto della controversia. L'approdo di questa tecnica può essere positivo ovvero negativo. Nel primo caso, le parti stimolate dall'assistenza del mediatore raggiungono l'accordo amichevole, che viene consacrato in un testo scritto allegato al verbale di conciliazione⁴⁴⁵. Nel secondo caso, invece, la tecnica facilitativa non sortisce l'effetto auspicato dal mediatore, senza che questo comporti l'immediata chiusura del procedimento con un verbale di mancata conciliazione. La riforma prevede che, a seconda dei casi, il mediatore debba ovvero possa utilizzare la tecnica aggiudicativa e, quindi, procedere alla formulazione di una proposta scritta risolutiva della controversia. L'impiego di questa tecnica, che esprime il momento più avanzato e, per certi versi, pervasivo dell'assistenza prestata dal mediatore è circondato da precise cautele e garanzie a tutela delle posizioni delle parti contendenti. La tecnica valutativa, infatti, è suscettibile di incidere ancor più significativamente sulle posizioni dei contendenti, in quanto riverbera i suoi effetti sul piano processuale e, quindi, sostanziale.

La formulazione di una proposta scritta di risoluzione della controversia, anzitutto, è un obbligo per il mediatore allorché siano tutte le parti a fargliene concorde richiesta, in qualunque momento del procedimento⁴⁴⁶. In mancanza di una richiesta congiunta, comunque, è lasciato alla discrezionalità del mediatore il potere di decidere se effettuare la proposta risolutiva⁴⁴⁷. Nel primo caso, l'utilità della proposta è valutata dalle stesse parti e, quindi, il mediatore vi deve provvedere; nel secondo caso, invece, è il mediatore che stima la proposta utile per dare una svolta positiva

FABIANI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 50 ss.; G. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, cit., p. 487 ss.

⁴⁴⁵ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁴⁶ L'iniziale versione del decreto legislativo attuativo della delega contenuta nell'art. 60, l. n. 69/2009, infatti, stabiliva che il mediatore dovesse procedere a formulare la proposta scritta in tutte le procedure di mediazione quando le parti non avessero raggiunto un accordo amichevole.

⁴⁴⁷ Sulla natura giuridica della proposta obbligatoria e facoltativa del mediatore, v. M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 260 ss.

alla mediazione, che altrimenti sarebbe destinata al fallimento. In tutti i casi il mediatore, prima di accingersi a formulare la proposta risolutiva, deve informare le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13, d.lgs. n. 28/2010, sul piano delle spese processuali e del giudizio di responsabilità processuale aggravata. L'informazione preventiva, infatti, introduce una fondamentale sequenza dialettica tra il mediatore e le parti, funzionale a dare alle stesse consapevolezza dell'importante significato che assume la formulazione della proposta risolutiva e della gravità delle conseguenze che potrebbero scaturire dal suo rifiuto.

Ai sensi dell'art. 13, infatti, il rifiuto della proposta scritta del mediatore è suscettibile di ripercuotersi negativamente in sede processuale a carico della parte che comunque risulti vincitrice del giudizio e che, quindi, abbia visto l'accoglimento della domanda con il riconoscimento della fondatezza della sua pretesa. Più precisamente, la norma distingue due fattispecie, a seconda che il contenuto della proposta scritta rifiutata corrisponda integralmente o meno al provvedimento che definisce il giudizio⁴⁴⁸.

La prima fattispecie ricorre quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta. In questo caso, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bi-

⁴⁴⁸ Sulla disciplina delle spese processuali ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 28/2010, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 303 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 283 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 323 ss.; M.M. ANDREONI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 203 ss.; NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 206 ss.; M. VACCARI, *La disciplina delle spese nella media conciliazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; EAD., *La proposta conciliativa nella nuova disciplina delle spese di lite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2011, p. 6010 ss.; V. DITTRICH, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 593 s.; A. DE LUCA, *Mediazione (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 4, 2011, p. 403 ss.; F. AGNINO, *Le spese nel processo civile tra sanzioni e ottimizzazione del sistema giudiziario*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2011, p. 633 s.

lancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. L'art. 13, comma 1, inoltre, fa salva l'applicazione degli artt. 92 e 96 c.p.c. e precisa che le disposizioni si applicano anche alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4. Tali importi, quindi, si cumulano con quelli delle spese di giudizio e, pertanto, sono integralmente addossati sulla parte che abbia rifiutato la proposta risolutiva.

La seconda fattispecie, invece, si verifica quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta e, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, che devono essere esplicitamente indicate nelle motivazioni relative alla decisione sulle spese, il giudice può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, comma 4.

L'art. 13, comma 4, infine, dispone che tali disposizioni non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri. Tuttavia, si fanno salvi i diversi accordi con i quali le parti estendono variamente siffatta rilevanza esterna della proposta scritta anche all'arbitrato. È, questo, un ulteriore indice normativo da valutare in chiave sistematica nella ricostruzione della natura contrattuale dell'istituto della mediazione, che offre ampi margini di autonomia che non si circoscrivono alla sola conciliazione.

Le disposizioni richiamate introducono delle evidenti deroghe al principio generale della soccombenza che regola il riparto delle spese processuali e finisce per introdurre una pesante sanzione processuale, anche sotto forma di responsabilità aggravata, per i comportamenti abusivi tenuti dalle parti in mediazione. Le disposizioni sono tanto più significative se si considera che le disposizioni dell'art. 13 concorrono e si possono cumulare con quelle previste dall'art. 8, comma 5, per il caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo della parte invitata alla mediazione.

A tal fine, infatti, la riforma dispone che nel regolamento dell'organismo è possibile prevedere che la proposta scritta possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione⁴⁴⁹. Una

⁴⁴⁹ Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010.

siffatta soluzione, peraltro, solleva delicate questioni in ordine all'informazione e al consenso delle parti non costituite. Le stesse, invero, potrebbero non conoscere i meccanismi compositivi e le conseguenze della mancata partecipazione o del rifiuto della proposta, per essersi disinteressate della procedura perché ignorano ovvero non sono in grado di comprenderne il valore giuridico.

L'applicazione delle misure sanzionatorie richiamate è suscettibile di provocare un grave pregiudizio per la parte che le subisce. La stessa, per un verso, si espone alla condanna al pagamento di rilevanti somme a favore dello Stato e della controparte che, a seconda dei casi, potrebbero raggiungere importi notevoli. Per altro verso, la parte perderebbe il diritto alla rifusione delle proprie spese di mediazione e processuali, con un'ulteriore posta negativa a suo carico. In ogni caso, qualora la parte non avesse neppure partecipato alla mediazione, vedrebbe pure addossato su di sé il rischio dell'incertezza della decisione giudiziale della controversia.

Per tutte queste ragioni, si impongono adeguate garanzie, non solo in ordine all'informazione preventiva da rendere alle parti, ma anche ai meccanismi di corretta formulazione della proposta risolutiva. Solamente in tal modo, infatti, la stessa realizza l'utile strumento di agevolazione dell'accordo ipotizzato dalla riforma, senza prestarsi ad abusi o pericolosi fraintendimenti con altri meccanismi eterocompositivi, che sono del tutto estranei alla mediazione. La proposta risolutiva, invero, non altera la base e la natura volontaria della mediazione, ma esprime una soltanto delle modalità di sua estrinsecazione. La prospettazione di un'ipotesi risolutiva, infatti, costituisce una possibile traccia sulla quale le parti si devono confrontare al fine di verificare, nell'esercizio della loro autonomia privata, la percorribilità di questa o di altre possibili vie consensuali elaborate da loro stesse, dal mediatore o da chiunque altro ritengano possa essere d'ausilio. Nel valutare la proposta del mediatore, peraltro, occorre ponderare la convenienza dell'accordo non disgiunta dalle possibili conseguenze derivanti dal suo rifiuto.

Nel regolamento dell'organismo, in proposito, è possibile prevedere che in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11, la stessa, per un verso, provenga da un mediatore diverso da quello che ha condotto la mediazione con la tecnica facilitativa e, per

altro verso, sia redatta sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente⁴⁵⁰. L'autonomia conformativa dell'organismo, a tal riguardo, è in grado di rafforzare le garanzie occorrenti per la formulazione della proposta risolutiva. Il passaggio alla fase facilitativa, nella quale il mediatore si confronta liberamente con le parti, infatti, potrebbe finire per compromettere sia l'equidistanza e sia la riservatezza. Nella formulazione della proposta scritta, invero, il mediatore dovrebbe mantenersi nei rigorosi limiti dell'oggetto della controversia, quale prospettato dalle parti nell'istanza di mediazione e nell'adesione alla procedura. Con la tecnica facilitativa, invece, si può spaziare oltre e le parti sono libere nella loro autonomia di raggiungere anche un accordo su rapporti diversi da quelli controversi. Nel passaggio dalla prima alla seconda tecnica, pertanto, è prospettabile il rischio che nella formulazione della proposta il mediatore sia condizionato dai contenuti di quanto abbia intanto appreso. A tal proposito, ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, si dispone che la proposta non deve contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento⁴⁵¹. Si vuole, in questo modo operare una netta cesura tra la fase facilitativa e quella aggiudicativa che si spiega per diverse ragioni. Anzitutto, nella tecnica facilitativa l'assistenza del mediatore è diretta a stimolare un accordo amichevole che, se raggiunto, è stipulato direttamente dalle parti e, in mancanza, tutti i contenuti delle dichiarazioni e delle informazioni sono coperti dalle barriere protettive della riservatezza interna ed esterna. La tecnica aggiudicativa, invece, si traduce nella formulazione di una proposta risolutiva che utilizza la forma scritta e viene condivisa, in primo luogo, tra tutte le parti e, inoltre, per il tramite del verbale conclusivo che la deve contenere, finisce per essere portata davanti al giudice, il quale può chiedere di acquisirne copia dal responsabile dell'organismo, ai fini dell'adozione delle decisioni ex art. 13⁴⁵².

⁴⁵⁰ Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010.

⁴⁵¹ Sui requisiti formali e sostanziali della proposta scritta del mediatore, v. M. BUZIO, in *Mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 275 ss.

⁴⁵² Art. 8, comma 3, d.m. n. 180/2010.

In ogni caso, la riforma prevede espressamente che le parti possano accordarsi diversamente in ordine all'utilizzo delle informazioni e delle dichiarazioni nella formulazione della proposta scritta. Le parti possono consentire all'utilizzo di tutte o alcune delle dichiarazioni e informazioni risultanti nella procedura⁴⁵³, ovvero accordarsi nel senso che la formulazione della proposta avvenga esclusivamente sulla scorta delle informazioni che le stesse intendono offrire al mediatore⁴⁵⁴. Emerge chiaramente, anche sotto questo aspetto, l'esercizio di un'autonomia dispositiva delle parti densa di significati.

Infine, la formulazione della proposta richiede professionalità e competenza poiché, come più volte ribadito, deve essere rispettosa dei limiti stabiliti dall'ordine pubblico e dalle norme imperative⁴⁵⁵. È pure questa una ragione che potrebbe suggerire la decisione del responsabile dell'organismo di sostituire il precedente mediatore con uno nuovo⁴⁵⁶, se non di affiancarlo con altri mediatori⁴⁵⁷ ovvero, in mancanza, di avvalersi di periti esterni⁴⁵⁸. Tuttavia, il dato maggiormente significativo è che la proposta scritta non debba essere necessariamente corrispondente alla soluzione giuridica della controversia, ma occorre che si mantenga all'interno della legalità negli ampi margini rimessi all'autonomia e disponibilità delle parti. La proposta scritta, infatti, è principalmente diretta a raccogliere l'adesione delle parti.

Sul piano procedimentale, invero, ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, la proposta di conciliazione è comunicata per iscritto alle parti, le quali fanno pervenire al mediatore per iscritto ed entro sette giorni l'accettazione o il rifiuto. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. La dialettica con le parti appare incalzante e, probabilmente, non adeguatamente garantista della libertà e consapevolezza della scelta rimessa alle parti. Tanto accade soprattutto nelle controversie più complesse e,

⁴⁵³ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁵⁴ Art. 7, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

⁴⁵⁵ Art. 14, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁵⁶ Art. 16, comma 10, d.m. n. 180/2010.

⁴⁵⁷ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁵⁸ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

comunque, per le parti meno preparate e non adeguatamente assistite ovvero che non hanno aderito alla procedura e, pertanto, in un siffatto breve frangente non sono in grado di prendere una decisione consapevole. Indicazioni in tal senso, peraltro, emergono dalle fonti comunitarie in materia di consumo.

L'art. 11 ipotizza due evoluzioni⁴⁵⁹, l'una di segno negativo, corrispondente all'insuccesso della mediazione, l'altra di segno positivo costituita dalla conciliazione, che si traducono in modalità redazionali differenti del verbale conclusivo a seconda della tecnica di mediazione utilizzata. In caso di mancata conciliazione a seguito dell'utilizzo della sola tecnica facilitativa, infatti, il verbale redatto e sottoscritto dal mediatore, insieme alle parti, con certificazione delle loro sottoscrizioni ad opera dello stesso mediatore, si limiterà a constatare il mancato raggiungimento dell'accordo amichevole e, se del caso, la mancata partecipazione di una o più parti alla procedura. Nel caso di utilizzo della tecnica aggiudicativa, inoltre, il verbale dovrà recare in allegato il testo della proposta risolutiva non accettata⁴⁶⁰.

In caso di conciliazione, invece, il verbale recherà in allegato il testo dell'accordo amichevole raggiunto dalle parti. Nell'ipotesi di accettazione della proposta risolutiva formulata dal mediatore, il verbale riporterà questi distinti atti. Anche in quest'ipotesi, tuttavia, la conciliazione consiste in un accordo delle parti, ancorché raggiunto su un'ipotesi prospettata dal mediatore.

Lo stesso art. 11, con riferimento ad entrambe le formule di conciliazione, ipotizza la conclusione di uno dei contratti o il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 2643 cod. civ. Per procedere alla trascrizione dell'accordo immobiliare occorre che le sottoscrizioni del processo verbale siano autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato⁴⁶¹. La norma rappresenta un significativo momento di collegamento tra la disciplina della mediazione e quella del codice civile quanto al profilo della pubblicità im-

⁴⁵⁹ A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 275 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 209 ss.

⁴⁶⁰ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁶¹ C. CALDERONI, M. LEO, V. RUBERTELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 327 ss.

mobiliare. L'applicazione dell'art. 11 ha sollevato numerose e delicate questioni interpretative, specie con riferimento agli accordi ricognitivi dell'intervenuta usucapione, da un certo orientamento giurisprudenziale ritenuti non suscettibili di trascrizione.

Infine, si ipotizza che l'accordo raggiunto dalle parti, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento⁴⁶². L'accordo conciliativo, in questi casi, riprende lo schema dei meccanismi processuali di coercizione indiretta introdotti (sul modello francese delle *astreintes*) dall'art. 614-*bis* c.p.c., ma non implica alcuna mutazione della propria natura giuridica⁴⁶³.

La riforma ipotizza che la mediazione e, quindi, la conciliazione si possano verificare anche in materia di consumo e, in particolare, nell'azione di classe di cui all'art. 140-*bis*, cod. cons⁴⁶⁴. Quest'azione, come rilevato non è assoggettata a condizione di procedibilità⁴⁶⁵, tuttavia, si precisa che la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione abbia effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente acconsentito. Si tratta di un'ultrattività dell'accordo conciliativo, aperto anche ai nuovi aderenti, che esprime la sua rilevanza non circoscritta alle sole posizioni delle iniziali parti contraenti.

In conformità alle prescrizioni europee⁴⁶⁶, l'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 si occupa dell'efficacia esecutiva e dell'esecuzione dell'accordo conciliativo⁴⁶⁷. Più precisamente, la norma individua l'autorità giudiziaria competente a concedere l'omologa del verbale

⁴⁶² Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁶³ Sul punto, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 263 ss.

⁴⁶⁴ Sulla mediazione e la conciliazione nell'azione di classe, v. I. GARACI, *La conciliazione nell'azione di classe*, in *La responsabilità civile*, 1, 2011, p. 13 ss.

⁴⁶⁵ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁶⁶ Art. 6 direttiva 2008/52/CE.

⁴⁶⁷ E. GABARRINI, A.V. CAPASSO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 347 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 289 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 289 ss.; G. BATTAGLIA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 191 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 266 ss.

di accordo, nonché i limiti del controllo che si realizza con la stessa e l'efficacia che ne discende.

L'omologa è affidata al presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo⁴⁶⁸. Per le controversie transnazionali di cui all'art. 2 della direttiva 2008/52/CE, il verbale è omologato dal presidente del circondario in cui l'accordo deve avere esecuzione. All'omologa si procede ad istanza della parte che la richiede. La direttiva sembra richiedere un'istanza congiunta o apposito accordo in tal senso⁴⁶⁹. Sarebbe questo un ulteriore aspetto che le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, dovrebbero definire nella stipulazione dell'accordo conciliativo.

In sede di omologa si opera un duplice vaglio sostanziale e formale. Il primo controllo concerne la non contrarietà all'ordine pubblico e alle norme imperative. Il secondo controllo si riferisce all'accertamento della regolarità formale. Questo secondo profilo si presenta più delicato e complesso in quanto rimanda all'osservanza delle norme sulla mediazione e, in specie ai suoi principi, ma anche alle disposizioni regolamentari e ai contenuti procedurali e sostanziali degli accordi delle parti stesse. L'omologa è concessa con un decreto presidenziale che attribuisce al verbale la natura di titolo esecutivo per l'esecuzione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'omologa del verbale non è passaggio necessario, se non per l'acquisizione dell'efficacia esecutiva del titolo costituito dal verbale di conciliazione. In mancanza, l'accordo raggiunto riveste la normale efficacia contrattuale. Né l'omologa muta la natura contrattuale dell'accordo medesimo, che rimane assoggettato alla relativa disciplina e alle corrispondenti impugnazioni per i vizi che lo colpiscono.

Piuttosto, il riconoscimento dell'idoneità all'efficacia esecutiva, accanto alla forza di legge ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., indica la maggiore rilevanza dell'accordo conciliativo che giusti-

⁴⁶⁸ Sull'omologa del Tribunale, v. E. GABARRINI, A.V. CAPASSO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 374 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 269 ss.

⁴⁶⁹ Art. 6, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

fica la costituzione di un titolo esecutivo negoziale. Si è in presenza di un ulteriore e decisivo indice di emersione dell'autonomia e dell'importanza che questa tipologia di contratto assume in ragione del rispetto delle garanzie procedurali e dei limiti sostanziali oltre che delle preminenti finalità di tutela che realizza non solo per le parti contraenti, ma per l'intera collettività.

CAPITOLO V

LA VOLONTARIETÀ DELLA MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. La risoluzione del Parlamento europeo. - 2. Le osservazioni della Commissione europea. - 3. La pronuncia della Corte costituzionale.

1. *La risoluzione del Parlamento europeo.* – La riforma italiana della mediazione, come rilevato, ha suscitato un’aspra reazione soprattutto nel mondo forense che, quanto al procedimento, ha criticato gli aspetti qualificanti relativi all’obbligatorietà, alla durata, all’onerosità, alla formulazione delle proposta scritta e alle conseguenze processuali ed economiche del relativo rifiuto e della mancata partecipazione senza giustificato motivo alla procedura. Di tali profili, tuttavia, sono state investite anche le istituzioni europee, alcune delle quali si sono espresse sul merito delle soluzioni adottate nella legislazione nazionale e hanno fornito utili indicazioni, dalle quali non si può prescindere.

In primo luogo, di estremo interesse si dimostra la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull’attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei Tribunali⁴⁷⁰. Il Parlamento europeo, infatti, riconosce che la prevedibilità e la flessibilità sono le principali caratteristiche che dovrebbero guidare le legislazioni nazionali attuative della direttiva 2008/52/CE e, pertanto, reputa importante esaminare le modalità applicative adottate nei singoli Stati membri per conoscere il parere di quanti praticano e utilizzano la mediazione e per individuare percorsi migliorativi. Si dovrebbe effettuare, sottolinea il Parlamento europeo, un’analisi approfondita dei principali approcci regolamentari seguiti dagli Stati

⁴⁷⁰ Documento 2011/2026 (INI), pubblicato sul sito istituzionale all’indirizzo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//IT>.

membri, per individuare le buone pratiche e, quindi, le eventuali ulteriori azioni da adottare a livello europeo. In vista della comunicazione della Commissione europea sull'attuazione della direttiva, intanto il Parlamento esamina come gli Stati membri hanno attuato le principali disposizioni della direttiva 2008/52/CE quanto ad alcuni aspetti ritenuti qualificanti: la possibilità che le giurisdizioni propongano la mediazione direttamente alle parti (art. 5), la garanzia di confidenzialità (art. 7), il carattere esecutivo degli accordi derivati da una mediazione (art. 6) e gli effetti della mediazione sui termini di decadenza e di prescrizione (art. 8).

Il Parlamento europeo si sofferma sulla normativa italiana e, in particolare, sulle scelte di attuazione rafforzata che riconosce essere state giustificate dal necessario perseguimento della finalità deflattiva del contenzioso giudiziario. Nell'insieme la valutazione è di segno positivo, ancorché si rimarchi che la prospettiva preferibile per l'Unione europea sia quella premiale della volontarietà. I principi europei, infatti, troverebbero una declinazione maggiormente coerente nell'attribuzione di misure incentivanti a favore di coloro che intendano utilizzare la mediazione, piuttosto che in quelle coercitive e sanzionatorie a carico di quanti non la praticano. La drammatica situazione di crisi del sistema giudiziario italiano, che si manifesta nel generale congestionamento degli uffici dei tribunali e nel gravissimo ritardo nella risoluzione delle controversie, invero, ha reso necessarie le soluzioni giuridiche adottate che, peraltro, hanno determinato i primi risultati positivi registrati in materia di mediazione.

L'analisi condotta sui singoli aspetti della mediazione, quali declinati nelle legislazioni nazionali, in buona sostanza, porta il Parlamento a formulare l'auspicio di un rafforzamento delle prescrizioni minime della direttiva 2008/52/CE. Due sono i principali versanti dell'intervento europeo. Da un lato, si prospetta la necessità di procedere con un'estensione degli ambiti applicativi, verso ulteriori aree di conflittualità. Dall'altro lato, in prospettiva, si rende necessario uno sviluppo più coerente e omogeneo della disciplina della mediazione che affermi un modello generale di qualità uniforme per l'intera Europa.

Il Parlamento europeo, a tal fine, formula siffatte indicazioni sulla scorta dei primi risultati che emergono dalla disamina delle soluzioni normative dedicate ai singoli profili procedurali della

mediazione nelle legislazioni nazionali. In proposito, spesso si richiama l'esperienza italiana, sulla quale sono state formulate precise valutazioni, poi riprese dalla stessa Commissione europea.

Con riferimento alla confidenzialità della procedura di mediazione, il Parlamento europeo osserva che, fra gli Stati membri, alcuni hanno stabilito che i mediatori possono rifiutarsi di testimoniare su una controversia in cui hanno mediato, mentre l'Italia ha adottato un regime rigoroso, a differenza della Svezia che ha stabilito che la confidenzialità non è automatica e richiede un accordo tra le parti in tal senso. A questo proposito si reputa necessario un approccio più coerente⁴⁷¹.

Quanto all'esecutorietà dell'accordo transattivo risultante dalla mediazione, si rileva che la maggior parte degli Stati, tra i quali l'Italia, per conferire all'accordo siffatto la medesima autorità di una decisione giudiziaria hanno optato per la procedura affidata al tribunale, mentre alcuni soltanto fanno riferimento all'autentica notarile. Il Parlamento invita la Commissione a garantire che tutti gli Stati si conformino senza indugio all'art. 6 della direttiva 2008/52/CE⁴⁷².

In relazione alla disposizione dell'art. 8 della stessa direttiva, riguardante gli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza, si formulano due distinte valutazioni. Per un verso, se ne riconosce il carattere fondamentale al fine di scongiurare il pericolo che le parti che si avvalgono della mediazione, in ragione della relativa durata, siano private della tutela giudiziale e, per altro verso, si osserva che nessuno Stato abbia segnalato questioni in proposito⁴⁷³.

Il Parlamento europeo rileva ancora che alcuni Stati hanno deciso di andare oltre i requisiti fondamentali della direttiva in due principali ambiti: gli incentivi finanziari per la partecipazione alla mediazione e i requisiti vincolanti. A tali iniziative nazionali si riconosce la capacità di contribuire, da un lato, a rendere più efficace la composizione delle controversie e, dall'altro, a ridurre il carico di lavoro dei tribunali⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 1.

⁴⁷² Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 2.

⁴⁷³ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 3.

⁴⁷⁴ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 4.

A tal proposito, anzitutto, si riconosce che l'art. 5, par. 2, della direttiva consente agli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione o di sottoporlo a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l'inizio della procedura giudiziaria, a condizione che ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario⁴⁷⁵. Inoltre, si rileva che alcuni Stati hanno intrapreso varie iniziative per fornire incentivi finanziari alle parti che portano le controversie in mediazione, quali il rimborso parziale o totale delle spese di giudizio, e, in Italia, l'esenzione da imposte di bollo e tasse di tutti gli atti e accordi di mediazione⁴⁷⁶.

Il Parlamento europeo osserva altresì che taluni Stati membri il cui sistema giudiziario è oberato di lavoro hanno reso obbligatorio avvalersi della mediazione per potersi rivolgere al tribunale⁴⁷⁷. Al riguardo, si sottolinea che l'esempio più lampante è costituito proprio dalla normativa italiana diretta a riformare il sistema e ad alleggerire il carico degli uffici giudiziari, notoriamente congestionati, mediante la riduzione del numero e della durata media (9 anni) di decisione delle cause civili⁴⁷⁸.

Viene dato atto pure delle critiche, delle impugnazioni e degli scioperi degli operatori del diritto italiani, sottolineando che, malgrado le polemiche, gli Stati membri che sono andati oltre i requisiti di base della direttiva sembrano aver raggiunto risultati positivi nella promozione del trattamento extragiudiziario del contenzioso. Una tale situazione, tra l'altro, è stata registrata proprio in Italia⁴⁷⁹.

Con riferimento all'obbligatorietà della mediazione stabilita nel sistema giuridico italiano, invero, si rileva come essa sembri raggiungere l'obiettivo di decongestionare i tribunali. Tuttavia, non si manca di sottolineare che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa, praticabile a basso costo e più rapidamente, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 5.

⁴⁷⁶ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 6.

⁴⁷⁷ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 7.

⁴⁷⁸ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 8.

⁴⁷⁹ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 9.

⁴⁸⁰ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 10.

Pertanto, vengono riconosciuti come più importanti e, tendenzialmente, da preferire i risultati positivi fondati sugli incentivi finanziari e sulle altre iniziative promozionali e di erogazione gratuita dei servizi della mediazione offerti e attuati in alcuni Stati membri. In particolare, sono richiamate le interessanti esperienze bulgare e rumene in materia⁴⁸¹.

Il Parlamento arriva perciò a prevedere che tutti gli Stati saranno in grado di attuare la direttiva nei termini, se non addirittura in anticipo rispetto alle scadenze previste⁴⁸². Nell'illustrare i noti vantaggi generali e le potenzialità notevoli della mediazione⁴⁸³, se ne auspica l'estensione applicativa anche fuori dei campi civili e commerciali. Tra l'altro, si ipotizzano le questioni familiari che coinvolgono i minori. A tal proposito, in vista della futura comunicazione sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE, si incoraggia la Commissione europea a considerare le esperienze di quegli Stati che hanno esteso l'ambito applicativo delle misure sulla mediazione fuori del campo previsto⁴⁸⁴.

Nel sottolineare le caratteristiche degli strumenti alternativi di composizione delle controversie, suscettibili di offrire soluzioni pratiche su misura⁴⁸⁵ e, perciò, preferibili rispetto alle soluzioni affidate a giudici o giurie⁴⁸⁶, si afferma la necessità di ulteriori azioni a favore dell'istruzione, della sensibilizzazione alla mediazione, del rafforzamento del ricorso alla mediazione da parte delle imprese e dei requisiti di accesso alla professione di mediatore⁴⁸⁷. Pertanto, il Parlamento è del parere che le autorità statali dovrebbero svolgere delle azioni di promozione della conoscenza della mediazione e dei suoi vantaggi tra le imprese, i professionisti e i docenti universitari⁴⁸⁸. A tal riguardo, infine, si ricono-

⁴⁸¹ Documento 2011/2026 (INI), paragrafi 11 e 12.

⁴⁸² Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 13.

⁴⁸³ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 14.

⁴⁸⁴ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 15.

⁴⁸⁵ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 16.

⁴⁸⁶ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 17.

⁴⁸⁷ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 18.

⁴⁸⁸ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 19.

sce l'importanza di stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore, per promuovere una migliore qualità della mediazione e assicurare standard di formazione professionali elevati e l'accreditamento in tutta Europa⁴⁸⁹.

Le valutazioni che il Parlamento europeo ha operato sulla legislazione italiana attuativa della direttiva 2008/52/CE, in definitiva, risultano positive, anche per le scelte che si sono da subito adottate di ampliare l'ambito applicativo e di superare i contenuti normativi minimi, mediante una disciplina più organica e completa. Dall'istituzione europea, peraltro, arrivano anche ulteriori valutazioni di merito sulla legittimità e coerenza del contenuto della riforma rispetto al quadro normativo europeo e alle finalità perseguite dall'Unione. In tal senso, si sottolinea che l'obbligatorietà della mediazione e le altre misure sanzionatorie, pur ammesse dalla direttiva e giustificate dalla gravità delle situazioni che i singoli Stati membri devono affrontare, sono meno coerenti ed efficaci rispetto a quelle di carattere premiale, incentrate sulla previsione di costi contenuti, sulla duttilità e la rapidità della procedura, che portano i cittadini e le imprese a compiere la scelta di preferire la mediazione rispetto alla giurisdizione e alle altre soluzioni autoritative delle controversie.

Le valutazioni svolte dal Parlamento europeo sono pienamente condivisibili e, in più punti, chiariscono le finalità e le modalità attuative delle disposizioni della direttiva 2008/52/CE. Dalle prime esperienze, si prende spunto per offrire precise indicazioni sulle soluzioni preferibili e sulle necessarie iniziative che in ambito europeo e nazionale si devono adottare in materia di mediazione. Rispetto all'esperienza italiana, inoltre, le indicazioni del Parlamento UE affrontano le principali questioni controverse che sono state sollevate a più riprese dagli operatori del diritto – specialmente tra quelli appartenenti al mondo forense – e risultano dibattute a livello dottrinario e soprattutto sottoposte all'attenzione della giurisprudenza, sia nazionale e sia europea.

Pur richiamando soltanto i principi fondamentali del diritto europeo e i meccanismi generali di funzionamento della mediazione, il Parlamento offre precise indicazioni per affrontare e superare le questioni controverse sotto un duplice profilo. Per un

⁴⁸⁹ Documento 2011/2026 (INI), paragrafo 14.

verso, l'uniformazione progressivo della legislazione europea e nazionale, compresa quella italiana. Per altro verso il superamento dell'obbligatorietà della mediazione, oltre che delle altre misure sanzionatorie e coercitive una volta superata l'iniziale situazione emergenziale.

Le valutazioni di provenienza parlamentare, peraltro, non assumono rilievo solo quali indicazioni di "politica del diritto europeo" rivolte alle istituzioni preposte all'adeguamento delle fonti normative europee e nazionali, ma altresì quali criteri risolutivi da impiegare nella definizione del merito delle principali questioni di legittimità costituzionale e comunitaria della riforma italiana della mediazione. Invero, la necessità di sviluppare maggiormente la qualità della mediazione e le misure premiali di incentivazione al suo utilizzo, piuttosto che quelle coercitive e sanzionatorie, specie se tra esse cumulate, appare passaggio ineludibile nella successiva evoluzione normativa della disciplina. Le stesse indicazioni del Parlamento, inoltre, sono state riprese e sviluppate dalla Commissione europea che si è soffermata sulla valutazione dei principali aspetti della riforma italiana della mediazione censurati dai giudici italiani davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2. *Le osservazioni della Commissione europea.* – L'aspra reazione suscitata dalla riforma italiana della mediazione, come rilevato, ha investito anche la Corte di giustizia chiamata a più riprese a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla coerenza con il diritto europeo degli aspetti più qualificanti e controversi della legislazione nazionale in materia⁴⁹⁰. In attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia, dall'ambito del giudizio si traggono le osservazioni scritte formulate dalla Commissione europea in merito ai principali rilievi critici sollevati pregiudizialmente dai giudici italiani in sede di applicazione della disciplina italiana. Le argomenta-

⁴⁹⁰ Si richiamano le domande di pronuncia giudiziale proposte dal tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria (Italia) il 7 settembre 2011 – Paola Gallioto/Maria Guccione e a., causa C-464-11, pubblicata sulla GU 19.11.2011 C 340/10, e dal giudice di pace di Mercato San Severino (Italia) il 26 settembre 2011 – Ciro di Donna/Società imballaggi metallici Salerno Srl (SIMSA), causa C-492/11, pubblicata sulla GU 26.11.2011 C 347/16.

zioni svolte dalla Commissione, infatti, si dimostrano oltremodo utili a comprendere meglio quale sia la prospettiva valutativa europea sulla mediazione e, quindi, come sia da considerare nel merito la riforma italiana, in chiave applicativa e interpretativa.

In particolare, si intende fare riferimento alla domanda proposta dal Giudice di pace di Mercato S. Severino il 26 settembre 2011⁴⁹¹, che ha posto la questione pregiudiziale: se gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 come adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, il principio generale del diritto dell'Unione di tutela effettiva ed, in generale, il diritto dell'Unione nel suo complesso ostino a che venga introdotta in uno degli Stati membri dell'Unione europea una normativa come quella recata, in Italia, dal d.lgs. n. 28/2010 e dal decreto ministeriale n. 180/2010, come modificato dal decreto ministeriale n. 145/2011. In sintesi, dell'illustrata riforma italiana sono censurati tutti i principali punti concernenti: l'obbligatorietà normativa della mediazione, la formulabilità di una proposta risolutiva scritta senza il consenso delle parti, le conseguenze processuali ed economiche a carico della parte che rifiuta la proposta suddetta e, comunque, senza giustificato motivo non partecipi alla procedura, la durata e i costi eccessivi della mediazione. La censura è svolta con riguardo a ciascun profilo e, comunque, all'impatto negativo e oltremodo pregiudizievole che la combinazione di siffatte misure è suscettibile di determinare.

La Commissione europea, con articolate e puntuali osservazioni scritte del 2 aprile 2012 rivolte alla Corte di Giustizia⁴⁹² nella causa C-492/11⁴⁹³, ricostruisce la vicenda, individua il

⁴⁹¹ Sulla domanda pregiudiziale in esame, v. M. DI FILIPPO, L. D'ANTILIO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, in *Giur. it.*, 2012, p. 661 ss.

⁴⁹² Le osservazioni scritte presentate ai sensi dell'art. 23, comma 2, Statuto della Corte di giustizia, tra l'altro, sono pubblicate sul sito web: <http://www.ordineavvocati.ts.it/files/364/Osservazioni%20Commissione%20UE-1.pdf>.

⁴⁹³ La causa C-492/11 risulta tuttora pendente davanti alla Corte di giustizia.

quadro normativo europeo di riferimento, richiama i precedenti in materia, analizza nel merito ciascuno dei quesiti sollevati sulla legislazione italiana e rende le sue conclusioni finali di segno diverso, positivo o negativo, a seconda delle misure prese in considerazione. La Commissione, nelle conclusioni, suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti del giudice di rinvio nel senso che la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretata in senso non ostativo ovvero ostativo, a seconda delle disposizioni contenute nella normativa nazionale in materia di mediazione. Per comprendere compiutamente quale valutazione sia stata data della riforma italiana sono parimenti importanti le considerazioni che precedono le conclusioni rassegnate.

La Commissione europea, in primo luogo, richiama la vicenda processuale che concerne una controversia in materia di assicurazione, assoggettata alla condizione di procedibilità dell'esperimento della mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010⁴⁹⁴, nella quale il giudice di pace chiamato a pronunciarsi sulla durata del rinvio da concedere al convenuto per la chiamata in causa della compagnia assicuratrice⁴⁹⁵, ha rivolto alla Corte di giustizia una serie di precisi e ben argomentati quesiti pregiudiziali. La Commissione svolge un'approfondita analisi argomentativa nella quale, a proposito del quadro giuridico dell'Unione, oltre alla direttiva 2008/52/CE richiama anche la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre, con particolare riferimento ai punti 7-10, che si soffermano pro-

⁴⁹⁴ Dall'ordinanza di rinvio, in particolare, risulta che l'attore ha promosso una causa civile davanti al Giudice di pace di Mercato. S. Severino per ottenere il risarcimento del danno occorso alla propria automobile nel mentre si trovava nello stabilimento del convenuto, il quale senza contestare il fatto illecito ha chiesto la chiamata in causa della compagnia assicurativa che lo garantisce dalla responsabilità.

⁴⁹⁵ Alla prima udienza di comparizione delle parti, il Giudice ritenendo che il rapporto contrattuale tra il convenuto assicurato e la compagnia da chiamare in garanzia rientrasse tra quelli per i quali, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, è prevista la condizione di procedibilità dell'azione costituita dall'esperimento del procedimento di mediazione, si è posto il problema se nel fissare l'udienza successiva si dovesse tenere conto solo del termine a comparire previsto per la chiamata in causa del terzo (45 giorni) o anche di quello per l'esperimento del procedimento di mediazione che, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, è in linea di massima di 4 mesi.

prio sulle varie misure adottate negli Stati membri per favorire la mediazione e, specificamente, sull'esperienza italiana, la cui normativa è puntualmente richiamata, quanto alle principali disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 e del d.m. n. 180/2010 e delle successive modifiche apportate dal d.m. n. 145/2011.

Nell'affrontare il merito della domanda pregiudiziale introdotta dal giudice italiano, la Commissione ne prospetta la più corretta impostazione per la Corte, ritenendo che l'interpretazione richiesta si riferisce alla normativa nazionale attuativa della direttiva 2008/52/CE e che, quindi, si debba tener presente l'art. 47 CDFUE sul diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. La Commissione, pertanto, propone che la questione pregiudiziale sia risolta avendo riguardo alla direttiva 2008/52/CE interpretata alla luce dell'art. 47 CDFUE (52).

Con riferimento ai quesiti pregiudiziali da 1 a 5, si intende in sostanza accertare se il diritto dell'Unione (in particolare la direttiva 2008/52/CE letta alla luce dell'art. 47 CDFUE) osti ad una normativa quale quella del d.lgs. n. 28/2010 che assortisce il procedimento di mediazione di sanzioni di tipo processuale ed economico tali da poterne compromettere il carattere volontaristico nonché da influenzare fortemente la scelta di ricorrere al giudice. Ciascun punto viene analizzato nel merito.

In particolare, il primo e il quarto quesito pregiudiziale si riferiscono alle sanzioni processuali ed economiche previste dall'art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010, riferite alla mancata partecipazione ingiustificata al procedimento di mediazione. La Commissione ritiene che esse non rientrino nell'ambito della riserva di cui all'art. 5, comma 2, direttiva 2008/52/CE, che fa salva la possibilità per la legislazione nazionale di prevedere sanzioni o incentivi relativamente al ricorso alla mediazione in alternativa al procedimento giudiziario. Tuttavia, tali misure sono in grado di influenzare la scelta della parte di introdurre il giudizio e, pertanto, occorre verificare quanto le stesse abbiano un effetto deterrente capace di incidere sull'esercizio del diritto di accesso al giudice. La Commissione esclude che tali misure producano un siffatto effetto pregiudizievole.

Con riferimento alla sanzione processuale, consistente nella possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., dalla mancata partecipazione alla

mediazione, la Commissione affronta l'interrogativo formulato dal giudice del rinvio se una siffatta possibilità non costringa la parte a scoprire la propria strategia difensiva già in sede di mediazione, così finendo per pregiudicare la conseguente scelta di introdurre il successivo giudizio. La Commissione riconosce che la sanzione spinge la parte a partecipare alla mediazione, ma non induce altresì a ritenere che ciò importi un pregiudizio per la strategia difensiva che finisca per impedirgli l'accesso al giudice. Si osserva, infatti, in mediazione che, per un verso, la parte potrebbe mantenere un atteggiamento passivo che non disveli la propria successiva strategia difensiva da attuare davanti al giudice e, per altro verso, in conformità alle prescrizioni imposte dalla direttiva 2008/52/CE (art. 7), la normativa italiana del d.lgs. n. 28/2010 prevede per il mediatore e coloro che partecipino al procedimento di mediazione l'obbligo della riservatezza sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite (art. 9). Ancora, si osserva come il mediatore non possa essere tenuto a deporre su tali contenuti, né davanti all'autorità giudiziaria né ad altra autorità (art. 10, comma 2) e, inoltre, che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite in mediazione non siano utilizzabili nel successivo giudizio, né sul contenuto delle stesse è ammissibile la prova testimoniale o il giuramento decisorio (art. 10, comma 1). La riservatezza, pertanto, garantirebbe alla parte spinta a partecipare al procedimento di mediazione la possibilità di svelare la propria strategia difensiva, senza che rimanga pregiudicata la tutela durante il successivo giudizio. La Commissione, di conseguenza, ritiene che la sanzione processuale esaminata non sia tale da incidere sulla scelta della parte di introdurre l'azione giudiziaria successivamente alla fallita mediazione (61).

La medesima conclusione la Commissione trae con riferimento all'altra sanzione economica applicabile alla parte che, senza giustificato motivo, non abbia partecipato al procedimento di mediazione obbligatorio. Pur riconoscendo che la previsione della sanzione abbia l'effetto di indurre la parte a partecipare alla mediazione, alla Commissione non pare che alla stessa parte sia impedito o reso eccessivamente difficile l'accesso al giudice. Nulla impedirebbe alla parte che ha deciso di partecipare alla mediazione per evitare la sanzione economica di adire il giudice all'esito del fallimento del procedimento di mediazione (62).

La Commissione, sulla base di tali argomentazioni, ritiene che la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 CDFUE, non osti ad una legislazione nazionale che preveda che la parte che ingiustificatamente non partecipi al procedimento di mediazione sia sanzionata, per un verso, con la possibilità che il giudice successivamente investito della controversia desuma argomenti di prova dalla mancata partecipazione e, per altro verso, con la condanna al pagamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Tali sanzioni, infatti, non sarebbero tali da ostacolare o rendere particolarmente difficile l'accesso al giudice (63).

Il secondo, terzo e quinto quesito pregiudiziale del giudice del rinvio si riferiscono al meccanismo risultante dal combinato disposto degli artt. 11 e 13, d.lgs. n. 28/2010, in forza del quale, sia nelle mediazioni obbligatorie che in quelle facoltative, nell'ipotesi di mancato accordo spontaneo tra le parti, anche in assenza di loro concorde richiesta, il mediatore può o deve formulare una proposta risolutiva destinata ad incidere sul regime delle spese del successivo giudizio. In base alle norme richiamate prevede, anzitutto, che quando il provvedimento che conclude il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore, la parte vincitrice che l'abbia rifiutata è esclusa dalla ripetizione delle spese processuali e di mediazione (comprendenti delle indennità di mediazione e del compenso dell'eventuale esperto) riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta e deve corrispondere quelle sostenute per lo stesso periodo dalla parte soccombente, nonché il versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. In caso di mancata corrispondenza tra contenuto della proposta formulata e decisione finale del giudizio, inoltre, si prevede che, qualora sussistano gravi ed eccezionali motivi, che può essere esclusa la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per la mediazione e per il compenso dell'esperto. Tali misure, a parere del giudice italiano, finirebbero per costringere indirettamente o quantomeno per indurre le parti a conciliare o ad accettare la proposta formulata dal mediatore per non incorrere nel rischio di sopportare le spese di mediazione e processuali anche in caso di vittoria e senza potersi sottrarre a tale conciliazione tramite la non partecipazione,

anch'essa sanzionata. In questo caso, il meccanismo appare in grado di indurre le parti ad evitare di proseguire in sede giudiziaria il procedimento e dunque di incidere sull'esercizio del diritto d'accesso al giudice garantito dall'art. 47 CDFUE. Inoltre, condizionando fortemente le parti a mettersi d'accordo o ad accettare la proposta di mediazione formulata dal mediatore, tali soluzioni normative appaiono in contrasto con il carattere volontaristico dell'accordo di conciliazione che la direttiva 2008/52/CE mira a garantire.

La Commissione sviluppa quest'ultimo profilo alla luce dei precisi contenuti delle norme e dei considerando della stessa direttiva che vengono richiamati. Anzitutto, l'art. 3, lett. a), definisce la mediazione come un procedimento basato sulla ricerca di un accordo spontaneo tra le parti con la semplice assistenza del mediatore. Inoltre, tale carattere sarebbe ribadito dal decimo considerando, per il quale il procedimento di mediazione si caratterizza per il fatto che le parti tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole delle loro controversie con l'assistenza del mediatore, e dal tredicesimo considerando, che precisa che la volontarietà si estrinseca anche nel fatto che le parti gestiscano il procedimento possano sia organizzarlo come desiderano e sia porvi fine in qualsiasi momento. Cionondimeno, sempre in base al medesimo art. 3, lett. a) della direttiva, si osserva come il procedimento possa essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un giudice o prescritto dalla legge, e, inoltre, ai sensi del successivo art. 5, comma 2, è fatto salvo il ricorso obbligatorio alla mediazione, oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario. In altri termini, se la direttiva prevede che gli Stati membri possono rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione, la stessa pone il principio secondo il quale l'accordo tra le parti deve essere raggiunto su base volontaria. Rispetto a tale accordo, pertanto, il mediatore ha il compito di adoperarsi perché sia raggiunto amichevolmente e, in base al tredicesimo considerando, ne deriva che le parti devono avere la possibilità di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento.

Per tali ragioni, la Commissione arriva a ritenere che un sistema di mediazione, quale quello istituito dal d.lgs. n. 28/2010, che prevede che il mediatore possa e a volte debba, senza che le parti

possano opporvisi, formulare una proposta di conciliazione che le parti sono indotte ad accettare per evitare di incorrere in determinate sanzioni economiche, non è in grado di consentire alle parti di esercitare il diritto di decidere liberamente quando chiudere il procedimento di mediazione e, pertanto, non appare in linea con la ricerca consensuale dell'accordo in mediazione (69).

La Commissione, inoltre, valuta attentamente l'incidenza sul diritto di accesso al giudice del meccanismo risultante dal combinato disposto degli artt. 11 e 13 d.lgs. n. 28/2010. Lo stesso, infatti, appare in grado di produrre un forte condizionamento delle scelte delle parti che sono spinte ad acconsentire alla mediazione (sia mettendosi d'accordo amichevolmente e sia accettando la proposta del mediatore) e di conseguenza sono scoraggiate dall'introduzione del processo in sede giudiziaria (70).

A tal proposito, tuttavia, la Commissione ritiene che nel valutare il condizionamento prodotto da siffatto meccanismo sul diritto di accesso al giudice occorra distinguere tra le fattispecie di mediazione facoltativa rispetto a quella obbligatoria. Nell'ambito della mediazione di tipo facoltativo, infatti, il condizionamento non appare tale da incidere sull'esercizio del diritto di accesso al giudice in quanto sussiste sempre la possibilità per le parti di adirlo direttamente, senza passare per il procedimento di mediazione ed essere sottoposti ai relativi condizionamenti (71).

Diversa è la valutazione da operare in relazione alle fattispecie nelle quali il ricorso alla mediazione è previsto come obbligatorio (ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010), in questo caso la Commissione rileva che la coercizione a conciliare determinata dal predetto meccanismo si manifesta in situazioni in cui l'accesso al giudice è già precluso da una mediazione configurata quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (72). A tal fine, si ripete che la direttiva 2008/52/CE (art. 5, comma 2) fa salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzione, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Al riguardo si riportano i principi statuiti dalla recente giurisprudenza conforme della Corte di giustizia. In base alla sentenza del 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08 a C-30/08, R. Alassini e a., infatti, «i diritti fondamentali non si configurano come prerogati-

ve assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»⁴⁹⁶. Con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziario previsto dalla legislazione in materia di reti e servizi di telecomunicazioni in attuazione della direttiva sul servizio universale⁴⁹⁷, la Commissione ricorda come la Corte abbia statuito che il previo esperimento di una procedura extragiudiziale, pur introducendo una tappa supplementare per l'accesso al giudice, non lede il principio della tutela giurisdizionale effettiva allorché persegua obiettivi legittimi di interesse generale e non sia sproporzionata rispetto agli stessi⁴⁹⁸. A tal pro-

⁴⁹⁶ Racc. pag. I-02213, punto 63 e giurisprudenza ivi citata.

La sentenza, nel dispositivo, ha stabilito che la normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale per le controversie in materia di telecomunicazioni non contravviene i principi del diritto dell'Unione europea di equivalenza, di effettività e di tutela giurisdizionale effettiva, a condizione che il procedimento di conciliazione 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 le via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone. Sulla importante sentenza, v. M. CASTELLANETA, *Marina: La soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della direttiva*, in *Guida al Diritto*, 14, 2010, p. 27 ss.; G. RIZZO, *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali*, in *Il Corriere giuridico*, 2010, p.1292 ss.; C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 2585 ss.; F. NICOLINI, *Comunicazioni elettroniche e tutela del consumatore: note a margine della sentenza Alassini*, in *Riv. dir. ind.* 2011, 2, p. 125 ss. La sentenza è pubblicata sul sito web della Corte di giustizia: <http://curia.europa.eu/juris/document.jsf?text=&docit=79647&pageIndex=0&doclang=&it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2284338>.

⁴⁹⁷ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).

⁴⁹⁸ Sentenza R. Alassini e a., cit., punti 62-63.

posito, la Commissione ricorda che, in particolare, la Corte ha stabilito che tale tentativo obbligatorio di conciliazione persegue i legittimi obiettivi d'interesse generale di una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie nonché quello del decongestionamento dei tribunali e, rispetto a tali obiettivi, esso è stato ritenuto non manifestamente sproporzionato⁴⁹⁹.

Le medesime considerazioni, secondo la Commissione, valgono per la mediazione in quanto, come il tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale, la stessa persegue lo scopo di ridurre i tempi processuali per la risoluzione delle controversie e quello di far diminuire quantitativamente il contenzioso giudiziario, migliorando indirettamente l'efficienza dell'amministrazione pubblica. Di conseguenza, la mediazione obbligatoria, sempre secondo la Commissione, pur ponendosi come misura restrittiva rispetto all'accesso al giudice, è giustificata dal fatto che realizza legittimi obiettivi d'interesse generale, tra cui quello della composizione più rapida delle controversie, che è fissato specificamente nell'interesse delle parti. La Commissione, sul punto, perviene a ritenere che la mediazione obbligatoria appaia pertanto come una misura idonea e non manifestamente sproporzionata a perseguire i suddetti obiettivi (76).

Una tale valutazione, invece, la Commissione non ritiene riproponibile allorché la mediazione obbligatoria si combini con un meccanismo sanzionatorio che abbia un effetto coercitivo della volontà conciliativa e deterrente rispetto all'introduzione del giudizio, in quanto in tali casi è dubitabile che essa rimanga una misura non manifestamente sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti. Pur essendo chiaro che nel sistema italiano, caratterizzato dalla lungaggine eccessiva dei tempi dei processi, solo una mediazione obbligatoria pare in grado di sortire un reale effetto di accelerazione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive con conseguente effetto deflattivo del contenzioso giudiziario, come constatato dalla citata risoluzione del Parlamento del 13 settembre 2011⁵⁰⁰, secondo la Commissione non sarebbe altrettanto eviden-

⁴⁹⁹ Sentenza R. Alassini e a., cit., punto 65.

⁵⁰⁰ V. risoluzione 2011/2026 del 13 settembre 2011 del Parlamento che constata come nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembri raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione dei tribunali (punto 10).

te che per realizzare tale effetto sia necessario assortire la mediazione obbligatoria di un ulteriore elemento “costringente” della volontà conciliativa delle parti come quello sopra descritto. In particolare, la Commissione dubita che la costrizione a conciliare possa di per sé condurre ad una composizione più spedita delle controversie, in quanto, al contrario, tale misura pare idonea a realizzare principalmente l’effetto deflativo del contenzioso che, seppur legittimo, tuttavia, non può essere disgiunto dall’obiettivo della risoluzione più rapida delle liti perseguito nell’interesse delle parti⁵⁰¹. La Commissione, pertanto, arriva a ritenere che la direttiva, letta alla luce del diritto fondamentale di accesso alla giustizia garantito all’art. 47 CDFUE, debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che assortisce la mediazione obbligatoria di sanzioni economiche in grado di incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento e, pertanto, di limitare, in maniera sproporzionata, l’esercizio del diritto d’accesso al giudice (79).

La Commissione prende poi in considerazione il sesto, il settimo e l’ottavo quesito pregiudiziale formulato dal giudice di rinvio per accertare se il ritardo nell’introdurre o definire un giudizio a causa del previo esperimento della mediazione obbligatoria, incida sull’esercizio del diritto d’accesso al giudice. La Commissione, infatti, ritiene che tale ritardo appaia comportare una compressione di durata eccessiva del suddetto diritto (80).

Una valutazione più articolata, infine, la Commissione svolge sull’ultimo quesito pregiudiziale con il quale il giudice di rinvio chiede alla Corte di stabilire se una normativa nazionale che preveda costi per l’instaurazione e l’espletamento del procedimento di mediazione più ingenti rispetto a quelli dovuti per il giudizio civile, destinati ad aumentare proporzionalmente all’incremento del valore della controversia e della sua complessità, incida sul diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, inducendo le parti a conciliare e così ad evitare l’introduzione del successivo giudizio per non incorrere in ulteriori spese.

La Commissione sostiene che per esprimere una valutazione occorra impostare correttamente i termini della questione. In pri-

⁵⁰¹ A conforto la Commissione richiama le conclusioni dell’Avv. Gen. Kokott presentate il 19 novembre 2009 nelle cause R. Alassini e a., cit., p. 45.

mo luogo, ritiene che una siffatta valutazione spetti al giudice nazionale sulla scorta della pertinente normativa applicabile⁵⁰². Inoltre, è pure da valutare che, malgrado la mediazione obbligatoria sia coperta dalla più volte richiamata riserva dell'art. 5, comma 2, direttiva 2008/52/CE, trattandosi di una misura restrittiva dell'esercizio del diritto di accesso al giudice giustificata dalla necessità di perseguire legittimi obiettivi d'interesse generale⁵⁰³, tuttavia, occorre verificare che la stessa misura non venga disciplinata in maniera tale da essere particolarmente costosa e da essere suscettibile di comprimere per un lasso di tempo sostanziale il diritto di accesso al giudice. In tal caso, secondo la Commissione, la misura sarebbe manifestamente sproporzionata rispetto agli obiettivi di rapidità e di economicità ad essa assegnati.

La Commissione analizza distintamente i fattori temporali e dei costi che, se abbinati alla mediazione obbligatoria, sono suscettibili di renderla non coerente con il diritto dell'Unione. Più precisamente, nell'ordine, con riferimento al ritardo sostanziale che l'esperimento della mediazione obbligatoria può comportare per l'introduzione o la definizione del successivo giudizio, la Commissione osserva che, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 (art. 6), il periodo di quattro mesi è previsto come termine massimo di durata del procedimento, con la conseguenza che lo stesso non è sempre idoneo a provocare un ritardo sostanziale rispetto all'introduzione del successivo giudizio. Inoltre, a fronte della durata media di nove anni di tempo stimata occorrente in Italia per risolvere una causa civile⁵⁰⁴, la previsione di una durata massima della mediazione obbligatoria fissata in quattro mesi appare coerente con l'obiettivo di consentire una risoluzione più rapida delle controversie e, in ogni caso, quando anche per la combinazione delle circostanze concrete, si dovesse superare questo termine, la compressione del diritto di ac-

⁵⁰² Il quale, secondo la Commissione (82.), dovrebbe stabilire se la mediazione obbligatoria in concreto è suscettibile di raggiungere livelli di onerosità superiori a quelli previsti per un procedimento giudiziario e, se del caso, il suo esperimento comporti un ritardo sostanziale nell'introduzione e nella definizione della successiva azione in giudizio.

⁵⁰³ Sentenza R. Alassini e a., cit., punti 62-63.

⁵⁰⁴ Risoluzione del parlamento europeo 2011/2026 del 13 settembre 2011 (punto 8).

cesso al giudice rimane giustificata dal fatto di perseguire un obiettivo che è fissato nell'interesse delle parti ossia quello di rendere più rapida la risoluzione delle controversie e, rispetto ad esso, non appare manifestamente sproporzionato (85).

Con riferimento all'onerosità della mediazione obbligatoria, invece, la Commissione esprime un contrario avviso, poiché comporta l'effetto di indurre le parti a conciliare e quindi a evitare di introdurre un successivo giudizio al fine di non incorrere nell'ulteriore pagamento di spese di giudizio. In questo senso, ad avviso della Commissione, tale onerosità produce lo stesso effetto deterrente derivante dalle illustrate sanzioni economiche previste dall'art. 13, d.lgs. n. 28/2010 rispetto all'accesso al giudice, nel caso di mediazione di tipo obbligatorio⁵⁰⁵. La Commissione dubita che una mediazione obbligatoria che sia anche onerosa sia una misura non manifestamente sproporzionata rispetto all'obiettivo di giungere ad una risoluzione più economica delle controversie. La previsione di un costo per la mediazione, in realtà, ad avviso della Commissione stessa, sembra piuttosto destinata a realizzare l'obiettivo del decongestionamento dei tribunali che, pur legittimo in sé, non può esser disgiunto dall'obiettivo della risoluzione più economica delle controversie fissato nell'interesse delle parti (87).

In conclusione sul punto, la Commissione perviene a ritenere che la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 CDFUE, deve essere interpretata nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa quale quella italiana che prevede per l'esperimento della mediazione obbligatoria un termine di quattro mesi che in determinate circostanze sia destinato ad aumentare. Questa misura non appare tale da comportare un ritardo nell'introduzione o nella definizione del conseguente giudizio, tale da risultare manifestamente sproporzionato rispetto all'obiettivo di garantire una composizione rapida della controversia. Tuttavia, si precisa che spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se il ritardo che l'esperimento della mediazione obbligatoria comporta rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non sia tale da comportare una compressione di questo diritto suscettibile di lederne la sostanza (88).

⁵⁰⁵ V. *supra*, punti 70 e 78,.

La Commissione, invece, è di contrario avviso per quanto attiene all'onerosità, ritenendo che la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 CDFUE, debba essere interpretata nel senso che osta, in linea di principio, ad una normativa come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa. Tuttavia, ancora una volta, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie.

Le indicazioni formulate dalla Commissione, che per tanti aspetti rimanda alle concrete valutazioni affidate al giudice nazionale, paiono pienamente condivisibili e, sul piano dell'evoluzione normativa e dell'interpretazione giuridica, richiedono lo sviluppo delle soluzioni organizzative, economiche e tecniche più rispettose del canone volontaristico. Da un lato, infatti, nei casi di volontarietà della mediazione, la valutazione della Commissione è maggiormente incline all'applicazione delle altre misure incentivanti che accompagnano la disciplina del procedimento. Dall'altro lato, inoltre, la volontarietà esprime una modalità di scelta e condivisione della procedura e dei relativi contenuti che, le parti, sono lasciate libere di effettuare in base alle proprie esigenze.

3. *La pronuncia della Corte costituzionale.* – Le indicazioni giuridiche di natura politica, normativa e giudiziaria provenienti dalle istituzioni europee, da ultimo, paiono trovare ulteriore riscontro nella segnalata pronuncia di illegittimità costituzionale dell'obbligatorietà della mediazione che è stata adottata dalla Corte il 24 ottobre 2012. Con la decisione si chiude un importante giudizio che incombeva sulla riforma della mediazione originato dall'ordinanza di rimessione del 12 aprile 2011 n. 268 emessa dalla Prima sezione del Tribunale amministrativo regionale del Lazio nei ricorsi riuniti proposti dall'Organismo unitario dell'Avvocatura italiana (O.U.A.) contro il Ministero della giustizia, alla quale si è poi aggiunta la successiva ordinanza del Tribunale di Genova del 18 novembre 2011 n. 108. Più precisamente, con la prima ordinanza si è censurata la violazione degli artt. 24 e 77 della Costituzione da parte delle disposizioni dell'art. 60, lett. c) e n), l. n. 69/2009

e degli artt. 5, comma 1 e 2, e 16 del d.lgs. n. 28/2010⁵⁰⁶. La successiva ordinanza di rimessione del Tribunale di Genova, invece, si riferisce alla violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione con riguardo alle disposizioni degli artt. 5 e 16 d.lgs. n. 28/2010 e dell'art. 2653, comma 1, n. 1, cod. civ.⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Più precisamente, l'ordinanza n. 268/2011 del TAR Lazio formula nei seguenti testuali termini le questioni di legittimità costituzionale: «2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice); 3) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza». Sulla questione di legittimità in esame, v. I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Il corriere giuridico*, 7, 2011, p. 995 ss.; G. FINOCCHIARO, nota a T.A.R. del Lazio, 12 aprile del 2011, Sez. I, n. 3202, in *Giust. civ.*, 5, p. 1279.

⁵⁰⁷ Con l'ordinanza n. 08/2012 il Tribunale di Genova: «1) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010 nella parte in cui prevede l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale solo per le materie espressamente elencate nel comma primo; 2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell'art. 2653 c. 1 n. 1 c.c. nella parte in cui non prevedono, per le domande dirette all'accertamento di diritti reali, la possibilità di trascrivere la domanda di mediazione e direttamente il verbale di mediazione, con efficacia prenotativa della prima anche rispetto al provvedimento giurisdizionale conclusivo del procedimento giudiziario; 3) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell'art. 16 d.m. 180/2010 nella parte in cui prevedono l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, prevedendone altresì il carattere oneroso; 4) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 5 Dlgs 28/2010 e 16 d.m. 180/2010, nella parte in cui prevedono che solo il convenuto possa non aderire al procedimento di mediazione».

Non essendo ancora disponibile il testo della sentenza pronunciata dalla Corte, occorre basarsi sul mero contenuto del comunicato stampa emesso dal palazzo della Consulta il giorno stesso dell'udienza. L'ufficio stampa, con riferimento alla mediazione civile, comunica che "la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione".

In attesa di conoscere il testo integrale dell'importante decisione, intanto, si possono svolgere le prime considerazioni sul conseguente atteggiarsi anche in Italia della disciplina della mediazione in conformità ai canoni volontaristici dell'impostazione preferita a livello europeo. Da un lato, in accoglimento di un rilievo formulato fin dall'inizio dall'avvocatura, cade l'obbligatorietà della mediazione normativamente imposta dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. Dall'altro lato, la censura di illegittimità accolta dalla Corte concerne soltanto l'eccesso di delega nel quale sarebbe incorso il Governo nell'introdurre l'obbligatorietà non prevista tra i criteri direttivi formulati dal Parlamento con l'art. 60, l. n. 69/2009. La Corte avrebbe ravvisato, quindi, un profilo procedimentale dell'iter normativo che ha portato alla riforma della mediazione, ma non sembrerebbe avere affrontato il merito delle altre questioni sostanziali prospettate con le ordinanze di rimessione⁵⁰⁸. Probabilmente, l'accoglimento della questione preliminare assorbente, in conformità all'orientamento giurisprudenziale da preferire, non rende necessario affrontare il merito della compatibilità della mediazione obbligatoria con l'art. 24 Cost.

Il comunicato stampa relativo a siffatta pronuncia, tuttavia, ha subito riaperto il dibattito sulla riforma e scatenato reazioni di

⁵⁰⁸ Dal resoconto sintetico dell'udienza del 24 ottobre 2012 risulta che sono state chiamate congiuntamente le cause iscritte ai numeri di ruolo 3 (ordinanza di rimessione n. 268/2011) e 4 (ordinanza di rimessione n. 108/2012) e che, terminata la relazione del giudice Criscuolo, il Presidente ha chiesto ai difensori degli intervenienti se insistessero per prendere la parola sulla sola ammissibilità del loro intervento, ottenendo la conferma e concedendo la parola agli stessi. Dopo essersi ritirata per deliberare sull'ammissibilità degli atti di intervento, la Corte ha emesso ordinanza collegiale letta dal Presidente con la quale sono stati dichiarati inammissibili tutti gli interventi. Il resoconto è disponibile sul sito web della Corte costituzionale all'indirizzo: http://www.cortecostituzionale.it/Actionpagina_1126.do.

segno opposto sui fronti dei favorevoli e dei contrari alla mediazione, lasciando però intravedere il nuovo assetto volontaristico che si viene delineando. A seguito della sentenza di illegittimità costituzionale si assiste, per tanti aspetti, ad un ribaltamento dei ruoli, degli atteggiamenti e delle reazioni rispetto a quanto era registrato in occasione dell'avvio della riforma.

Attualmente, a felicitarsi sono soprattutto quanti fin dall'inizio si erano mostrati fortemente critici nei confronti dell'obbligatorietà della mediazione, che ha costituito la misura cardine sulla quale è stata impostata la riforma. Tanta è la soddisfazione per non essere più costretti all'espletamento dell'incombente della mediazione prima di poter adire l'autorità giudiziaria, ancorché si sarebbe preferito un pronunciamento da parte della Consulta che arrivasse ad accertare la sostanziale incostituzionalità dell'obbligatorietà della mediazione e delle numerose altre misure sanzionatorie economiche e processuali che l'accompagnano. La disciplina della mediazione, invero, è stata censurata anche sotto altri non marginali profili⁵⁰⁹ che, tuttavia, sono adesso da ripensare con riferimento al rinnovato assetto incentrato sulla volontarietà.

Forte è adesso la delusione tra quanti avevano iniziato a vedere i risultati positivi della riforma che, dopo un anno e mezzo dall'entrata in vigore, mostrava l'oramai raggiunta infrastrutturazione degli organismi sull'intero territorio nazionale e la formazione di un adeguato numero di professionisti impegnati a eroga-

⁵⁰⁹ Nei confronti della riforma della mediazione, come osservato, solo state sollevate una pluralità di questioni di illegittimità costituzionale non solo con le richiamate ordinanze del TAR Lazio e del Tribunale di Genova, sulle quali si è pronunciata la Corte il 24 ottobre 2010. Altre questioni di legittimità costituzionale, infatti, sono state sollevate dai giudici di pace di Parma e di Catanzaro. Il primo giudice in data 1 agosto 2011 ha adottato un'ordinanza n. 271 di rimessione, riguardante gli artt. 5 e 16 d.lgs. n. 28/2010, per contrarietà agli artt. 24 e 77 cost. e alle norme europee in materia, censurando l'eccesso di delega quanto all'obbligatorietà della mediazione, ex art. 5, e la mancanza di qualsiasi requisito tecnico e professionale degli organismi di mediazione, ex art. 16, d.lgs. n. 28/2010 (in *dejure*). Il secondo giudice, il 1° settembre ha rimesso alla consulta tre questioni di legittimità attinenti alla contrarietà all'art. 24 cost. stante il carattere oneroso e non simbolico del presso della mediazione da pagare prima di rivolgersi alla tutela giurisdizionale, alla violazione degli artt. 76 e 77 cost., in relazione all'eccesso di delega nel disporre obbligatorietà della mediazione, e alla violazione del principio di uguaglianza con riferimento alla mancata partecipazione della controparte alla mediazione (in *dejure*).

re il servizio conciliativo a favore dell'utenza. Sulla scorta della mera censura procedimentale accolta dalla Corte si pensa che sul piano sostanziale l'intero impianto regga e, quindi, con un nuovo passaggio parlamentare, magari anticipato attraverso la decretazione d'urgenza, si possa ripristinare addirittura lo stesso testo dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 che prevedeva l'obbligatorietà⁵¹⁰. Si rimane legati al meccanismo dell'obbligatorietà poiché ritenuto necessario non solo ad avviare la riforma, così come è stato, ma anche a sviluppare l'intero sistema della mediazione e altresì a fare funzionare il meccanismo che, in mancanza, sarebbe destinato al fallimento. Di qui, la mobilitazione a supporto di un'iniziativa emendativa della riforma che non solo ripristini l'iniziale obbligatorietà della mediazione, ma addirittura l'estenda a tutte le controversie relative ai diritti disponibili, ancorché per un arco temporale limitato di cinque anni, con il raddoppio delle sanzioni economiche a carico delle parti che non si presentino in mediazione⁵¹¹.

Il Ministro della giustizia, tuttavia, traccia la nuova linea e anticipa che saranno individuati gli incentivi occorrenti per garantire lo sviluppo del sistema della mediazione⁵¹². La strategia del legislatore nell'adeguamento della disciplina della mediazione,

⁵¹⁰ In tal senso, L. VIOLA, *Consulta e mediazione: dubbi interpretativi sul noto comunicato stampa*, disponibile all'indirizzo: <http://luigiviola.postilla.it/2012/10/29/consulta-e-mediazione-dubbi-interpretativi-sul-noto-comunicato-stampa/>.

⁵¹¹ Sono stati già presentati i primi emendamenti alla legge di stabilità con i quali si è tentato di reintrodurre immediatamente la mediazione obbligatoria. Tre sono in particolare le proposte: 1) un primo emendamento con il quale viene proposta una sperimentazione della mediazione obbligatoria fino al 31 dicembre 2017 e, nel caso di proposta di conciliazione del mediatore, l'assistenza degli avvocati alle parti; 2) un secondo emendamento che intende ripristinare l'iniziale testo dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010; 3) un terzo emendamento che prevede l'obbligatorietà con norma di legge, estesa per cinque anni a tutte le controversie in materia di diritti disponibili, e il raddoppio delle sanzioni in caso di assenza ingiustificata della parte chiamata in mediazione. Tutti gli emendamenti sono stati dichiarati non ammissibili alla seduta della Camera dei deputati del 5 novembre 2012. In relazione a tali emendamenti e alle preannunciate iniziative per il ripristino dell'obbligatorietà della mediazione. v. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=59742>.

⁵¹² In tal senso, l'intervista al Ministro Severino riportata all'indirizzo: <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2012-10-24/consulta-bocciata-mediazione-obbligatoria-131021.shtml?uuid=AbbWmJwG>.

quindi, si indirizza verso le misure premianti che, pur presenti fin dall'iniziale riforma, nella diffusione della mediazione hanno avuto un ruolo marginale, probabilmente, in ragione della poca consistenza delle risorse.

A tal proposito, infatti, occorre considerare che la riforma ha addossato pressoché integralmente sugli utenti e gli operatori del sistema della mediazione i costi di erogazione del servizio. L'obbligatorietà costringe a utilizzare il servizio, ma l'onerosità impone agli utenti di pagarselo. Gli incentivi fiscali, per un verso, sollevano un grave problema di reperibilità delle risorse che, in base al d.lgs. n. 28/2010, dovrebbero essere attinte dal fondo unico della giustizia. Per altro verso, si deve differentemente impostare il sistema di finanziamento, in quanto attraverso le agevolazioni fiscali e le esenzioni si spostano i costi dagli utenti all'intero sistema economico o alla fiscalità generale.

Fintanto che non intervenga in qualche modo il legislatore, alle procedure pendenti e alle nuove mediazioni si applicheranno le restanti disposizioni che non sono state interessate dalla pronuncia di illegittimità costituzionale. Si presenteranno, tuttavia, rilevanti difficoltà applicative in quanto l'intera riforma era stata impostata sull'obbligatorietà nell'accesso, svolgimento, conclusione e nei rapporti con il processo, con la previsione di numerose disposizioni collegate all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. La norma, tra l'altro, è richiamata per quanto attiene alle misure sanzionatorie processuali ed economiche applicabili in caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo alla procedura⁵¹³, per il regime economico delle tariffe e delle esenzioni⁵¹⁴, e per lo svolgimento di almeno un incontro del mediatore con le parti⁵¹⁵.

Un dato fondamentale, tuttavia, pare acquisito: l'obbligatorietà è stata necessaria per avviare la riforma della mediazione, ma la stessa non è più compatibile con lo sviluppo e il radicamento dell'istituto che devono passare attraverso la qualità del servizio e, in questo senso, sulle scelte libere e consapevoli rimesse a

⁵¹³ Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁵¹⁴ Art. 17, comma 4, lett. d) e 5, d.lgs. n. 28/2010 e art. 16, comma, comma 4, lett. d), 5, 9 e 13, d.m. n. 180/2010.

⁵¹⁵ Art. 7, comma 5, lett. d), d.m. n. 180/2010.

ciascuno degli utenti, non solo nell'accesso ma anche nello svolgimento della procedura. La via dell'obbligatorietà, pertanto, ha esaurito la sua funzione e permesso di ottenere i risultati massimi conseguibili. Reiterarla significherebbe non solo mortificare la natura volontaria della mediazione, ma probabilmente pregiudicare l'impiego sullo scacchiere delle relazioni economiche e sociali transnazionali. In prospettiva, per adeguarci ai modelli qualitativi che si affermano in ambito europeo dovranno gradualmente superarsi anche le altre misure coercitive e sanzionatorie, per seguire un modello più volontaristico della mediazione, che garantisca ai contendenti l'effettuazione di scelte libere e consapevoli nella composizione amichevole delle controversie.

Dalle indicazioni provenienti dall'Unione europea, sia quelle politiche, che quelle normative e giudiziarie ampiamente illustrate, è emerso con chiarezza che l'obbligatorietà non pare cumulabile con le altre misure coercitive e sanzionatorie⁵¹⁶. Le stesse, infatti, sono tollerabili unicamente nella mediazione assolutamente volontaria. Tuttavia, la volontarietà della mediazione s'impone per migliorare il servizio e fare prevalere le formule che, in un sistema concorrenziale aperto a tutti gli organismi accreditati in ambito europeo, quale si è oramai delineato in base alle fonti, porta imprese e cittadini a compiere scelte e dare preferenze.

L'approccio volontaristico alla mediazione e, più in generale, alle procedure ADR e ODR in ambito di consumo sollecitano l'immediato adeguamento delle normative interne e delle formule organizzative utilizzate da parte degli organismi e dei professionisti. In tal modo, infatti, si rispettano le normative europee e si garantisce un servizio che sia effettivamente d'assistenza per i cittadini, i consumatori e le imprese che possono liberamente sceglierlo in tutto il mercato europeo. Insistere con l'approccio coercitivo, infatti, porterebbe alla marginalizzazione del sistema italiano rispetto ai diversi modelli prevalenti negli altri Stati membri.

Invero, con le restanti normative settoriali, specie quelle più recenti di matrice europea, l'approccio volontaristico alla mediazione si è già affermato più volte in Italia. In tali discipline, non solo consumeristiche peraltro, si sono registrati altri due fattori da con-

⁵¹⁶ V. *supra*.

siderare in chiave sistematica ai fini dell'evoluzione normativa e del miglioramento qualitativo della mediazione. Da un lato, si registra un'integrazione degli strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra i quali la mediazione, con la disciplina contrattuale e le relative forme di tutela. Dall'altro, le stesse normative contengono la declinazione dei meccanismi più avanzati e sviluppati di tutela della trasparenza e della libertà contrattuale che sono funzionali alle esigenze protettive dei contraenti, specie quelli più deboli, e della concorrenzialità del mercato europeo delle forniture dei beni e della prestazione dei servizi.

Si tratta di meccanismi duttili ed incisivi che il legislatore europeo ha ampiamente utilizzato per integrare le regole generali di formazione dell'accordo in relazione a quelle aree di contrattazione che per prime si sono aperte alla dimensione europea degli scambi. Per esse, infatti, si è resa necessaria l'emanazione a livello europeo di normative comuni applicabili a tutti gli operatori presenti sul mercato in modo da garantire l'effettiva libertà di scelta da parte degli acquirenti, che non era adeguatamente tutelata dalle tradizionali regole della formazione dell'accordo presenti nelle legislazioni nazionali. L'elevazione dei livelli di tutela dei soggetti, specie quelli più deboli, si è registrata proprio negli ambiti e nei settori commerciali che si sono aperti agli scambi transnazionali, in ragione delle modalità di sollecitazione fuori dei locali commerciali e a distanza ovvero della natura complessa o insidiosa dei nuovi beni e soprattutto dei servizi che sono stati offerti sul mercato⁵¹⁷.

Orbene, per tanti versi, siffatte dinamiche evolutive dei mercati concorrenziali e delle tutele contrattuali si configurano con riferimento ai servizi della mediazione e, più in generale, alle modalità di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Tant'è che, sempre più di frequente, all'interno della medesima fonte le discipline contrattuali sono integrate con quelle dei servizi conciliativi. Di qui, l'esigenza di soluzioni giuridiche incentrate sulle informazioni, la trasparenza e la libera retrattabilità del consenso nella mediazione, in chiave di adeguamento normativo e organizzativo della disciplina della mediazione.

⁵¹⁷ In proposito, v. C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, Padova, 2012.

In primo luogo, occorre fare riferimento alla nuova disciplina sul credito al consumo introdotta dal d.lgs. n. 141/2010⁵¹⁸, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori⁵¹⁹. Si tratta di una organica disciplina della materia, nella quale si inseriscono numerose misure contrattuali di tutela funzionali a consentire al consumatore di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, tra le quali quelle sulla trasparenza⁵²⁰ e il diritto di recesso⁵²¹, oltre all'informazione sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie⁵²².

Sullo specifico punto, l'art. 24 della direttiva europea 2008/48/CE ha previsto che gli Stati membri provvedono affinché siano predisposte procedure adeguate ed efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo relative a contratti di credito, eventualmente mediante ricorso agli organismi esistenti. In base alla medesima norma, si dispone altresì che gli Stati membri incoraggiano detti organismi a cooperare, tra l'altro, per risolvere le controversie transfrontaliere relative a contratti di credito. In attuazione delle disposizioni europee richiamate, l'art. 128-*bis*, comma 1, dispone che le banche, gli intermediari finanziari e gli altri soggetti individuati dal Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 115 per il compimento delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. Il medesimo artico-

⁵¹⁸ Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

⁵¹⁹ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE.

⁵²⁰ Art. 124 t.u.b.

⁵²¹ Art. 125-*ter* t.u.b.

⁵²² G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 11, 2010, p. 1041 ss.; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lg. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obbl. contr.*, 2, 2011, p. 125 ss.; ID., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbl. contr.*, 4, 2011, p. 296.

lo, al comma 2, inoltre, affida al CICR, su proposta della Banca d'Italia, la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che sia assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. A tal fine, si precisa che le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione e l'effettività della tutela⁵²³.

L'art. 128-bis, comma 3, ancora, dispone che fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010, non si pregiudica per il cliente la possibilità di fare ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'organismo. Infine, all'art. 128-bis, comma 3-ter, si dispone che la Banca d'Italia, quando riceve un reclamo da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo.

Le disposizioni richiamate sono di estremo interesse sotto plurimi aspetti. In primo luogo, fanno salva l'applicazione della norma che prevede l'obbligatorietà della mediazione, che adesso è stata dichiarata costituzionalmente illegittima. Inoltre, si colloca la mediazione accanto ad altri sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra contraenti. Tali sistemi devono uniformarsi a criteri qualitativi stabiliti in conformità alla norma da istituzioni pubbliche. Inoltre, all'Autorità di vigilanza che riceve il reclamo è affidato il compito di indicare siffatti sistemi rivolutivi.

Si afferma un'alternatività tra i sistemi di tutela stragiudiziale tra i quali, anche attraverso le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia, le parti contraenti possono liberamente scegliere. La preferenza, nei limiti della previsione normativa e di disponibilità dei servizi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, si rivolgerà verso le soluzioni di maggiore qualità e, comunque, più aderenti alle esigenze delle parti.

In questa nuova cornice di libera scelta rimessa alle parti sono da rileggere le stesse disposizioni dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, che, prima della pronuncia di incostituzionalità, per accedere alla tutela giudiziaria vincolavano preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 otto-

⁵²³ In relazione a queste disposizioni, v. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori la riforma del t.u. bancario*, cit., p. 1058.

bre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del t.u.f. Oggi, senza sottostare ad alcuna condizione di procedibilità dell'azione, la scelta del sistema risolutivo deve essere guidata dalla convenienza in base alla qualità e alla natura volontaristica della soluzione fondata sulla ricerca dell'accordo amichevole che connota la mediazione.

Altre utili indicazioni in chiave sistematica emergono dalle rinnovate discipline settoriali concernenti i servizi turistici e la multiproprietà. Entrambe le materie, di recente sono state interessate da un importante intervento normativo di carattere organico del legislatore italiano che con il d.lgs. n. 79/2011⁵²⁴ ha sia adottato il codice del turismo⁵²⁵ e sia attuato la direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, per le vacanze di lungo termine e di scambio⁵²⁶, procedendo alle conseguenti modificazioni delle previgenti discipline contenute nel codice del consumo.

All'interno del codice del turismo, infatti, sono raccolte le principali normative statali di settore⁵²⁷ e la stessa disciplina concernente i contratti del turismo organizzato⁵²⁸, che contengono numerose tutele per il turista, e si raccordano alle disposizioni del codice del consumo⁵²⁹, anche per quanto concerne gli obblighi informativi e il diritto di recesso in caso di contrattazione negoziata fuori dei locali commerciali e a distanza⁵³⁰ che permette di superare i confini nazionali e, comunque, di realizzare la transnazionalità della relazione assai frequente nel turismo. Il dato decisamente più significativo e degno di considerazione, tutta-

⁵²⁴ Decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, recante Codice della normativa statale in materia di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio.

⁵²⁵ Art. 1, all. 1, d.lgs. 79/2011.

⁵²⁶ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio.

⁵²⁷ Art. 1.

⁵²⁸ Art. 32 ss.

⁵²⁹ Art. 32, comma 3.

⁵³⁰ Artt. 32, comma 2, e 38 comma 1, lett. h).

via, è costituito dall'inserimento all'interno del codice del turismo di un apposito capo III dedicato alla qualità del servizio, alla soluzione delle controversie e alla carta dei servizi. In esso, sono raccolte un insieme di disposizioni molto importanti che declinano diverse e concorrenti forme di tutela extragiudiziale riferite alla composizione delle controversie in materia di turismo (art. 67), che si raccordano con quelle sugli standard dell'offerta dei servizi turistici pubblici (art. 68), sull'assistenza del turista (art. 68) e sulla gestione dei reclami (art. 69).

Con particolare riferimento alla composizione delle controversie in materia di turismo, il primo comma dell'art. 67 stabilisce che la procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia di turismo, è disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale o arbitrale se ciò è previsto da una clausola del contratto di fornitura dei servizi. Si richiama, quindi, la disciplina della mediazione, ma non si prevede l'obbligatorietà della stessa, ipotizzandosi piuttosto una clausola contrattuale in tal senso. A questo proposito, il secondo comma dell'art. 67 citato soggiunge che tale clausola deve essere specificamente approvata per iscritto dal turista. In base al secondo comma della stessa norma, inoltre, resta salva la facoltà del turista di ricorrere a procedure di negoziazione volontaria o paritetica o alla procedura di conciliazione innanzi alle commissioni arbitrali o conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori e utenti inerenti la fornitura di servizi turistici, istituite ai sensi dell'art. 2, comma 4, lett. a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. Nella procedura di conciliazione i turisti hanno facoltà di avvalersi delle associazioni dei consumatori. Tale procedura di conciliazione è disciplinata dagli artt. 140 e 141 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Le disposizioni sono assai significative in quanto, in primo luogo, introducono un requisito formale per la pattuizione della clausola di mediazione da parte del turista, che sembrerebbe evocare la formula lessicale utilizzata per le clausole vessatorie dall'art. 1341, comma 2, cod. civ.⁵³¹ e dall'art. 33, comma 2, t)

⁵³¹ Si intende fare riferimento alle clausole compromissorie o che sanciscono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

del codice del consumo⁵³² (sancire deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria). Probabilmente, l'espressione utilizzata è stata giustificata dall'impostazione stessa della riforma della mediazione che è stata tutta incentrata sull'obbligatorietà. È dubitabile, tuttavia, se anche a seguito della richiamata pronuncia della Corte costituzionale si possa ipotizzare la vessatorietà di una siffatta clausola, che pure introduce una condizione di procedibilità della tutela giudiziale o arbitrale⁵³³.

Per le clausole di mediazione, pertanto, l'utilizzo della forma scritta si dovrebbe integrare con tutti gli altri meccanismi di trasparenza previsti per il contratto, che comprendono la forma scritta⁵³⁴, l'esplicitazione del contenuto obbligatorio del contratto⁵³⁵, la prestazione delle informazioni preliminari⁵³⁶ e dell'opuscolo informativo⁵³⁷, che caratterizzano questa tipologia di contrattazione e consente di rendere conoscibili e controllabili i principali profili soggettivi ed oggettivi dell'offerta turistica. Si permetterebbe al turista di effettuare una scelta libera e consapevole anche quanto all'inserimento della clausola di mediazione, ovvero alla scelta degli altri strumenti di risoluzione extragiudiziale disponibili fin da quando si accinge a concludere il contratto. L'informazione sulla mediazione, probabilmente, potrebbe inserirsi anche attraverso le carte dei servizi, che indicano quali servizi si intendono erogare, con quali modalità e quali standard di qualità intendono garantire. L'adeguata informazione del turista, inoltre, torna utile anche in ragione della circostanza che l'art. 67, come rilevato, ripropone una pluralità di tutele stragiu-

⁵³² Potrebbero assumere rilievo le clausole che sanciscono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

⁵³³ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010. Con riferimento alla clausola di mediazione nei contratti con i consumatori, v. S. MONTICELLI, *Il cd. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, cit., p. 856 ss.; L. DELOGU, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore*, cit., 2012, p. 367 ss.; C. ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi con i consumatori*, cit., p. 107 ss.

⁵³⁴ Art. 35.

⁵³⁵ Art. 36.

⁵³⁶ Art. 37.

⁵³⁷ Art. 38.

diziali, che concorrono con la mediazione civile, tra le quali il turista può scegliere liberamente.

La salvezza della negoziazione volontaria e paritetica, prevista dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, e del reclamo di cui al successivo art. 68 cod. tur., come rilevato si accompagna all'assoggettamento delle procedure conciliative presso gli organi camerali alla disciplina del codice del consumo che, tra l'altro, si occupano di escludere la vessatorietà delle clausole, inserite nei contratti dei consumatori, aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni dell'art. 141 cod. cons.⁵³⁸. Un tale elemento, pertanto, deve essere adeguatamente valutato in sede di ricostruzione della preferibile disciplina della clausola della mediazione sulla base del canone della volontarietà.

Con riferimento alla materia della multiproprietà, come anticipato, le discipline europee e nazionali sono state di recente modificate⁵³⁹. In proposito, è bene segnalare che anche in questa materia è frequentissimo che si abbiano relazioni contrattuali di natura transnazionale, che anche sul piano della risoluzione delle conseguenti controversie pongono delicate questioni.

La direttiva 2008/122/CE contiene una disciplina settoriale assai articolata che prevede l'applicazione dei meccanismi della trasparenza⁵⁴⁰ e della libera retrattabilità del consenso⁵⁴¹ e si sofferma anche sugli strumenti di tutela extragiudiziale⁵⁴². Ai sensi

⁵³⁸ Art. 141, comma 4.

⁵³⁹ In relazione alle recenti modifiche apportate in questa materia, v. O. CALEO; *Recepimento di direttive comunitarie in materia contrattuale e concorso di competenze tra Stato e Regioni*, in *Obbl. contr.*, 1, 2010, p. 34 ss.; E. SMANIOTTO, I. SCALISI, *Il "traslocco" della multiproprietà*, in *Immobili & proprietà*, 7, 2011, p. 426 ss.; G. TRAPANI, *La nuova multiproprietà nel c.d. codice del turismo*, in *I contratti*, 10, 2011, p. 941 ss.

⁵⁴⁰ Artt. 3 (Pubblicità), 4 (Informazioni precontrattuali) e 5 (Il contratto di multiproprietà, relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine, di rivendita e di scambio), direttiva 2008/22/CE.

⁵⁴¹ Art. 6 ss. direttiva 2008/22/CE.

⁵⁴² Al considerando n. 21 direttiva 2008/22/CE si reputa necessario che siano elaborate procedure di ricorso adeguate ed efficaci negli Stati membri per risolvere le controversie fra i consumatori e gli operatori. A tal fine, si prevede che gli Stati membri dovrebbero incoraggiare l'istituzione di enti pubblici o privati per la risoluzione extragiudiziale delle controversie.

dell'art. 14 (Informazioni per i consumatori e ricorso extragiudiziale), infatti, si prevedono diverse iniziative, tra le quali quella per cui gli Stati membri incoraggiano l'elaborazione di procedure adeguate ed efficaci di reclamo e di ricorso extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel quadro della presente direttiva ed esortano, se del caso, gli operatori e le rispettive organizzazioni professionali a informare i consumatori dell'esistenza di tali procedure.

La norma corrispondente all'interno del codice del consumo è costituita dall'art. 80, che dopo aver richiamato la possibilità per l'operatore di adottare appositi codici di condotta, dispone che per la risoluzione delle controversie sorte dall'esatta applicazione dei contratti disciplinati dal presente capo è possibile ricorrere alle procedure di mediazione, di cui al d.lgs. 2010, n. 28. È fatta salva anche in questo settore la possibilità di utilizzare le procedure di negoziazione volontaria e paritetica previste dall'art. 2, comma 2, dello stesso d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Si ripropone, quindi, un'alternativa plurima tra forme di tutela stragiudiziali per le quali, trattandosi di materia di consumo, si dovranno applicare le restanti disposizioni generali contenute nel codice del consumo.

Per le normative consumeristiche, infatti, il codice del consumo agli artt. 140 e 141 detta una generale disciplina sulla composizione extragiudiziale delle controversie⁵⁴³. Con riferimento alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, agli enti esponenziali di cui all'art. 139 è riconosciuta, in base all'art. 140, comma 2, la legittimazione a promuovere, prima delle azioni giudiziali, le procedure conciliative davanti alla camera di commercio competente per territorio, oltre che davanti agli altri organismi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo ai sensi dell'art. 141. Si precisa che

⁵⁴³ In relazione a tali disposizioni del codice del consumo, v. S. BENUCCI, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 1073 ss.; V. FARINA, in AA.VV., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di E. Capobianco, G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 742 ss.; E. VULLO, A. NASCOSI, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010; L. NISSOLINA, E. DALMOTTO, in AA.VV., *D.lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo* a cura di P. Cendon, Milano, 2010, p. 1253 ss.

la procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni. Si prevede inoltre che il tribunale in composizione monocratica, verificata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto. In tal modo il verbale di conciliazione omologato diviene titolo esecutivo⁵⁴⁴. La procedura stessa, peraltro, senza alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o già avviata, può essere attivata anche dal professionista che sia convenuto o che agisca in sede giudiziale. La favorevole conclusione, anche nella fase esecutiva, del procedimento di conciliazione viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere⁵⁴⁵. In proposito, infatti, si segnala che il provvedimento che definisce il giudizio stabilisce il termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda di parte, dispone il pagamento di una somma di denaro⁵⁴⁶ per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità dei fatti⁵⁴⁷. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione, infine, le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro⁵⁴⁸.

L'art. 141 contiene una disciplina dedicata alla composizione extragiudiziale delle controversie⁵⁴⁹. In primo luogo, si prevede che nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possano avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via tele-

⁵⁴⁴ Art. 140, commi 3 e 4, cod. cons.

⁵⁴⁵ Art. 140, comma 6, cod. cons.

⁵⁴⁶ La somma varia da 516 euro a 1.032 euro.

⁵⁴⁷ Con riferimento a siffatta misura di coercizione indiretta, v. S. BENUCCI, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 1103 ss.

⁵⁴⁸ Le somme sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per finanziare apposito fondo per le iniziative a favore dei consumatori, ai sensi dell'art. 140, comma 7, cod. cons.

⁵⁴⁹ In tale senso, S. BENUCCI, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 1087; V. FARINA, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 742 ss.; E. DALMOTTO, in *D.lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo*, cit., p. 1286 ss.; A. NASCOSI, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 994.

matica. Ancora si dispone che il Ministro dello sviluppo economico, d'intesa con quello della giustizia, con decreto avente natura regolamentare, detta le disposizioni per la formazione dell'elenco citato degli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si conformano ai principi della raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310. Alla Commissione europea sono comunicati gli organismi di cui all'elenco e gli ulteriori adempimenti connessi all'attuazione della risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 25 maggio 2000, 2000/C 155/01, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. A tal fine si considerano, in ogni caso, organi di composizione delle controversie quelli costituiti, ai sensi dell'art. 2, comma 4, l. 29 dicembre 1993, n. 580, dalle camere di commercio.

La norma prosegue disponendo che non sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso agli organi che si conformano alle disposizioni di cui al presente articolo. La soluzione è coerente con il carattere meramente facoltativo della procedura extragiudiziaria e della possibilità per il consumatore di rivolgersi all'autorità giudiziaria⁵⁵⁰. L'art. 141 stabilisce, infatti, che il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

La conclusione dell'indagine svolta porta a ritenere che la volontarietà e la qualità della mediazione trovino un utile modello di riferimento proprio in ambito consumeristico. Il modello è da utilizzare sia per adattare la disciplina vigente della mediazione all'indomani della pronuncia della Corte costituzionale e sia, in prospettiva evolutiva, per adeguare il sistema alle nuove normative ADR e ODR per i consumatori che si stanno predisponendo a livello europeo. Soltanto in questo modo, infatti, il sistema della mediazione riesce a conservare la centralità e la portata generale che ad esso competono nell'ambito degli strumenti di tutela extragiudiziale su base volontaria, beneficiando del regime più favorevole tra quanti sono stabiliti dall'ordinamento. Una tale di-

⁵⁵⁰ Con riferimento a siffatta misura di coercizione indiretta, v. S. BENUCCI, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 1103 ss.

sciplina che si vuole costruita in maniera che garantisca pienamente i diritti e la libertà di scelta dei contendenti, a cominciare da quelli più deboli, è presupposto necessario affinché il sistema della mediazione possa essere valutato rispettoso dei principi fondamentali del diritto europeo e nazionale e prevalere nei rinnovati contesti europei dei servizi di assistenza nella risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012
presso lo stabilimento litotipografico
PRESS COLOR – Via Beethoven, 14
09045 Quartu S. Elena (CA)
per conto delle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari