



Dipartimento di Scienze Giuridiche e Forensi
Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari

Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA

N. 1



Cagliari - 2011

€ 18,00

ISBN 978-88-8374-080-7

Q^{n.1}uaderni di
conciliazione

N. 1
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2011

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



© Cagliari - 2011

Volume pubblicato con il contributo

M.I.U.R (P.R.I.N. 2007)

Dipartimento di Scienze Giuridiche e Forensi
Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari

e

Camera di Commercio Industria,
Artigianato e Agricoltura di Cagliari



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 978-88-8374-080-7

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
Nuove Grafiche Puddu - 09040 Ortacesus (Ca)

INDICE

FRANCESCO SITZIA, <i>Presentazione</i>	Pag.	7
FRANCESCO SITZIA, <i>Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna</i>	»	9
BRUNO TROISI, <i>Atti di discriminazione e mediazione</i>	»	23
MASSIMO DEIANA-VALENTINA CORONA, <i>Presupposizione e sopravvenienze nel contratto di viaggio turistico: spunti per un approccio stragiudiziale alla risoluzione delle controversie</i>	»	43
ERNESTO D'ALOJA-CARLO PILIA, <i>Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere</i>	»	63
CRISTIANO CICERO, <i>L'opposizione dell'Avvocatura all'obbligatorietà del ricorso alla mediazione</i>	»	73
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>Azione di classe e mediazione/conciliazione</i>	»	79
BRUNO TROISI, <i>Il problema del pluralismo e la mediazione</i>	»	105
FRANCESCO SITZIA, <i>Alcune riflessioni problematiche sul D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e Ordini professionali</i>	»	111
CRISTIANO CICERO, <i>Prima lettura al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28</i>	»	129
MASSIMO DEIANA-VALENTINA CORONA, <i>Tutela del turista per l'inadempimento del contratto di trasporto aereo e procedimenti conciliativi</i>	»	139
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>La vessatorietà delle clausole ADR</i>	»	151
FRANCESCO SITZIA, <i>Responsabilità del medico: linee evolutive e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie</i>	»	169

Indice

CARLO PILIA-ERNESTO D'ALOJA, <i>L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo</i>	Pag. 181
MASSIMO DEIANA-VALENTINA CORONA, <i>Regolamento (CE) n. 261/04 e tutela del passeggero aereo: verso una più efficace tutela stragiudiziale</i>	» 193
BRUNO TROISI, <i>La violenza nel mondo giovanile e tecniche di mediazione</i>	» 211
CRISTIANO CICERO, <i>Riflessioni sul trust e categorie civilistiche (con una chiosa sulla clausola di conciliazione obbligatoria)</i>	» 219
CARLO PILIA-ERNESTO D'ALOJA, <i>La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile</i>	» 235

PRESENTAZIONE

Il volume che ho il gradito compito di presentare nasce nell'ambito di un rapporto di collaborazione in atto ormai da molti anni in materia di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie tra il Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università di Cagliari e la locale Camera di CCAA. Tale collaborazione ha condotto al riconoscimento dell'Ente Camerale, non solo come organismo di mediazione ai sensi dell'art. 19 del D.lgs 28/2010, ma altresì come ente formatore degli aspiranti mediatori.

Ciò ha indotto i promotori dell'iniziativa a riflettere sull'utilità, anche a fini didattici, che i contributi di carattere scientifico in materia di conciliazione elaborati nel corso di questi ultimi anni, nonché quelli che si spera di elaborare negli anni a venire, non andassero dispersi in una molteplicità di pubblicazioni, ma fossero radunati nei volumi di una Collana espressamente dedicata alle nostre tematiche.

Ovviamente il primo volume della Collana che qui si presenta contiene i contributi di coloro che hanno partecipato all'iniziativa. Fin d'ora si può però esprimere l'auspicio che gli ulteriori volumi possano contenere contributi di studiosi italiani e stranieri interessati ai nostri temi.

In questa ottica, nel ringraziare gli illustri colleghi che hanno già aderito alla richiesta di far parte del comitato scientifico della Collana, si ritiene opportuno procedere in tempi brevi ad un allargamento dello stesso comitato scientifico che ne evidenzi il carattere internazionale.

Non è ovviamente possibile prevedere fin d'ora i tempi di edizione degli ulteriori volumi della Collana: molto dipenderà, com'è naturale, dal successo che l'iniziativa avrà presso gli studiosi dei nostri temi. La circostanza che, anche a fini didattici, appaia utile mettere immediatamente a disposizione degli allievi dei nostri

F. Sitzia

corsi tutto il materiale prodotto, ci ha indotto a prevedere che i singoli contributi, non appena consegnati all'editore, siano pubblicati on line sul sito *www.edizioniav.it*. con accesso libero e gratuito. Si sta valutando con l'editore, che ringraziamo per la sua disponibilità, l'ipotesi di limitare tale accesso una volta trascorso un certo periodo di tempo dalla pubblicazione cartacea del singolo volume.

Un'ultima considerazione sul titolo della collana. Sulla base di un uso tradizionale del termine conciliazione nel nostro linguaggio giuridico, si è preferito mantenere il titolo "Quaderni di conciliazione", nonostante il legislatore col D.lgs. 28/2010 abbia distinto in termini precisi tra mediazione, come attività svolta dal mediatore, e conciliazione, come possibile risultato di questa attività. Non intendiamo però dare alla scelta che abbiamo operato, almeno nel nostro caso, alcuna valenza critica nei confronti dei prestiti linguistici dall'inglese cui sempre più spesso fa riferimento il nostro legislatore.

In conclusione, non mi resta che ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, direttamente o indirettamente, hanno collaborato all'iniziativa ed esprimere l'auspicio che la Collana di conciliazione possa rappresentare per molti anni un punto di riferimento significativo per gli studiosi e gli operatori coinvolti nella difficile battaglia che ci attende per la creazione di una "nuova cultura" in materia di mediazione.

Cagliari, dicembre 2010

Il presidente del comitato scientifico

FRANCESCO SITZIA

FRANCESCO SITZIA

MEDIAZIONE E RICORSO AL GIUDICE
NELLA SOCIETÀ POSTMODERNA¹

1. Un ringraziamento sentito e sincero agli organizzatori del nostro Seminario, in particolare al Presidente del Consiglio dell'ordine dei notai che ha sempre mostrato in questi anni una particolare sensibilità verso temi, quale quello odierno, di grande rilievo non solo per gli interessi specifici della professione notarile² ma altresì per l'evoluzione della cultura giuridica della nostra società e per un corretto funzionamento delle Istituzioni.

¹ Il presente contributo riporta, anche se non in modo integrale, il contenuto di una relazione tenuta presso l'ordine notarile di Cagliari. Esso ha altresì costituito la base per la lezione introduttiva al Corso per la preparazione dei mediatori organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi e dalla Camera di CIAA di Cagliari.

² Indubbiamente il D.lgs. N. 28/2010 (vedi nt. 3) presenta un interesse specifico per la professione notarile in quanto, in primo luogo, i notai saranno certamente chiamati a prestare la loro opera in qualità di mediatori.

Si può, inoltre, segnalare che l'art. 19 del nostro Decreto legislativo prevede per i consigli degli ordini professionali, per le materie riservate alla loro competenza, previa autorizzazione del Ministero della Giustizia, la possibilità di istituire Organismi speciali, avvalendosi di proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilità. Il nostro legislatore, al contrario di quanto previsto per l'ordine degli avvocati e per le Camere di CIAA, non prevede quindi per l'eventuale organismo di mediazione istituito dal consiglio dell'ordine dei notai una competenza generale per materia. Se, peraltro, si considerano, da un lato il livello di preparazione giuridica dei Notai, dall'altro la varietà e la complessità delle problematiche con le quali i Notai stessi devono confrontarsi nello svolgimento della loro professione, l'elenco delle materie di competenza del nostro organismo potrà essere assai ampio.

Un significativo interesse per la professione notarile presenta anche l'art. 11.3, il quale prevede che "se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti

L'incontro odierno è indubbiamente un segnale importante di quella vivacità intellettuale che l'ordine notarile cagliaritano dimostra da molti anni in quanto verte su un tema che, anche prescindendo dalle recenti innovazioni normative sulle quali siamo chiamati a riflettere³, ben si presta a far emergere alcune delle più rilevanti criticità che nell'ambito del diritto privato (ma non solo del diritto privato) caratterizzano il mondo postmoderno⁴ rispetto al sistema tradizionale di tutela dei diritti e di risoluzione delle controversie.

Nel titolo della mia relazione ho contrapposto la mediazione⁵ al ricorso ai rimedi giurisdizionali tradizionali, e non vi è

o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato". Vedi in proposito le osservazioni di M. Leo (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni, sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, § 7.2, pubblicato on line in [www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR](http://www.Judicium.it./saggi/Diritto_dell'arbitrato,_conciliazione_e_ADR)), al quale rimando anche per le considerazioni relative alle ipotesi in cui il notaio rivesta il duplice ruolo di mediatore e di pubblico ufficiale che autentica il verbale di conciliazione.

Ovviamente in questa sede il nostro discorso si limiterà alla trattazione delle problematiche generali relative alla nascita di una nuova cultura della mediazione tra gli operatori giuridici, con particolare riguardo ai notai

³ Intendo, in particolare, riferirmi al già citato D. Lgs. 4/3/2010 n. 28, Attuazione dell'art. 60 della legge 18/6/2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Vedi, inoltre, il Decreto 18/10/2010, n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del D.lgs. 4/3/2010, n. 28.

⁴ Sull'impiego del sostantivo postmodernità e dell'aggettivo postmoderno, che non implica nel nostro caso adesione alle tesi di fondo "dei pensatori che si riconoscono nel movimento postmoderno" vedi, per una sintesi delle complesse problematiche e per una bibliografia di base, P. NEPI, voce *Moder-nità*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI e G. CAMPANINI, Roma, 1993, 503 ss. (la citazione testuale è tratta da p. 514).

⁵ Sulla base di un uso radicato nella nostra cultura giuridica continuerò a impiegare il termine conciliazione anche in relazione all'attività svolta dal conciliatore (vedi F. LANCELLOTTI, voce *Conciliazione delle parti*, in *EdD*, VIII, 1961, 397), nonostante il nostro legislatore col D.lgs. 4/3/2010 n. 28 abbia operato una scelta linguistica ben precisa, impiegando il termine mediazione

dubbio che i due meccanismi presentino, come tra breve vedremo, caratteristiche differenziali talmente evidenti da apparire profondamente diversi ed alternativi fra loro.

Ciò non significa, ovviamente, che tra essi non esista una connessione profonda e che la necessità di un significativo sviluppo della conciliazione non trovi la sua ragione di essere anche in alcune dinamiche evolutive della nostra società che, se da un lato non hanno certo reso obsoleto il rimedio costituito dal ricorso alla giurisdizione, dall'altro evidenziano che questo non può più essere considerato lo strumento esclusivo per la risoluzione della controversie.

2. Tentiamo allora di cogliere, per grandi linee, alcune di queste dinamiche evolutive per comprendere come solo attraverso il ricorso ad uno strumento quale la conciliazione possa darsi una risposta adeguata ad alcune delle più rilevanti problematiche poste dall'evoluzione dei sistemi giuridici occidentali negli ultimi decenni.

Il primo problema sul quale intendo richiamare la vostra attenzione è quello relativo all'aumento assai significativo del ricorso al rimedio giurisdizionale con la conseguente intollerabile dilatazione dei tempi di risposta del sistema⁶. In relazione ad ciò

per definire l'attività e il termine conciliazione per definire l'eventuale risultato positivo della attività stessa (art. 1). Ad avviso del DITTRICH, *Il processo di mediazione nel D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, p. 11, pubblicato on line in [www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR](http://www.Judicium.it./saggi/Diritto%20dell%20arbitrato,%20conciliazione%20e%20ADR) (ora anche in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 582 s.) tale innovazione linguistica avrebbe anche "la finalità politica di marcare la differenza tra l'istituto che ci occupa e la conciliazione di italica matrice, della quale gli operatori del diritto hanno imparato a diffidare". Non mi sembra, invero, che tale finalità sia tale da giustificare l'abbandono dell'uso tradizionale per cui "col nome di conciliazione si indica sia un'attività (di conciliazione), sia un risultato (l'avvenuta conciliazione) (F. LANCELLOTTI, voce *Conciliazione delle parti*, cit., 397). Per una definizione del termine mediazione in senso ampio (non limitato al campo delle liti civili e commerciali), vedi V. PATANE, voce *Mediazione penale*, in *EdD*, Annali III, 1, 2008, 572. Sul problema vedi anche C. PUNZI, voce *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.

⁶ Come avremo modo di vedere in seguito, le ragioni giustificative del ricorso alla mediazione vanno ben al di là dell'aiuto che essa può offrire ai fini di rendere accettabile la durata del processo civile. Non può, peraltro, negarsi

appare ragionevole chiedersi se questa grave disfunzione possa essere superata attraverso strumenti che migliorino l'efficienza del sistema stesso o se vi siano ragioni più profonde della crisi che impediscono di ipotizzare una soluzione che faccia perno esclusivamente sui sistemi tradizionali.

Ora, pur non negando che molto possa e debba essere ancora fatto rendendo più efficienti i sistemi tradizionali, a me sembra che vi siano profili della crisi che postulano risposte completamente diverse.

Basti qui ricordare che viviamo in una dimensione nella quale il quadro normativo è articolato e complesso, in perenne evoluzione, proveniente da fonti normative eterogenee e scoordinate. Spesso ci lamentiamo della scarsa coerenza e della scarsa precisione che caratterizza il nostro legislatore, e forse abbiamo ragione, però dobbiamo anche chiederci quale legislatore, per quanto illuminato, potrebbe svolgere il suo ruolo, adeguando in modo perfetto la legislazione alle esigenze di una società complessa e in continua evoluzione. Come è stato posto in evidenza, è la stessa idea della legge come suprema regolatrice dei rapporti intersoggettivi, che subisce nella postmodernità un forte declino a favore del binomio giurisdizione – contratto⁷. La rigidità della legge appare, infatti, in contrasto con la liquidità della società postmoderna. Né appare pensabile un continuo ricorso del legislatore ad una legislazione di dettaglio che rappresenterebbe un rimedio anche peggiore del male, moltiplicando ulteriormente le liti.

che nell'ottica del nostro legislatore questo fine sia considerato primario. In questo senso appaiono condivisibili le osservazioni di E. Fabiani (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., § 1), il quale osserva che, pur essendo presente nel D.lgs. 28/2010 "un ricorso alla mediazione quale strumento di *access to justice*, sembra decisamente prevalere la prospettiva tendente a ricorrere al contempo al medesimo istituto quale strumento di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionali". Sul punto il Fabiani ricorda le considerazioni già svolte da C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, cit., 854.

⁷ Intendo in particolare riferirmi al bel libro di M. R. FERRARESE, *Diritto al presente*, Bologna 2002. Sul punto mi permetto altresì di richiamare un mio breve articolo: F. SITZIA, "Cultura dei diritti" e "linguaggio dei diritti". Alcune considerazioni sul magistero di Giovanni Paolo II, in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia*, a cura di A. LOIODICE e M. VARI, Roma, 2003, 717 ss.

Questo significa che il giudice, lo voglia o meno, si vede attribuito, attraverso l'attività interpretativa che è chiamato a svolgere, un potere assai più ampio di quanto non possedesse in passato, un potere di plasmare e modellare il diritto vivente che è, nella sostanza un potere creativo e non semplicemente ricognitivo ed applicativo delle norme vigenti. Ciò crea, in una società caratterizzata da un forte pluralismo e dall'assenza di valori condivisi (fenomeno che non può non riprodursi anche all'interno della Magistratura), il grave problema che tutti noi oggi viviamo in ordine all'individuazione dei confini del potere giudiziario ed in ordine ad un altro dei miti positivi della modernità giuridica: il mito della certezza del diritto.

Indubbiamente nessun ordinamento può perseguire la certezza del diritto se non in via tendenziale, non può però negarsi che oggi questo mito appaia sempre più una chimera e che ciò produca gravi problemi in primo luogo proprio in relazione al nostro tema, impedendo assai spesso alla parte che intenda agire in giudizio di avere una rappresentazione verosimile di quello che sarà l'esito del processo.

Ma è proprio questa incertezza ad alimentare in modo significativo il fenomeno di un più frequente ricorso allo strumento giudiziario, il che contribuisce ad allungare i tempi processo civile, impedendo di rendere una giustizia sostanziale e rendendo vana talvolta la stessa vittoria.

In un fenomeno a catena, questa lunghezza dei tempi favorisce l'uso del processo a scopo meramente dilatorio anche da parte di chi abbia la certezza di avere torto, aggravando in modo significativo il problema. La storia ha sempre dimostrato che un processo che funziona male si autoalimenta.

3. In una sorta di paradosso, quindi, il trionfo della giurisdizione sulla dimensione legislativa, che caratterizza la postmodernità, determina in ultima analisi una progressiva paralisi del processo e fa sì che questo strumento, da un lato non appaia più del tutto funzionale alle esigenze della società, dall'altro contribuisca al progressivo aumento del tasso di conflittualità col conseguente rischio di lacerazioni profonde nell'intero tessuto sociale. Ciò appare tanto più vero se pensiamo che una delle ragioni di fondo del progressivo allargamento della giurisdizione ed insieme della

sua crisi è certamente costituito dalla moltiplicazione del numero dei diritti di cui ciascuno di noi è titolare e quindi dalla conseguente moltiplicazione delle occasioni in cui questi diritti, in una società fortemente dinamica come la nostra, possono entrare in collisione e in conflitto tra loro. A ciò può aggiungersi il rilievo che la moltiplicazione dei diritti (di prima, seconda e terza generazione, etc.) ha reso sempre più frequenti le situazioni in cui si contrappongono non due soggetti cui uno è portatore di un valore e l'altro è portatore di un disvalore, bensì due soggetti entrambi portatori di valori in conflitto tra loro⁸.

Dobbiamo veramente pensare che conflitti di questa natura debbano essere sempre risolti in via giudiziaria attraverso una

⁸ Ciò significa che l'insorgere di conflitti è, in una certa misura, ineludibile, in particolare nelle nostre società, e che là dove il conflitto sorge è spesso assai più utile che la lacerazione del tessuto sociale che esso determina sia composta "attraverso la "costruzione di un nuovo equilibrio nelle relazioni tra le parti in conflitto e con la società civile nel suo complesso" (V. PATANE, voce *Mediazione penale*, cit., 573) piuttosto che attraverso una pronuncia giurisdizionale. Se quanto andiamo dicendo appare evidente in particolare nelle ipotesi in cui entrambi i soggetti siano portatori di valori in conflitto tra loro, esso mantiene una sua validità anche in numerose ipotesi in cui il comportamento di uno dei due contendenti sia considerato riprovevole dall'ordinamento. Si pensi, per restare in un campo in cui il recente D.lgs. 4/3/2010 ha introdotto il tentativo di conciliazione obbligatoria, alle ipotesi di risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli: non vi è dubbio che in esso l'accertamento della responsabilità presupponga teoricamente la riprovevolezza del comportamento del soggetto autore del danno. Ebbene, numerose ricerche condotte negli ultimi decenni del secolo passato, quando il traffico automobilistico non era ancora giunto agli attuali insopportabili livelli, hanno posto bene in evidenza che, ove anche solo una percentuale non elevata ma significativa di automobilisti osservasse pedissequamente le massime tratte dalle sentenze della Suprema Corte di Cassazione, il traffico delle grandi Città metropolitane si paralizzerebbe nel giro di poche ore. Ciò significa, in pratica, che colui che intende condurre la sua autovettura in modo tale da non paralizzare il traffico, anche se in modo non spericolato, deve accettare "il rischio" che, in caso di incidente, possa essere considerato responsabile: non a caso il legislatore ha previsto per la circolazione dei veicoli l'obbligatorietà dell'assicurazione, favorendo così l'accettazione del rischio da parte dei singoli attraverso la sua socializzazione. L'accettazione del rischio e della possibilità del conflitto appare quindi funzionale allo sviluppo di una società dinamica ed in continua evoluzione. In questa ottica, sembra del tutto naturale che, una volta che il conflitto è sorto, esso possa meglio trovare la sua composizione attraverso un accordo raggiunto tra le parti piuttosto che attraverso il ricorso ad un rimedio giurisdizionale.

pronunzia che continui a rimanere nella logica vincitore – vinto (ragione – torto), sulla base di un bilanciamento che sfocia in un giudizio di prevalenza? O non dobbiamo, invece, favorire la nascita di una nuova cultura che tenti di superare, almeno dove ciò sia possibile, la logica che sta alla base dei meccanismi tradizionali di risoluzione delle controversie?

Personalmente non avrei alcun dubbio sulla risposta da dare al nostro quesito, riterrei, anzi, che occorra andare oltre nel tentativo di creare una nuova cultura giuridica che superi le visioni di tipo individualistico, nelle quali il rapporto con gli altri soggetti dell'ordinamento viene visto essenzialmente come fonte delle limitazioni dei propri diritti, per entrare in una dimensione di tipo personalistico⁹, nella quale ogni essere umano è in grado di realizzare pienamente se stesso e di esprimere compiutamente la sua personalità solo attraverso il rapporto con gli altri. La regola giuridica, in questa ottica, non appare più solo come limite posto all'individuo, ma come preconditione dell'interscambio sociale e quindi dello sviluppo della società e dei singoli¹⁰.

⁹ Per una sintesi delle problematiche relative al personalismo (*rectius* ai personalismi) e per una bibliografia di base vedi A. RIGOBELLO, voce *Persona*, in *Dizionario delle idee politiche*, cit., 619 ss.

¹⁰ Per una sintesi storica delle teorie politiche che stanno alla base dell'idea di una sostanziale fecondità dell'antagonismo vedi E. MORONI, voce *Conflittualità*, in *Dizionario delle idee politiche*, cit., 100 ss., il quale pone bene in evidenza che "il conflitto sociale è un potenziale di progresso, ma per essere fecondo il conflitto delle essere addomesticato dalle istituzioni". Nella prospettiva che andiamo perseguendo, proprio la constatazione che il conflitto regolato dal diritto presenta aspetti positivi per lo sviluppo dell'intera società, dovrebbe indurre le parti a ricercare una soluzione del conflitto stesso che trovi la sua fonte nella loro capacità di pervenire a una sintesi che faccia perno sulla loro volontà. E dovrebbe indurre lo Stato a favorire, per quanto possibile, questa sintesi, piuttosto che a pretendere di intervenire autoritativamente attraverso una pronunzia giudiziale che stabilisca chi ha ragione e chi ha torto.

La società è, infatti, profondamente mutata da quando Emanuele Kant (I. KANT, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Id., Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, (trad. it., Torino, 1965, 128) scriveva: "siano allora rese grazie alla natura per la intrattabilità che genera, per la invidiosa emulazione della vanità, per la cupidigia mai soddisfatta di averi o anche di dominio!". Il grande filosofo tedesco esprimeva con lucidità il suo pensiero in un'epoca storica nella quale appariva necessario sviluppare tutte le potenzialità dell'individuo, conformemente all'ideologia li-

Ma se la persona si realizza solo attraverso il rapporto con gli altri, appare allora evidente che dobbiamo anche accettare l'idea

berale: gli inevitabili conflitti che sarebbero insorti sarebbero stati regolati dallo Stato sulla base di un ordinamento giuridico composto da norme razionali e di semplice applicazione. Oggi che le grandi illusioni illuministiche, dopo le tragedie del Novecento, sono definitivamente tramontate e la società vede pericolosamente acuirsi al suo interno lacerazioni profonde, il problema mi sembra quello di coniugare in modo equilibrato conflittualità e solidarietà. Non si tratta certo di uscire da un'ottica liberale, anzi di promuovere attraverso opportuni provvedimenti legislativi un ampliamento della sfera di azione della persona, favorendo l'attivazione di meccanismi che inducano le parti in conflitto a ricercare una soluzione concordata. In questa ottica, il D.lgs. 4/3/2010 n. 28, non imponendo l'accordo, ma adottando la tecnica della premialità (in materia tributaria) per chi concilia e la tecnica della sanzione (spese processuali) per chi rifiuta una ragionevole proposta di conciliazione, sembra porsi in un'ottica corretta. Non vedrei quindi profili di incostituzionalità relativamente al nostro Decreto legislativo, anzi mi sembra che esso si inserisca assai bene nel dibattito relativo alla valorizzazione del principio di sussidiarietà che, con le recenti modifiche del titolo V, può ormai essere considerato uno dei principi cardine della nostra Carta costituzionale (oltre che dell'U.E.). Se, per usare le parole dell'Enciclica *Quadragesimo anno*, (§ 35), "è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con l'industria propria per affidarlo alla comunità", non si vede perché lo Stato debba contrastare il fenomeno della conciliazione volontaria; e se, come giustamente si afferma, il principio di sussidiarietà opera in una duplice direzione, imponendo allo Stato di offrire "alla persona e ai gruppi sociali inferiori l'aiuto e i mezzi necessari per adempiere alle loro funzioni" (la citazione è tratta da L. LORENZETTI, voce *Sussidiarietà*, in *Dizionario delle idee politiche*, cit., 884, al quale rimando per l'ampia bibliografia), non si vede quali dubbi possa ingenerare l'adozione di una legislazione premiale dettata per favorire il successo di una soluzione negoziata. Il discorso che andiamo conducendo, come osserva giustamente il Punzi (C. PUNZI, voce *Conciliazione*, in *EdD* agg. IV, 2000, 328), può in realtà essere esteso a tutti in negozi privati *ad finiendas lites* (D. 4.8.1 Paul. I. 2 *ad ed.*): "Con l'utilizzazione di questi "equivalenti" del processo civile, i soggetti privati rivendicano nei confronti dello Stato la loro sfera di libertà e di autonomia. Arbitrato, arbitraggio, transazione, negozio di accertamento e conciliazione altro non sono che manifestazioni dell'autonomia dei privati e concorrono a realizzare quell'ordinamento dei privati che resta autonomo rispetto allo Stato e non perde questa sua autonomia per il fatto che il veicolo attraverso il quale esso penetra nell'ordinamento dello Stato possa essere configurato positivamente, in determinati ordinamenti o in certi periodi storici, nelle forme del cosiddetto "riconoscimento". E l'elemento tipico, che li accomuna, è che in tutti la fonte della risoluzione della controversia è da ritrovare nella volontà delle parti, giacché tutti realizzano la composizione pacifica del conflitto per volontà delle stesse parti litiganti". Per la "differentia" specifica che caratterizza la conciliazione rispetto agli altri negozi privati *ad finiendas lites* vedi sempre C. PUNZI, *l. c.*

che nell'ambito di questo rapporto possano sorgere momenti di confronto e di conflitto e che per la risoluzione del conflitto non sempre è utile il ricorso ad una pronuncia giudiziaria che stabilisca in modo netto chi è il vincitore e chi il vinto. Direi di più, dobbiamo forse renderci conto che anche le dinamiche di risoluzione di un conflitto possono rappresentare per i soggetti interessati un momento di crescita e di maturazione, un momento in cui essi acquistano consapevolezza della dimensione relazionale della persona.

4. Ciò appare ancor più evidente se pensiamo ad ipotesi, oggi sempre più frequenti, in cui il conflitto sorge tra persone destinate, comunque, a permanere in relazione tra loro anche dopo la soluzione della controversia. Si pensi al caso di liti di condominio, ma si pensi anche all'ipotesi di un artigiano il quale ritenga di far ricorso al rimedio giurisdizionale in relazione a controversie insorte con la maggioranza dei propri clienti sullo stesso problema giuridico: mi sembra abbastanza evidente che, anche nell'ipotesi in cui riuscisse a vincere tutte le cause, il nostro artigiano si troverebbe nella condizione di un generale che ha vinto tutte le battaglie ma ha perso la guerra.

Ma anche al di là delle ipotesi segnalate, in cui appare utile mantenere nel tempo relazioni corrette tra le persone coinvolte nella lite, può ben evidenziarsi che la complessità dei rapporti sociali rende sempre più numerosi i casi in cui una soluzione della controversia che sia il frutto meditato di un accordo tra le parti in conflitto, favorito dall'opera paziente del mediatore, presenta indubitabili vantaggi per la stessa parte che risulterebbe vincitrice nella contesa giudiziaria: si pensi all'interesse del consumatore ad avere in tempi brevi un prodotto che soddisfi le sue esigenze attuali piuttosto che una pronuncia di condanna dell'avversario a distanza di anni.

Ovviamente, come vedremo tra breve, tutto il nostro discorso trova un limite invalicabile nella categoria dei diritti indisponibile nonché nella circostanza che, sempre sulla base del principio di sussidiarietà, qualora il tentativo del singolo fallisca, sullo Stato grava l'obbligo di apprestare comunque un sistema giudiziario in grado di rispondere alle domande di giustizia provenienti dai cittadini.

5. Ma non è solo in relazione all'interesse delle parti che il ricorso alla conciliazione appare utile: esso appare assai spesso preferibile anche avendo riguardo alle sue ricadute sul tessuto della società. Viviamo, infatti, in un contesto sociale caratterizzato da un allarmante tasso di conflittualità in cui non possiamo non prendere atto della circostanza che il soccombente in una lite giudiziaria, a causa di una perdita generale di senso di responsabilità, ma anche per la complessità e l'incertezza che caratterizza il sistema, tende a non accettare il responso a lui sfavorevole ed è quindi portato a rappresentare se stesso come vittima di un'ingiustizia, contribuendo così in modo significativo ad alimentare quella sfiducia nei confronti delle istituzioni che costituisce oggi uno dei pericoli maggiori del nostro sistema democratico.

Si consideri, inoltre, la massa crescente di microconflittualità, che non giunge oggi alla cognizione del giudice a causa delle difficoltà di costi e di tempi del ricorso alla giurisdizione ordinaria, e che determina assai spesso un senso di profonda frustrazione in chi si sente vittima di una ingiustizia e non trova nel sistema strumenti adeguati di tutela. Al fine di comprendere meglio quali lacerazioni sociali e quali perdite economiche possa determinare questo fenomeno, mi sembra utile ricordare il caso, risalente all'anno passato, di alcuni turisti giapponesi ai quali sono stati presentati dei conti particolarmente esosi da alcuni ristoranti romani: è stato stimato che la cattiva pubblicità determinata dalle notizie sul caso apparse nella stampa giapponese abbia cagionato una diminuzione del flusso turistico da quel paese, di cui non ricordo con precisione la percentuale, ma che può essere definita imponente. Ebbene, il fenomeno si sarebbe potuto forse limitare se i turisti in esame avessero avuto la possibilità di rivolgersi ad un organo (un garante del turista) in grado esaminare prontamente il caso e di assicurare una procedura conciliativa rapida ed efficace.

6. Le considerazioni appena formulate sui giovamenti che le parti in conflitto e l'intera società potrebbero trarre da una più ampia diffusione del metodo conciliativo per la risoluzione delle controversie non devono però indurci a ritenere che il ricorso ai meccanismi giurisdizionali rappresenti uno strumento ormai datato ed in lento ma irreversibile declino. Abbiamo, anzi, posto in

evidenza che proprio una più ampia diffusione della conciliazione, e, prima ancora, della cultura della conciliazione, non potrà che determinare effetti assai positivi sul concreto funzionamento del processo, non soltanto in termini di tempi.

In questa sede mi pare, peraltro, opportuno sottolineare che vale anche l'opposto principio per cui è possibile sperare in un'ampia diffusione dello strumento conciliativo solo se e nella misura in cui i cittadini sappiano che permane a tutela dei loro diritti l'indefettibile presidio costituito dal ricorso a una Magistratura terza ed indipendente. In caso contrario, infatti, finirebbero per prevalere nei singoli comportamenti di tipo opportunistico e la stessa conciliazione si trasformerebbe in uno strumento di tutela degli interessi dei più spregiudicati e dei più forti.

Proprio questo ultimo rilievo induce a riflettere, in sede conclusiva, su quello che appare oggi un limite del metodo conciliativo strettamente connesso all'evoluzione della società postmoderna. Intendo riferirmi al prevalere di una concezione individualistica che tende a superare col ricorso alla libera scelta del titolare il problema della disponibilità e della tutela di tutte le situazioni giuridiche soggettive. Si tratta, a mio avviso, di una concezione assai pericolosa che tende al superamento di quella fondamentale barriera che a vantaggio dei soggetti più deboli era stata posta dalla dottrina giuridica tradizionale proprio col riconoscimento della categoria dei diritti non pienamente disponibili da parte del titolare. Ora, non vi è dubbio che il ricorso alla conciliazione o, comunque, a meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie possa rappresentare uno strumento attraverso il quale la parte più debole può venire a trovarsi nella condizione di dovere in pratica accettare (conciliazione) o addirittura di subire (arbitrato) una decisione che viene ad incidere profondamente su questi diritti. Significativa in questo senso mi sembra la recente vicenda, a tutti nota, che ha visto il Capo dello Stato muovere alcuni rilievi di costituzionalità proprio in relazione a norme legislative riguardanti i conflitti di lavoro. È vero, infatti, che il rilievo concerneva norme che prevedevano il ricorso all'arbitrato, istituto che presenta certo maggiore pericolosità della conciliazione in quanto consente una soluzione della controversia che prescinde dall'accettazione da parte dei contendenti del contenuto della decisione; nonostante ciò, mi sembra che questo

rilievo possa rappresentare un giusto monito anche in tema di conciliazione in quanto ci ricorda che al nostro istituto si potrà ricorrere solo là dove la natura delle situazioni giuridiche in gioco e le caratteristiche personali delle parti lo consentano¹¹.

7. Per concludere, ritengo che queste brevi riflessioni abbiano posto in evidenza l'utilità di un approccio culturale nei confronti tentativo di conciliazione che sia in grado di far emergere non solo le profonde differenze tra il nostro istituto ed il ricorso al giudice ma altresì le significative interazioni esistenti tra i due meccanismi di risoluzione delle controversie¹². Solo un armoni-

¹¹ Ovviamente quanto abbiamo osservato non significa che procedure di mediazione non possano e debbano essere previste anche in settori caratterizzati dalla non piena disponibilità delle situazioni giuridiche in conflitto, significa solo che in questi casi lo Stato non può affidare integralmente la soluzione del conflitto ai privati. Dal momento che il presente contributo, pur impostato in termini generali, riguarda in particolare la "mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto" (art. 2 D.lgs 4/3/2010 n. 28), non mi sembra opportuno estendere ulteriormente la nostra indagine.

¹² C. PUNZI, voce *Conciliazione*, cit, 329, pone in evidenza che "nel nostro ordinamento positivo la conciliazione si presenta con un altro carattere particolarmente significativo, che non solo la differenzia rispetto a tutti gli altri strumenti di definizione delle controversie, ma la pone in funzione "ancillare" nel rapporto con alcuni di essi". L'illustre studioso intende riferirsi alla circostanza che nel nostro ordinamento la conciliazione "viene utilizzata come "filtro", obbligatorio o facoltativo, per l'accesso alla giustizia ordinaria o all'arbitrato, come "fase preliminare" necessaria nel procedimento giurisdizionale o arbitrale, ovvero come "mezzo per concludere" tali procedimenti senza il *dictum* del giudice o dell'arbitro". Le osservazioni del Punzi possono essere condivise purché si abbia ben presente che, anche là dove la conciliazione svolge una funzione ancillare nei confronti del processo (o dell'arbitrato), il ricorso ad essa trova la sua ragione giustificativa nella realizzazione di altri valori ordinamentali di rilevanza costituzionale. È solo in questa ottica che può superarsi il rilievo di legittimità costituzionale ex art. 24 comma 1 Cost. per i tentativi di conciliazione "obbligatori". Sul punto vedi C. PUNZI, voce *Conciliazione*, cit., 339 s., il quale osserva che occorre "ripensare ... se il fine e l'utilità conseguita" dai tentativi obbligatori di conciliazione "siano proporzionati o prevalenti rispetto al sacrificio richiesto al titolare del diritto che attende, inutilmente, una tutela giudiziale differita". Sulla base di queste considerazioni lo stesso Punzi (*l. c.*) ritiene opportuno che il legislatore non segua la via della inammissibilità o improcedibilità della domanda, bensì

co e coordinato funzionamento di entrambi questi meccanismi potrà, infatti, consentire al nostro Paese di superare l'allarmante situazione di conflittualità e di lacerazione sociale che oggi lo caratterizza: perché ciò avvenga, è necessario che tutti gli operatori del diritto siano consapevoli del fatto che occorre far nascere e diffondere quella nuova sensibilità culturale che, come abbiamo sottolineato, sta alla base della stessa possibilità che la conciliazione acquisti in tempi brevi un ruolo decisivo per la soluzione dei nostri problemi.

In questa ottica sono certo che i notai, sia come singoli sia come ordine professionale, sapranno svolgere un ruolo decisivo nella battaglia di civiltà che ci attende.

quella della legislazione premiale. Se sulla legislazione premiale non può non esservi accordo col Punzi, per quanto riguarda il primo profilo occorre sottolineare che il D.lgs. 28/2010 ha, invece seguito proprio la strada della improcedibilità della domanda per un enorme numero di "controversie estremamente eterogenee e suscettibili di incontrollata espansione" (vedi DITTRICH, *Attualità legislativa*, cit., 583 s., il quale rileva che il nostro elenco, oltre che ampio, appare anche "poco meditato"; vedi altresì E. Fabiani (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., § 2.2). Per alcuni dubbi di costituzionalità delle disposizioni dell'art. 8.5 del nostro Decreto legislativo nelle ipotesi di mediazione obbligatoria vedi M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, § 3, pubblicato on line in www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR.

BRUNO TROISI

ATTI DI DISCRIMINAZIONE E MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. - 2. Aspetti problematici della disciplina. - 3. Segue. I mezzi di tutela. - 4. Segue. In particolare, la tutela risarcitoria. - 5. Atti di discriminazione e mediazione. - 6. Considerazioni conclusive.

Considerazioni introduttive. – Il divieto di discriminazione trova il suo fondamento nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quale regola posta a presidio di un diritto fondamentale della persona, sottratto al principio di reciprocità, che la nostra Corte costituzionale considera soggetto all'interpretazione della Corte di Giustizia di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti sono vincolati ad uniformarsi.

Quello del divieto di discriminazione è un tema recente e di grande attualità, che pone non pochi interrogativi.

Il principio in questione è una diretta articolazione dei principi di eguaglianza, di libertà e di tutela della dignità della persona. Il collegamento con i suddetti principi si spiega anche qui col fatto che il pregiudizio che deriva dalle discriminazioni riguarda sia la persona umana (in termini di lesione della dignità, della libertà e dell'eguaglianza) sia il pubblico interesse, in quanto le discriminazioni sono di ostacolo allo sviluppo di una società democratica e pluralista – qual è la nostra – che mira a tutelare la dignità della persona, di qualunque persona, e le pari opportunità di accesso ai beni e ai servizi, al mercato del lavoro e alla vita politica.

1. *Il quadro normativo.* – Fino alla fine degli anni novanta, c'è stata, in Italia, una percezione esclusivamente penalistica delle discriminazioni, in particolare di quelle basate sulla razza. Sennonché, sia la legge n. 654 del 1975, sia la legge n. 205 del 1993 si

sono rivelate del tutto inadeguate a contrastare il fenomeno in questione. La prima, mirata prevalentemente alla tutela dell'ordine pubblico, da un lato si limitava a sanzionare, sia pure in forma aggravata, atti di discriminazione che, alla stregua del diritto comune, avrebbero già integrato fattispecie criminose, sì che non possedeva un'apprezzabile funzione di deterrenza; dall'altro, sanzionava soltanto gli atti discriminatori più eclatanti, caratterizzati dalla violenza, soprattutto se organizzata, con la conseguenza di escludere dal suo ambito di applicazione gli atti di discriminazione più diffusi nel tessuto sociale. La seconda, ancorché più sensibile alla tutela della dignità della persona, ha trovato, tuttavia, scarsissima applicazione; e questo, perché, di fronte a fatti non particolarmente gravi, i giudici hanno ritenuto opportuno non infierire, con una pena detentiva, sui loro autori, assai spesso molto giovani, vittime essi stessi di una condizione di forte marginalizzazione sociale.

Lo scarso impatto che la normativa penalistica ha avuto sulla materia regolata rafforza la comune convinzione che il diritto penale non può porsi quale strumento prioritario della lotta contro le discriminazioni, ma deve intervenire, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto in presenza di determinate tipologie di offesa, sempre che si rivelino insufficienti le misure extrapenali.

Tutto questo ha certamente influito sull'irruzione della dimensione civilistica sulla scena della lotta contro le discriminazioni, irruzione segnata dalla legge n. 40 del 1998, prima, (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e dal D.lgs. n. 286 dello stesso anno, poi (c.d. testo unico sull'immigrazione).

In tal modo, il legislatore – colmando una lacuna dell'ordinamento, fino ad allora sprovvisto di un'efficace forma di tutela generale contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose poste in essere in ogni settore della vita sociale – delinea un apparato di tutela che si articola sostanzialmente in due norme: l'art. 43 (T.U. sull'immigrazione), nel quale è definito il concetto di discriminazione; e l'art. 44 (dello stesso T.U.), di carattere processuale, che introduce un apposito rimedio, estremamente agile e incisivo, contro le discriminazioni. Si tratta di norme che costituiscono, com'è evidente, attuazione dei principi costituzionali di tutela della dignità della persona umana, di eguaglianza e di effettività della tutela. Di queste disposizioni diremo più avanti.

È, poi, intervenuto il decreto legislativo n. 215 del 2003, emanato in attuazione della direttiva comunitaria n. 43 del 2000 “per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica”; e il decreto legislativo n. 216 sempre del 2003, emanato in attuazione della direttiva n. 78 del 2000, “per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”. Circostanza molto importante è che entrambi i decreti fanno salvo il disposto dei citati artt. 43 e 44 del T.U. del 1998.

A completare il quadro normativo in materia di divieto di discriminazione, sono intervenuti il decreto legislativo n. 198 del 2006 (c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, segnatamente gli artt. 25, 26 e 27), e il decreto legislativo n. 179 del 2007 che, perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini nella Camera di conciliazione e arbitrato, pone una misura legislativa di discriminazione positiva: *se la donna è meritevole al pari dell’uomo*, la scelta dell’arbitro donna è non solo lecita, ma dovuta. Ma se la donna è *meno meritevole* dell’uomo, la scelta della donna violerebbe il divieto di discriminazione, perché determinata in via esclusiva dal sesso e perché l’obiettivo di perseguire la presenza paritaria cede di fronte alla considerazione delle qualità personali incidenti sulla prestazione.

Infine, a conferma della grande importanza che, in ambito comunitario, viene oggi attribuita al divieto di discriminazione, si deve tener conto dell’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza), rubricato “Non discriminazione”, e dell’art. 81 della Costituzione Europea del 29 ottobre 2004, che riproduce pressoché fedelmente la disposizione della Carta di Nizza.

2. *Aspetti problematici della disciplina.* – In questa sede, dovremo limitarci a evidenziare alcuni soltanto degli aspetti più significativi e problematici della disciplina in questione.

Problemi interpretativi sorgono, innanzitutto, riguardo al concetto stesso di discriminazione, che costituisce il presupposto per l’applicabilità dei rimedi previsti dal legislatore.

L’art. 43 del T.U. del 1998, come si è detto, espressamente richiamato dai DD.lgs. 215 e 216/2003, introduce, al primo comma, una clausola generale di non discriminazione, secondo la

quale è vietato “ogni comportamento che, *direttamente o indirettamente*, comporta una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia *lo scopo o l’effetto* di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

L’art. 2 del D.lgs. 215/2003 precisa, poi, cosa debba intendersi per discriminazione diretta e per discriminazione indiretta.

Si ha *discriminazione diretta* quando “una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in situazione analoga”.

Il giudizio in termini di discriminatorietà è, dunque, un giudizio “relazionale”: esso non può essere formulato in assoluto, in quanto inevitabilmente la discriminazione, denunciata con riferimento a determinate categorie di soggetti, dev’essere apprezzata in rapporto al trattamento riservato ad altre categorie di soggetti (o alla generalità dei soggetti): in altre parole, il controllo esercitato al riguardo dal giudice non opera secondo il tradizionale schema binario, proprio del giudizio di meritevolezza di tutela o di liceità (“comportamento oggetto” e “norma parametro”), ma implica uno *schema ternario*, nel senso che, accanto all’atto o al comportamento da valutare e al principio di non discriminazione, occorre prendere in considerazione il trattamento di raffronto, trattamento che, usato come *tertium comparationis*, consente di cogliere la violazione del suddetto principio.

Si ha invece *discriminazione indiretta* “quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”. La causalità indiretta si riferisce, essenzialmente, alle ipotesi in cui il comportamento che determina la discriminazione consiste nell’applicazione indifferenziata dello stesso criterio selettivo all’accesso all’utilità da lui offerta, criterio che *di fatto* preclude l’accesso a quella utilità a un certo gruppo a rischio di discriminazione, rispetto al resto della collettività. Nelle ipotesi di discriminazione indiretta, dunque, il preventivo accertamento del fatto discriminatorio im-

plica un giudizio in termini di *ragionevolezza* sul trattamento uguale. Da ciò, per un verso, si evince la non riducibilità del *principio di non discriminazione* al principio di *parità di trattamento*, espressione – anch'esso – del più generale principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., ma riguardante il versante della giustizia retributiva; per altro verso, emerge l'idoneità del concetto di discriminazione indiretta, quale trattamento indifferenziato che non abbia tenuto conto di specifiche istanze culturali, religiose, ecc., a garantire il rispetto delle "diversità", fondamento del diritto all'identità e alla differenza, in una società nella quale sempre più s'intrecciano etnie, culture, religioni, valori che chiedono di essere riconosciuti e rispettati nella loro specificità.

A differenza della discriminazione diretta, che si concreta soltanto in presenza di un pregiudizio effettivo (c.d. fattispecie di danno), quella indiretta può essere integrata anche dal pericolo del verificarsi di un "particolare svantaggio" per la persona discriminata (c.d. fattispecie di pericolo concreto).

Il legislatore, avvalendosi, poi, del suo potere conformativo, qualifica "discriminazione" anche *la molestia*, ossia "il comportamento indesiderato, posto in essere per motivi di razza o di origine etnica, avente – anche qui – *lo scopo o l'effetto* di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo".

Si tratta di una nozione estremamente ampia, idonea a reprimere sia quei comportamenti che vengano percepiti come tali dalla parte lesa (criterio soggettivo) sia quei comportamenti che possano creare un "clima" di disagio o comunque tale da ledere la dignità della persona (criterio ambientale).

La previsione della molestia come comportamento discriminatorio appare quanto mai opportuna, anche perché introduce nel nostro ordinamento una figura particolarmente subdola e odiosa di *mobbing*, e dunque tanto più bisognosa di adeguati mezzi di contrasto e di tutela delle vittime.

Valutazione legale tipica in termini di discriminazione riceve anche *l'ordine di discriminare*, che va inteso – giusta la raccomandazione del Parlamento Europeo – con riferimento non soltanto agli ordini espressi e formali, ma a qualunque tipo di istigazione finalizzata a discriminare, sì da comprendere, ad esempio,

sia le pressioni dei datori di lavoro sulle agenzie di collocamento per non vedersi assegnare lavoratori di una particolare origine etnica, sia gli inviti dei proprietari di immobili destinati ad uso abitativo, rivolti alle agenzie, di non contrattare con persone di una determinata etnia.

Molto importante, anche per quello che si dirà a proposito dei mezzi di tutela, è la circostanza che nella nozione di discriminazione – sia di quella diretta, sia di quella indiretta, sia di quella consistente nelle molestie – vengono equiparati “scopo” ed “effetto” del comportamento discriminatorio: l’uso del sintagma “*scopo o effetto*”, dove la “o” è impiegata con valore disgiuntivo, comporta, *la sufficienza del solo scopo o del solo effetto* ai fini del perfezionamento della fattispecie legale di discriminazione: *la sufficienza dell’effetto*, come meglio si dirà, è stata prevista per svincolare l’operatività dei rimedi di cui all’art. 44 del T.U. del 1998 dalla rilevanza degli stati soggettivi dell’agente; *la sufficienza dello scopo*, invece, consente al giudice adito di inibire ogni comportamento discriminatorio a prescindere dall’esistenza di una lesione attuale di un diritto umano o di una libertà fondamentale, non essendo necessario che il comportamento discriminatorio abbia già raggiunto il risultato avuto di mira, in base a una valutazione sociale tipica.

L’art. 3 del D.lgs. 215/2003 delinea, poi, l’ambito di applicazione della tutela, con riguardo, da un lato, ai soggetti destinatari e, dall’altro, alle aree interessate.

Nel primo comma, si stabilisce che “il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica *a tutte le persone* sia nel settore pubblico che privato”. A tal proposito, viene da chiedersi se tale principio, con i relativi strumenti di tutela, operi soltanto a livello individuale o anche a livello collettivo. Su questo punto, io non credo sia ammissibile un trattamento irragionevolmente deteriore e discriminatorio nei confronti di persone giuridiche o di enti non personificati (si pensi all’esclusione di un’organizzazione di tendenza – di un’organizzazione cioè che ispiri la sua azione a una determinata religione o a determinate convinzioni – dallo svolgimento di un’attività o dall’accesso a beni e servizi. Paradossalmente, proprio alle organizzazioni di tendenza, come si dirà, il legislatore ha riservato un trattamento differenziato, e proprio in riferimento al fe-

nomeno delle discriminazioni). D'altra parte, il principio di eguaglianza è stato esteso anche alle persone giuridiche, non tanto e non soltanto in ragione del fatto che esse sono proiezioni di libertà e di attività individuali, ma, più in generale, in considerazione del carattere "obiettivo" che è venuto ad assumere il principio nella sua portata applicativa e giurisprudenziale. Occorre, poi, tener conto che la non discriminazione a favore dei gruppi ha trovato frequenti applicazioni anche nella giurisprudenza comunitaria, soprattutto in vista della libera esplicazione della loro attività, considerata oggetto di un autonomo interesse.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, la lettera della norma in questione (ma anche la lettera degli artt. 2 e 3) sembra delimitare tale ambito, sia in sede di qualificazione del fatto discriminatorio sia in sede di determinazione dello scopo o dell'effetto di esso, alle *discriminazioni fondate sulla razza e sulle origini etniche*. Il D.lgs. n. 215 del 2003, infatti, a differenza del D.lgs. n. 216 in materia di discriminazioni sul lavoro, tace sulle discriminazioni fondate sulle convinzioni e pratiche religiose, sulle convinzioni personali, sugli orientamenti sessuali, sulla disabilità e sull'età. Si pone, dunque, il problema della rilevanza, ai fini dell'applicabilità degli specifici mezzi di tutela, delle discriminazioni fondate su queste ragioni, in materie diverse dal rapporto di lavoro subordinato, ad esempio in materia di assistenza sanitaria, di prestazioni sociali, di istruzione, di accesso a beni e servizi (che sono tra i settori presi in considerazione dal D.lgs. 215/2003). A mio parere, dev'essere data un'interpretazione estensiva della clausola di non discriminazione, ricomprendendo in essa anche i motivi non espressamente indicati. E ciò, anche in considerazione dell'ampiezza del concetto di discriminazione razziale, usato dal legislatore del 2003, il quale, all'art. 1, D.lgs. n. 215, sottolinea l'esistenza di "forme di razzismo a carattere culturale e religioso".

Ma, poi, che cosa deve intendersi con il termine "razza"? L'unico riferimento al riguardo si legge in un'importante precisazione introdotta, in sede di approvazione della direttiva 2000/43, nel considerando n. 6, dove si afferma che l'Unione Europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte e che l'uso del termine razza non implica l'accettazione di siffatte teorie. Si tratta, dunque, di una concessione

meramente verbale, per designare convenzionalmente la motivazione del comportamento discriminatorio di chi non soltanto crede in quelle teorie, ma le strumentalizza a fini ideologici.

D'altra parte, l'art. 43 del T.U. sull'immigrazione, espressamente richiamato dal D.lgs. 215/2003 (art.2), tra le qualità personali a rischio di discriminazione, prevede, oltre alla razza e all'origine etnica, il colore, l'ascendenza, l'origine nazionale, le convinzioni e le pratiche religiose.

Invero, il legislatore, attraverso la clausola generale di non discriminazione, ha individuato una serie di fattori in presenza dei quali non sono ammissibili arbitrari trattamenti differenziati o irragionevoli parificazioni. La *ratio* delle norme appena citate è data da una regola di indifferenza di determinate qualità soggettive ai fini dell'accesso a una certa utilità. Il minimo comun denominatore delle suddette qualità è dato dall'esistenza, in base a una valutazione sociale tipica, di un possibile rischio di discriminazione nei loro confronti. Il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della nostra Costituzione richiede al legislatore di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse. Rispetto all'interprete, la ragionevolezza del trattamento eguale o diseguale opera come criterio di valutazione ai sensi dell'art. 12, comma 2 delle Disposizioni sulla legge in generale, ai fini dell'individuazione di una lacuna nel diritto scritto. Ora, poiché le convinzioni e le pratiche religiose nonché l'orientamento sessuale – alla luce non soltanto di una valutazione sociale tipica, ma anche di una valutazione legale tipica (si pensi all'art. 21 della Carta di Nizza, nonché all'art. 81 della Costituzione Europea) – vanno considerate qualità personali a rischio di discriminazione, non si può ad esse negare la tutela rafforzata offerta dalle norme in esame.

3. *Segue. I mezzi di tutela.* – L'art. 4 del D.lgs. 215/2003 disciplina, appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti. Al fine di creare strumenti omogenei di tutela, si prevede l'applicazione della procedura di cui all'art. 44, commi da 1 a 6, 8 e 11 del T.U. sull'immigrazione, più volte citato. Tale articolo disciplina una particolare azione civile contro le discriminazioni, dotata di snellezza e incisività, che ricalca il rito cautelare uniforme regolato dagli artt. 669 bis e seguenti c.p.c.

Il procedimento si articola in due fasi: una prima fase sommaria, che si conclude con un'ordinanza anticipatoria, di accoglimento o di rigetto della domanda, e una seconda fase, a cognizione piena, che si conclude con una sentenza. Nella prima fase, in caso di urgenza, il giudice può anche provvedere, *inaudita altera parte*, con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni; con successivo contraddittorio e conseguente ordinanza, anche di segno diverso, reclamabile.

Altra importante caratteristica di tale meccanismo procedurale è costituita dal regime della prova per *presunzioni semplici*, con l'ausilio aggiuntivo dei dati statistici : a fronte di elementi di fatto, adottati dall'attore, idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di comportamenti discriminatori, il convenuto viene onerato della prova liberatoria circa l'insussistenza della discriminazione.

C'è da osservare, al riguardo, che il richiamo all'art. 44 del T.U., così come formulato ("La tutela giurisdizionale ... si svolge *nelle forme previste dall'art. 44* ...), sembra limitato al profilo *formale-procedurale* e, pertanto, non dovrebbe estendersi al *contenuto* del sistema protettivo: in altre parole, i rimedi sarebbero quelli previsti dall'art. 4 D.lgs. 215/2003 (che, del resto, non contiene norme procedurali), ma essi dovrebbero essere attivati secondo la procedura descritta dall'art. 44 del T.U. citato.

Da questa scelta normativa derivano conseguenze di rilievo. Confrontando il 1° comma dell'art. 44 T.U. sull'immigrazione ("il giudice può ... ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e *adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione*") con il 4° comma dell'art. 4 D.lgs. 215/2003 (il giudice "*ordina* la cessazione del comportamento ... nonché *la rimozione degli effetti...*"), ci si rende conto del diverso contenuto che può avere il provvedimento del giudice, in caso di accoglimento del ricorso: per il legislatore del '98, il giudice poteva riversare nel provvedimento con il quale accoglieva il ricorso qualunque contenuto, che fosse idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione; tale provvedimento, dal contenuto atipico, poteva essere di per sé immediatamente soddisfacente dell'interesse del ricorrente, e, dunque, poteva avere anche efficacia costitutiva ai sensi dell'art. 2908 c.c., secondo cui "Nei casi previsti dalla legge (tra i quali ben poteva

essere annoverato l'art. 44 del T.U.), l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

Assai discutibile è, invece, il collegamento, instaurato dai primi commentatori, tra siffatto provvedimento e l'art. 2932 c.c. Occorre, infatti, considerare che l'art. 2932 c.c. è norma di carattere generale, a cui far ricorso quando sussista un obbligo di concludere un contratto, laddove l'art. 44 T.U. individuava gli specifici rimedi contro i comportamenti discriminatori, che prescindevano dall'esistenza di un obbligo a contrarre.

L'art. 4 D.lgs. 215/2003, invece, non attribuisce al giudice il potere di adottare un provvedimento atipico, idoneo alla rimozione degli effetti della discriminazione: egli dovrà, invece, limitarsi a *ordinare* che detti effetti vengano rimossi (ad esempio, potrebbe ordinare la conclusione del contratto, illegittimamente rifiutata). Il rispetto dell'ordine del giudice è, peraltro, garantito dalla sanzione penale di cui all'art. 388, comma 1, c.p.

Ovviamente, tali rimedi specifici non escludono il ricorso agli ordinari strumenti di tutela contro l'inadempimento e contro il fatto illecito, qualora naturalmente ne sussistano i presupposti.

Anche il rimedio della "rimozione degli effetti della discriminazione" pone una serie di problemi interpretativi, legati alla dialettica tra principio di non discriminazione e autonomia privata.

Se è vero che, nel nostro sistema normativo, un privato non può essere costretto, in via giudiziale, ad esempio, a concedere in locazione l'immobile a Tizio anziché a Caio (quando, naturalmente, non abbia assunto un obbligo in tal senso), non è, però, condivisibile l'idea, avanzata dai primi commentatori, che, in caso di conflitto tra libertà contrattuale e principio di non discriminazione, la rilevanza dei comportamenti discriminatori vada ricercata, esclusivamente, in quelle condotte considerate fattispecie illecite in altre fonti: in altre parole, le discriminazioni consisterebbero in comportamenti che l'ordinamento considera già illeciti, e che a causa della loro motivazione razziale vengono altresì più incisivamente sanzionati dal sistema (si pensi al caso del pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenenza a una determinata razza o religione).

L'equivoco è sorto a causa di una frettolosa interpretazione dell'avverbio "illegittimamente", usato dal legislatore del 1998 per qualificare come discriminatori quei comportamenti tesi a imporre condizioni più svantaggiose o a rifiutare l'accesso a beni e servizi in danno dello straniero regolarmente soggiornante in Italia. Ora, a parte il fatto che gli stessi commentatori sono costretti ad ammettere l'esistenza di discriminazioni poste in essere attraverso comportamenti che sarebbero considerati leciti se fossero privi di connotazioni razziali (ad esempio, il caso di un licenziamento legittimo ma inflitto a un lavoratore extracomunitario – a preferenza di un lavoratore italiano – soltanto in ragione della sua diversità), occorre soprattutto sottolineare che il legislatore del 2003, nel D.lgs. n. 215, all'art.3, comma 4, ci fornisce, per così dire, l'interpretazione autentica di quell'avverbio, disponendo che "Non costituiscono atti di discriminazione...quelle differenze di trattamento che ... siano *giustificate oggettivamente da finalità legittime* perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari". Da ciò si evince che "illegittime" sono quelle differenze di trattamento, non già considerate illecite da altre norme, ma che non sono giustificate oggettivamente da finalità legittime (ad esempio, non sarà configurabile alcuna discriminazione nel caso di un provino cinematografico in cui la parte da assegnare agli aspiranti attori sia quella di un ufficiale delle SS, biondo e con gli occhi azzurri. È ovvio che, fra tutti gli aspiranti attori, saranno preferiti quelli in possesso dei tratti somatici richiesti dal copione).

Peraltro, riguardo all'individuazione delle "finalità legittime", forti perplessità suscita la disposizione dell'art. 3, comma 5, D.lgs. 216/2003, che attribuisce il potere di operare un trattamento differente nei confronti di un lavoratore, in ragione della sua religione o delle sue convinzioni personali, in favore di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica sia fondata proprio sulla religione o sulle convinzioni personali (la memoria corre al caso Cordero di qualche tempo fa). La disposizione sembra restringere indebitamente la portata del principio di non discriminazione, ponendosi in aperto contrasto con gli stessi obiettivi della normativa nel suo complesso.

Insomma, la clausola generale di non discriminazione ha un autonomo contenuto precettivo. Il conflitto tra libertà contrattuale – che, comunque, non può mai svolgersi "in modo da recare dan-

no alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” – e principio di non discriminazione può, in concreto, anche risolversi nell’impossibilità tecnica di applicare il rimedio della “rimozione degli effetti” quando essa leda una posizione di libertà altrimenti riconosciuta dall’ordinamento; ma questo non implica che, qualora sia configurabile la fattispecie legale di discriminazione, non possa da ciò derivare alcuna autonoma conseguenza giuridica. Così, avuto riguardo al “diritto” di non negoziare in assenza di obblighi a contrarre, la sussistenza di un “scopo” discriminatorio, in base al quale Tizio non concede in locazione l’immobile a Caio perché cittadino extracomunitario, assume, comunque, una autonoma rilevanza in forza degli artt. 2 e 3 D.lgs. 215/2003, anche rispetto all’obbligo di buona fede nelle trattative, soprattutto in vista degli specifici mezzi di tutela: nel caso prospettato, infatti, una volta accertata, secondo le peculiari modalità processuali, l’esistenza di una discriminazione, deve riconoscersi la risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 4, comma 4 dello stesso D.lgs.

Non è detto, invece, che il solo fatto del rifiuto della contrattazione assuma, in concreto, rilevanza ai sensi dell’art. 1337 c.c.: l’applicabilità di questa norma, che a sua volta ha un valore pre-cettivo autonomo rispetto al principio di non discriminazione, è infatti condizionata alla circostanza che Tizio abbia ingenerato in Caio un ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto di locazione. Potrebbe accadere, anzi, il contrario, che cioè Tizio, in un avviso pubblico, abbia manifestato la sua intenzione di non voler locare a cittadini extracomunitari.

Si pensi anche al caso di Tizio che, dovendo scegliere tra Caio e Sempronio per la stipulazione di un contratto di lavoro e intendendo verificare le capacità dei candidati, fissi la data del colloquio di sabato. Se Caio è di religione ebraica, la sussistenza di una discriminazione indiretta, ai fini dell’applicabilità del rimedio della rimozione degli effetti (che consisterà nella fissazione di altra data per il colloquio) prescinde da ogni indagine sulle intenzioni di Tizio, che poteva anche non conoscere la specifica esigenza religiosa di Caio.

Contrariamente a quanto hanno affermato i primi commentatori, il principio di non discriminazione trova applicazione in qualunque settore del diritto civile. In particolare, non può escludersi una sua rilevanza, in termini di validità e/o in termini di responsa-

bilità, ad esempio, *nel campo delle successioni* (basti pensare alla norma sul motivo illecito di cui all'art. 626, che sicuramente consente di travolgere una disposizione testamentaria – sia tipica sia atipica (si pensi a una diseredazione) – espressamente motivata su base razziale); o *nel campo dei negozi gratuiti* (si pensi al trasporto gratuito, organizzato dal datore di lavoro, dal quale vengano esclusi soltanto i lavoratori appartenenti a una determinata etnia); o, addirittura, nel campo dei *poteri discrezionali o poteri formativi* (si pensi all'ipotesi, assai frequente nella pratica, in cui il datore di lavoro debba scegliere a quale lavoratore attribuire un avanzamento di carriera, ovvero quale lavoratore licenziare “legittimamente” o collocare, sempre legittimamente, in cassa integrazione: è evidente che una scelta operata soltanto in ragione, ad esempio, dell'appartenenza a una determinata etnia o religione sarebbe da considerare discriminatoria e, pertanto, sanzionabile).

4. *Segue. In particolare, la tutela risarcitoria.* – Riguardo, infine, ai criteri d'imputazione del fatto dannoso, è necessario tener conto dell'*equivalenza tra scopo ed effetto* che il legislatore stabilisce nella descrizione della fattispecie di discriminazione. L'oggettivazione dell'illiceità dell'atto discriminatorio consente di affermare la responsabilità per mera “causalità” del soggetto agente, sì che questi possa essere condannato, pur in mancanza di colpa, non soltanto a “rimuovere gli effetti della discriminazione” ma anche a risarcire il danno, compreso quello non patrimoniale, che – si badi – va inteso come *danno morale soggettivo*, in considerazione del richiamo ai “casi previsti dalla legge” operato dall'art. 2059 c.c.

Non può dubitarsi, infatti, che ci troviamo di fronte a una previsione normativa speciale di responsabilità civile, caratterizzata dalla presenza di criteri oggettivi d'imputazione, tanto più che la prova liberatoria che il convenuto ha l'onere di fornire non ha per oggetto l'assenza di dolo o di colpa, ma la non inerenza del trattamento differenziato alla razza all'etnia ecc., ovvero la presenza di “finalità legittime” che giustificano oggettivamente quelle differenze di trattamento.

I primi commentatori hanno, invece, unanimemente affermato la necessità dell'elemento soggettivo della colpevolezza per l'esperibilità dell'azione di responsabilità per danni, pur ammet-

tendo, in caso di assenza di colpa, la riparazione in forma specifica. L'argomento su cui hanno fondato tale conclusione è dato dalla lettera dell'art.44 comma 7 T.U. 1998, secondo cui "Con la decisione che definisce il giudizio il giudice *può* altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale". Il fatto che il giudice semplicemente "possa" e non invece "debba" condannare il convenuto al risarcimento del danno starebbe proprio a dimostrare la necessità della verifica, da parte sua, della presenza di tutti gli elementi della fattispecie generale di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.

Ora, a prescindere dal fatto che non si vede come, ai fini della configurazione della fattispecie di responsabilità, si possa distinguere a seconda del rimedio richiesto (se, cioè, risarcimento per equivalente, ovvero in forma specifica), occorre sottolineare come nel D.lgs. 215/2003 il legislatore, quasi a fornire, anche qui, un'interpretazione autentica, disponga che "Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, *se richiesto*, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento...", lasciando chiaramente intendere che quel "può", che la norma precedente riferiva al giudice, era puramente e semplicemente legato alla necessità della richiesta dell'attore e non alla ricorrenza del requisito della colpevolezza del convenuto.

5. *Atti di discriminazione e mediazione.* – Sul piano dei meccanismi di risposta agli atti di discriminazione, accanto agli strumenti tradizionali, sicuramente utile può essere considerato quel modello che solo da pochi anni ha iniziato a diffondersi nella nostra cultura, incentrato sulle tecniche di mediazione quale gestione alternativa dei conflitti.

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (pubblicato nella G.U. n. 53 del 5 marzo 2010) sulla mediazione in materia civile e commerciale regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie vertenti su diritti disponibili ad opera delle parti. Viene in tal modo esercitata la delega conferita al Governo dall'art. 60 della legge n. 69 del 2009 e viene anche attuata la direttiva dell'Unione europea n. 52 del 2008.

Si prevedono, dal punto di vista del contenuto, due tipologie di mediazione finalizzata alla conciliazione: la prima volta alla

ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia; la seconda, volta, invece, alla formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia.

I mediatori, vale a dire coloro che, individualmente o collegialmente, svolgono tale attività, non possono adottare decisioni vincolanti per i destinatari del procedimento di mediazione. Quest'ultimo potrà svolgersi, su istanza dell'interessato, presso appositi organismi all'uopo abilitati, iscritti in un registro istituito con decreto del Ministro della giustizia.

Dal punto di vista del metodo e dei rapporti con il processo, il decreto legislativo distingue tre tipi di mediazione: la mediazione obbligatoria, quella volontaria e quella demandata dal giudice.

La mediazione, rispetto ad alcune materie elencate nell'articolo 5 del D.lgs. n. 28 del 2010, si pone come condizione di procedibilità per l'avvio del processo (tuttavia occorre sottolineare che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza). Si tratta dei casi in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione della singola controversia. Ovvero dei casi di rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale. La mediazione obbligatoria, che entrerà in vigore decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, ovvero il 20 marzo 2011, riguarda, ad esempio, le liti in materia di condominio, successioni ereditarie, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica, contratti assicurativi, bancari e finanziari. In questi casi, la parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare la mediazione e deve essere all'uopo informata dal proprio avvocato con un documento sottoscritto dall'assistito. Il giudice, qualora rilevi la mancata allegazione del documento all'atto introduttivo del giudizio, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

In ogni altra materia la mediazione potrà essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima che durante il processo.

La mediazione sollecitata dal giudice è prevista anche dalla direttiva comunitaria 2008/52/Ce, e si affianca – senza sostituirla – alla mediazione giudiziale.

Quando il processo è stato avviato, anche in sede di giudizio d'appello, il giudice potrà valutare se formulare l'invito alle parti a ricorrere agli organismi di mediazione, in base allo stato del processo, alla natura della causa e al comportamento delle parti, così da non favorire dilazioni. L'invito del giudice deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito del giudice, il processo verrà rinviato per il tempo strettamente necessario.

Il procedimento di mediazione non è soggetto ad alcuna formalità ed è protetto da norme che assicurano alle parti del procedimento l'assoluta riservatezza rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni emerse.

Tali informazioni non saranno utilizzabili in sede processuale, salvo esplicito consenso delle parti, e il mediatore sarà tenuto al segreto professionale su di esse.

Quando il mediatore svolge sessioni separate con le singole parti, non potrà rivelare alcuna informazione, acquisita durante tali sessioni, all'altra parte.

La finalità della previsione, propria di tutte le esperienze comparate a livello internazionale, è finalizzata a consentire alle parti di svelare ogni dato utile al compromesso, senza timore che poi possa essere oggetto di un uso contro la parte medesima. I soggetti coinvolti si sentiranno così liberi di manifestare i loro reali interessi davanti a un soggetto dotato di professionalità per comporli.

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi, trascorsi i quali il processo può iniziare o proseguire.

Presentata la domanda presso l'organismo di mediazione, è designato un mediatore, e fissato il primo incontro tra le parti (non oltre quindici giorni dal deposito della domanda).

La domanda e la data dell'incontro sono comunicate all'altra parte, anche a cura dell'istante.

Il mediatore cerca un accordo amichevole di definizione della controversia.

Se la conciliazione riesce, il mediatore redige processo verbale, sottoscritto dalle parti e dallo stesso mediatore.

Se l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. Nel verbale, contenente l'indicazione

della proposta, si dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

In qualunque momento del procedimento, su concorde richiesta delle parti, il mediatore formula una proposta di conciliazione.

Dal punto di vista dell'efficacia esecutiva, qualora l'accordo venga raggiunto, dovrà essere omologato dal tribunale, che ne verificherà regolarità formale e rispetto dei principi di ordine pubblico. Il conseguente verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro adempimento.

All'esito del processo civile, se il provvedimento del giudice corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa, e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente riferite al medesimo periodo, nonché al pagamento del contributo unificato.

Il testo regola la figura istituzionale degli organismi di mediazione, ovvero degli enti pubblici o privati presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione, generalizzando il sistema previsto dalla conciliazione societaria, con un Registro tenuto e vigilato dal Ministero della giustizia.

Per l'iscrizione dell'organismo sarà necessario depositare il regolamento, in cui prevedere, in ipotesi di modalità telematiche di mediazione, le garanzie di riservatezza che si assicurano alle parti e al procedimento.

Nei casi di parti cui spetta, nel processo, il gratuito patrocinio, l'organismo fornirà la prestazione gratuitamente.

Quanto agli enti coinvolti, i consigli degli ordini forensi possono costituire organismi, da iscrivere a semplice domanda, che

facciano uso del proprio personale e dei locali messi a disposizione dal presidente del tribunale. L'iscrizione a semplice domanda è subordinata comunque alla verifica, da parte del Ministero della giustizia, di alcuni requisiti minimi, che consentono all'organismo il materiale svolgimento dell'attività.

Si prevede poi la facoltà di istituire, previa autorizzazione, organismi di mediazione anche presso i consigli degli altri ordini professionali: ciò risponde all'esigenza di sviluppare organismi in grado di dare rapida soluzione alle controversie in determinate materie tecniche (ad es. in materia ingegneristica, informatica, contabile o simili).

Anche tali organismi, così come quelli istituiti presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, saranno iscritti a semplice domanda. La natura pubblicistica degli enti che istituiscono gli organismi offre, infatti, una garanzia di serietà ed efficienza. Anche in questo caso l'iscrizione a semplice domanda non priva l'amministrazione che detiene il registro del potere di verificare l'esistenza dei requisiti minimi, né dei poteri di vigilanza successivi.

Presso il Ministero della giustizia, è prevista l'istituzione, con decreto ministeriale, dell'elenco dei formatori per la mediazione.

Sono infine previste agevolazioni fiscali. Tutti gli atti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

In caso di successo della mediazione, le parti avranno diritto a un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità complessivamente dovute all'organismo di mediazione. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

6. Considerazioni conclusive. – Conclusivamente, si può affermare che quella apprestata contro le discriminazioni, pur con qualche ombra e qualche ambiguità (si pensi, in particolare, all'inopinata eccezione al divieto di discriminazione in favore delle organizzazioni di tendenza), appare una tutela estremamente incisiva, perché urgente e immediata, ripristinatoria e risarcitoria, assistita per di più dalla deterrenza della norma penale. Per verificare il grado di effettività, occorrerà attendere che maturino sicuri indirizzi giurisprudenziali.

I pochi interventi che finora ci sono stati¹ testimoniano le prevedibili difficoltà di emersione di comportamenti e prassi senz'altro molto più diffusi nella realtà sociale. Tali interventi hanno, peraltro, confermato le notevoli potenzialità applicative della normativa in esame, soprattutto per quanto riguarda i profili processuali; profili particolarmente rilevanti, giacché è proprio dall'incisività dei meccanismi giudiziari che dipende in grande misura l'effettività di ogni tutela.

¹ Tra le decisioni più significative ed emblematiche, che, tra l'altro, testimoniano la gravità del "problema casa" presso gli immigrati, meritano di essere ricordate quella del Tribunale di Milano (ord. 30 marzo 2000) che ha riconosciuto il carattere discriminatorio del comportamento di una società immobiliare che aveva manifestato l'indisponibilità a stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore (per un caso analogo, v. Trib. Bologna, decr. 22 febbraio 2001); e quella, sempre del Tribunale di Milano 20 marzo 2002, che ha dichiarato il carattere discriminatorio del sistema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, di cui al regolamento della commissione comunale assegnazione alloggi del Comune di Milano nella parte in cui dispone l'attribuzione di 5 punti al richiedente avente cittadinanza italiana, e sulla base di tale accertamento ha ordinato al Comune stesso "la cessazione del suddetto comportamento discriminatorio e la rimozione degli effetti", condannandolo al risarcimento dei danni patrimoniali e no subiti dai ricorrenti. Estremamente interessante è, ancora, Cass. n. 46783/2005: l'atto di discriminazione in questione era rappresentato dal rifiuto da parte degli esercenti di un bar di servire un caffè a due cittadini extracomunitari nordafricani, nell'intento di evitare che si intrattenessero nel locale. Cfr., infine, Trib. Brescia, 12.03.2009, che ha ordinato al Comune di Brescia di cessare la condotta discriminatoria nei confronti di stranieri.

MASSIMO DEIANA - VALENTINA CORONA

PRESUPPOSIZIONE E SOPRAVVENIENZE NEL CONTRATTO
DI VIAGGIO TURISTICO: SPUNTI PER UN APPROCCIO
STRAGIUDIZIALE ALLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

SOMMARIO: 1. I caratteri del contenzioso in materia turistica. - 2. Le sopravvenienze non imputabili e la causa concreta del contratto di viaggio. - 3. La presupposizione. - 4. I criteri di ripartizione del rischio contrattuale. - 5. Conclusioni.

1. *I caratteri del contenzioso in materia turistica.* – La tutela del turista per l'inadempimento del contratto di viaggio è stata più volte oggetto di decisioni di merito nelle quali è evidente il generale *favor* nei confronti del consumatore. È altrettanto innegabile che nell'ultimo quinquennio, anche a seguito dell'affermazione del danno da vacanza rovinata, è possibile individuare un generalizzato aumento del contenzioso in materia turistica, il quale reca con sé un esorbitante aumento dei costi necessari per la soluzione delle controversie. La strenua resistenza opposta dagli operatori turistici al riconoscimento di una qualsivoglia forma di tutela (eventualmente anche in natura) per i disagi subiti nel corso della vacanza, talvolta in combinazione con la volontà di alcuni turisti di trarre un profitto da un'occasione di danno, disincentiva la soluzione stragiudiziale delle controversie. La conflittualità è ulteriormente aggravata dal fatto che molte controversie, potenzialmente risolvibili nella fase pre-giudiziale con un esborso economico di modesta entità, sono esacerbate dalla necessità di recuperare le spese legali. In altre parole, quando già nella fase precontenziosa è presente un'assistenza legale tecnica è evidente che i costi del conflitto aumentano, e man mano che i tempi si dilatano diventa sempre più difficile trovare soluzioni per un accomodamento amichevole, tali da far rinunciare al rischio del giudizio vero e proprio.

Vi sono inoltre dei casi che realmente avrebbero necessità di soluzioni di tipo equitativo nel senso che, a fronte del dato oggettivo costituito dall'insoddisfazione del turista per il malfunzionamento del sinallagma contrattuale, nessun particolare addebito sembra potersi muovere all'organizzatore di viaggi perché si tratta di sopravvenienze non imputabili, così che si deve trovare una soluzione che ripartisca in modo efficace il rischio contrattuale.

2. Le sopravvenienze non imputabili e la causa concreta del contratto di viaggio. – In relazione a tale aspetto sembra interessante richiamare un caso che, proprio in ragione dell'estrema difficoltà di trovare un soggetto imputabile della mancata realizzazione della causa contrattuale, è stato risolto solo dopo tre gradi di giudizio¹. La vicenda ha tratto origine dall'acquisto, da parte di una coppia di turisti, di un pacchetto «*all inclusive*» presso un villaggio turistico nell'isola di Djerba, in Tunisia. Nel corso del soggiorno, a seguito dello scarico abusivo di greggio da parte di una petroliera, la praticabilità del mare era stata completamente compromessa. Al termine della vacanza i turisti lamentavano la mancata adozione da parte del tour operator di misure alternative idonee a rimediare alla situazione, chiedendo conseguentemente di essere indennizzati per tale comportamento. La richiesta dei turisti era stata accolta in primo grado e confermata in appello ed il danno era stato liquidato in una somma pari alla metà del costo del pacchetto. La Corte di cassazione, nel confermare la decisione del giudice di merito e quindi la restituzione di una somma pari alla metà del costo del pacchetto turistico, ha colto l'occasione per cercare di delineare una particolare qualificazione della causa del contratto di viaggio, offrendo, tuttavia, una ricostruzione supportata da motivazioni che lasciano ampi margini di incertezza. Si deve rilevare che con tale decisione la Corte di cassazione ha colto l'occasione per tornare, nel giro di pochi mesi, sul problema delle sopravvenienze contrattuali nel contesto di un pacchetto turistico tutto compreso, nel tentativo di consolidare una tipizzazione della causa della fattispecie con-

¹ Si tratta di Cass., Sez. III civ. 3 dicembre 2007-24 aprile 2008, n. 10651 in *Dir. Tur.* IV/2008, 349 ss.

trattuale del «*package tour*». In una precedente occasione, infatti, la Suprema corte ha avuto modo di evidenziare come la finalità turistica, sottesa alla stipulazione del pacchetto «*all inclusive*» non costituisca un mero motivo del contratto, inteso quale interesse o impulso psichico che, rimanendo nella sfera interna del soggetto, lo induce alla stipulazione. Al contrario lo scopo di piacere assurgerebbe ad elemento che oggettivizzandosi, anche in modo tacito, diviene l'interesse che il contratto viene chiamato funzionalmente a soddisfare, ossia diviene la causa concreta del contratto medesimo². L'individuazione della causa concreta determinerebbe, conseguentemente, la necessità di qualificare come essenziali tutte le attività e servizi strumentali alla sua attuazione, i quali portano alla realizzazione dello scopo vacanziero, ossia del benessere psico-fisico garantito dal pieno godimento della vacanza. Secondo i giudici di legittimità la individuazione della causa concreta consente di utilizzare un criterio di adeguamento del contratto nell'eventualità che eventi sopravvenuti siano suscettibili di influenzare negativamente lo svolgimento del rapporto. Se tali eventi sono tali da far venir meno l'interesse creditorio, ne consegue che il rapporto si estingue per mancanza sopravvenuta di un elemento funzionale ovvero per irrealizzabilità della causa concreta. Tali vicende estintive potrebbero essere, altresì, il frutto della sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, il cui parametro è costituito dalla misura in cui essa incide sull'interesse oggettivo nel contratto (anche tacitamente) e caratterizzante la sua causa, senza che assumano alcuna rilevanza i motivi ossia le finalità ulteriori rispet-

² Il riferimento è a Cass., Sez. III civ. 24 luglio 2007, n. 16135 in *Contratti* 2008, 3, 241 con nota di C. CAVAJONI, *La «finalità turistica» come causa in concreto del contratto di viaggio* e in *Giur. It.*, 2008, 5, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*. La vicenda trae origine dal recesso di due turisti dal contratto di viaggio «*all inclusive*» acquistato, determinato dalla venuta a conoscenza, dopo la conclusione del contratto ma prima della partenza, della persistenza di un focolaio attivo di una malattia infettiva a carattere epidemico nel luogo di destinazione (dengue emorragico). Il tour operator, a fronte del recesso, chiedeva l'indennità pattuita per il recesso ma sia il giudice di primo grado che quello di appello avevano respinto la domanda in ragione della risoluzione del contratto determinata da sopravvenuta impossibilità della prestazione.

to a quella di vacanza e di svago che inducono la parte ad acquistare il pacchetto turistico. In tale contesto, l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione deve essere tenuta distinta dall'impossibilità sopravvenuta totale o parziale *tout court* posto che quest'ultima deriva da un impedimento oggettivo, assoluto e definitivo della prestazione stessa, la quale comporta l'estinzione *ipso iure* dell'obbligazione e la risoluzione del contratto ovvero, nel caso di impossibilità solo parziale, una riduzione materiale della prestazione che produce una riduzione della controprestazione, salvo il diritto di recesso se la controparte non abbia un interesse apprezzabile alla conservazione del contratto. Al contrario l'impossibilità di utilizzazione della prestazione, sebbene non sia normativamente prevista, deve essere annoverata tra le cause di estinzione del contratto, ma non si identifica con un impedimento della prestazione, la quale è e resta eseguibile. Ciò che viene meno, in tal caso, è la possibilità che quella prestazione realizzi lo scopo perseguito dalle parti. Stante la generale divisibilità di tali affermazioni di principio, i problemi si pongono nel momento in cui la Cassazione esprime le motivazioni per le quali sull'organizzatore viene fatto gravare un generale obbligo di protezione dell'interesse del turista.

3. *La presupposizione.* – Nell'apprezzabile sforzo di ricostruire e tipizzare la causa del contratto di viaggio nella sua massima espressione costituita dal pacchetto turistico, i giudici di legittimità sembrano ricorrere, con eccessiva disinvoltura, ad istituti e concetti giuridici, come la presupposizione, l'aspettativa e la ripartizione del rischio contrattuale, che forse avrebbero richiesto maggiore attenzione. Tali istituti, tuttavia, non sono richiamati espressamente ma vengono in qualche modo sottintesi nelle ambigue argomentazioni addotte a sostegno della decisione, col risultato che tale pronuncia sembra essere più frutto di un giudizio di equità che non di diritto. Il primo aspetto che non convince pienamente è la qualificazione della «*fruizione del mare e della spiaggia*» nel contesto della soluzione dei problemi interpretativi posti dall'art. 91 del Codice del consumo, relativo alle modifiche delle condizioni contrattuali. Nella motivazione si afferma, infatti, che sebbene tale fruizione non possa essere considerata un servizio turistico in senso stretto, ma piuttosto un presupposto di

utilità del contratto, ciononostante non sarebbe ammissibile una lettura restrittiva dell'espressione «servizi» contenuta nell'art. 91 Codice del consumo, come prestazioni che dipendono direttamente dall'attività del tour operator. In sostanza sembrerebbe affermarsi che la fruibilità del mare costituisca un servizio in senso ampio, solo perché in tal modo si rende applicabile la disciplina dell'art. 91. L'equiparazione non è affatto convincente, perlomeno nei termini in cui viene espressa, ed anche la stessa Corte non pare esserne sufficientemente convinta, come si evince dall'esempio che viene richiamato: il venir meno di una linea di trasporto pubblico necessario per raggiungere una certa località. In primo luogo, diversamente da quanto affermato in sentenza, non è vero che tale servizio non dipenda dall'attività e dalla struttura imprenditoriale dell'organizzatore del viaggio. Nell'organizzazione ed esecuzione del pacchetto, il tour operator si avvale di terzi prestatori di servizi non solo sulla base di specifici contratti stipulati *ad hoc*, ma si serve altresì di prestazioni fornite in regime di servizio pubblico. Pertanto, quando si parla di responsabilità dell'organizzatore è indubbio che egli risponda sia per l'attività del vettore *charter* sia di quella del vettore di linea (servizio pubblico). Non si comprende, quindi, quali siano i dubbi interpretativi posti dall'art. 91 Codice del consumo nel caso in cui l'organizzatore abbia inserito, tra le varie prestazioni del pacchetto, un trasporto di linea che successivamente sia soppresso. È evidente che in tal caso egli sarà tenuto a provvedere con altri mezzi all'esecuzione della prestazione contrattuale che consiste nel far giungere il turista ad una certa destinazione. Stante la diversità di situazioni, ci si chiede come l'esempio del trasporto pubblico possa aiutare a capire la apodittica inclusione della fruibilità del mare e della spiaggia tra i servizi che compongono il pacchetto ed a cui fa riferimento l'art. 91 Codice del consumo. Il discorso sarebbe differente se la fruibilità del mare e della spiaggia fossero mediate dall'attività umana come nel caso in cui, in virtù di una concessione demaniale, esistesse un soggetto che, con l'attività svolta dalla sua struttura imprenditoriale, costituisse il tramite per poter accedere al godimento dei beni pubblici. In sostanza, solo se il mare e la spiaggia fossero fruibili esclusivamente tramite di uno stabilimento balneare e tale stabilimento fosse chiuso, impedendo l'accesso al turista, si potrebbe parla-

re di servizio che compone il pacchetto. La differenza riposa sostanzialmente nella necessità di un'attività umana in qualche modo connessa all'esecuzione del pacchetto turistico e che costituisca il tramite attraverso il quale il turista trae una certa utilità. La sopravvenuta mancanza di fruibilità del mare determinata da uno sversamento di greggio può essere equiparata ad un imprevisto ed imprevedibile peggioramento delle condizioni meteorologiche nel corso di una vacanza al mare. Non c'è dubbio che la fruibilità del sole e del bel tempo costituiscano i presupposti per l'utilità di una vacanza al mare, ma non di certo si può affermare che le nuvole e la pioggia possano essere eventi cui l'organizzatore può far fronte con altri mezzi ai sensi dell'art. 91 Codice del consumo. Se poi si sposta l'attenzione sui rimedi offerti dallo stesso art. 91 comma 4, si può agevolmente notare che alla più comprensiva indicazione degli «elementi del contratto» di cui al comma 1 o alla menzione dei generici «servizi previsti dal contratto» nella prima parte del medesimo comma 4, il rimborso al consumatore è dovuto con riferimento alla differenza tra le «prestazioni originariamente previste e quelle effettuate». La restituzione parziale del prezzo del pacchetto, quindi, ha un preciso parametro di riferimento, facilmente quantificabile, dato dalle prestazioni offerte e da quelle effettivamente rese. In definitiva, in tale ambito resta ben poco spazio per le argomentazioni che aprioristicamente cercano di qualificare la fruibilità del mare nei termini di prestazione contrattuale. Le incertezze della Corte riergono nel passaggio successivo, laddove si ribadisce che, secondo una interpretazione rispettosa della *ratio* della direttiva comunitaria n. 314/90, deve ritenersi applicabile l'art. 91 Codice del consumo anche quando vengono meno, non veri e propri servizi, ma i presupposti degli stessi. Si abbandona quindi il concetto di servizio in senso ampio poco prima enunciato, per tornare al concetto di presupposto, di utilità e di aspettativa. Si noti che il richiamo dell'aspettativa (di svago, riposo, evasione che la vacanza può fornire) è appena accennato e quasi immediatamente sconfessato in favore del presupposto di utilizzabilità laddove si afferma che il tour operator «non potrà garantire, per esempio, la soddisfazione spirituale o estetica che il consumatore si era prefigurato di trarre dalla vacanza ma ... sarà tenuto ad operarsi quando il presupposto di utilizzabilità dei servizi sia ve-

nuto a mancare». Come se non fosse bastato il coacervo di concetti giuridici già impiegati, la motivazione si conclude con un appello agli strumenti di ripartizione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta. In sostanza, se non si ritenesse che tutti gli eventi esterni alle specifiche prestazioni delle parti ricadono comunque nelle previsioni di cui all'art. 91 Codice del consumo, non solo si andrebbe in contrasto con la più volte richiamata *ratio* della disciplina comunitaria, ma si produrrebbe una ripartizione del rischio di tali eventi a totale carico del consumatore. Al contrario il legislatore avrebbe previsto proprio nell'art. 91 degli strumenti per il riequilibrio del sinallagma contrattuale, offrendo al tour operator la poco allettante scelta tra l'offerta di servizi alternativi o il rimborso della differenza tra prestazione originariamente prevista e prestazione effettivamente goduta. Nel parlare di strumenti di allocazione del rischio contrattuale, quindi, la Cassazione offre un'altra qualificazione della fruibilità del mare, la quale dismette i panni di servizio in senso ampio, per riassumere il ruolo di evento esterno alle specifiche prestazioni delle parti.

Il punto di partenza per la ricostruzione della vicenda è costituito dalla qualificazione dell'utilità garantita dalla fruibilità del mare. Come già evidenziato, tale utilità non può sostanziarsi in un servizio od in una prestazione, dal momento che la fruizione del mare e della spiaggia non necessitano di alcuna attività umana di intermediazione, salvo che questa sia espressamente prevista nel contratto in ragione delle concrete condizioni di utilizzo le quali siano tali da limitare l'accesso diretto da parte della generalità dei consociati (tipico il caso della concessione demaniale).

Ben più proficuo potrebbe essere il richiamo di un altro istituto giuridico, che nel caso di specie è costituito dalla presupposizione, come sembra in qualche modo sottintendere anche la Cassazione. Il problema principale legato alla presupposizione deriva, tuttavia, dalle gravi incertezze che gravitano su tale istituto, il quale risente, dal punto di vista dogmatico, della sua nascita non normativa e dello sviluppo giurisprudenziale, tanto da portare parte della dottrina ad affermare che si tratta di un procedimento non razionale di decisione delle controversie, che comunica un giudizio di valore non del tutto appropriato, ovvero

un «*mero contenitore delle più svariate questioni, ed è, essenzialmente, una formula magica alla quale il giudice rimette problemi che non intenda o non sia in grado di governare attraverso le ordinarie tecniche di applicazione e integrazione delle discipline legali*»³. La questione relativa alla presupposizione presenta, inoltre, notevoli complessità anche in ragione della necessaria interferenza con altre peculiari problematiche, quali la causa del contratto, l'irrelevanza dei motivi, la disciplina delle invalidità del contratto con particolare riferimento ai vizi della volontà, i criteri di distribuzione dei rischi connessi alla sopravvenienza, la buona fede oggettiva. Secondo la definizione offerta dalla giurisprudenza, con il concetto di presupposizione si intende una situazione di fatto o di diritto, non importa se passata, presente o futura ma, in ogni caso, certa nella rappresentazione delle parti, che condiziona la formazione del consenso dei contraenti in quanto costituisce presupposto comune ai fini della esistenza e perduranza del vincolo contrattuale⁴. La situazione di fatto o di diritto deve essere oggettiva, nel senso che il suo verificarsi o il suo venir meno deve essere indipendente dalla volontà ed attività delle parti e non deve essere oggetto di una obbligazione gravante sulle stesse.

L'esistenza di una certa condizione, quindi, è stata tenuta presente dai contraenti nella determinazione del valore di scambio tra le prestazioni. Attraverso la presupposizione i motivi personali di un contraente si oggettivizzano e fanno ingresso, anche tacitamente, nella causa contrattuale, intesa non più e non solo come funzione economico-sociale dello scambio, ma come programma di utilità che le parti si sono prefissate con la conclusione dell'accordo.

³ A. BELFIORE, *Presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone) vol. IX, Tomo IV, Torino, 80, 81.

⁴ Sulla nozione di presupposizione si vedano: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966; M. BESSONE, «*Presupposizione*» di eventi e circostanze dell'adempimento, in ALPA-BESSONE-ROPPA, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, Napoli 1982, 293 ss.; ID., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; ID., *La finzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 355 ss.; A. BELFIORE, *Presupposizione*, cit.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano 1997.

Dal punto di vista genetico, la teoria della presupposizione offre alle parti, insieme ad altri istituti quali la risoluzione per eccessiva onerosità, un meccanismo idoneo a gestire sopravvenienze imprevedibili al momento della conclusione del contratto, che siano suscettibili di frustrare il sinallagma contrattuale. L'evento che costituisce presupposizione, pur non essendo stato dedotto in condizione, è tale da far venir meno il fondamento dell'accordo quando diventi impossibile il fine perseguito dai contraenti⁵. Questo implica un superamento del concetto tradizionale di causa intesa come funzione economico-sociale del contratto perché, pur senza ammettere la rilevanza dei motivi, acquista rilevanza ciò che ha indotto la parte a stipulare e ad accettare un certo programma contrattuale, che ruota intorno a tale esigenza. In tal caso l'intento, sebbene inespresso, entra a far parte della causa del contratto⁶.

Autorevole dottrina, invece, ha proposto una teoria della presupposizione in stretta connessione con i criteri di distribuzione del rischio della preesistenza (non nota alle parti) o sopravvenienza di circostanze che siano incompatibili con l'adempimento⁷. Secondo tale ricostruzione non è possibile sostenere a priori che l'ordinamento giuridico non assegni alcuna rilevanza a tali circostanze né si può affermare, all'opposto, che sussista un unico criterio che governi integralmente il fenomeno. Il problema, infatti, non è stato disciplinato dal legislatore così che le singole fattispecie devono essere risolte avendo quale unico punto di riferimento il contratto che niente altro è che la forma giuridica che assume una iniziativa di carattere economico. Tale iniziativa presenta necessariamente dei rischi ed in particolare quelli che ciascun contraente sopporta in relazione alla possibilità di non

⁵ M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.* 1978, 1327 ss. il quale ricorda che i suoi primi sostenitori si sono ispirati alla dottrina tedesca facendone derivare una nozione che si avvicina alla causa oggettiva del contratto, intesa come presupposto comune ai contraenti che hanno fondato il loro consenso sulla sua esistenza.

⁶ R. PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *riv. trim. Dir. proc. civ.*, 2006/I, 683.

⁷ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; ID., *La finzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza*, cit., 355 ss.

vedere soddisfatti gli interessi estranei alla logica tipica dell'operazione dedotta in contratto. La problematica è sviluppata attraverso il rifiuto di qualsiasi soluzione che lasci libero l'ingresso a valutazioni equitative o all'autoresponsabilità ma facendo ricorso al criterio della buona fede quale clausola generale.

Il richiamo della buona fede, così come qualsiasi altro tentativo di conferire un fondamento giuridico all'istituto, è confutato da più recente dottrina, secondo la quale i problemi cui la teoria della presupposizione si riferisce possono essere risolti facendo ricorso agli strumenti offerti dall'ordinamento ed in particolare all'interpretazione estensiva ed all'analogia. Pertanto la presupposizione non sarebbe altro che un «*ulteriore ed inopportuno canale di ingresso*» per tecniche di integrazione del diritto positivo⁸. Tale assunto sarebbe confermato dalla circostanza che la copiosa giurisprudenza in materia non ha mai risolto in modo soddisfacente il problema del fondamento normativo dell'istituto e quando si è cercato un aggancio di diritto positivo ciò ha comportato una perdita della sua autonomia e quindi ha confermato la sua inutilità, limitandosi a richiamare precedenti giurisprudenziali costituiti a loro volta da mere declamazioni, ovvero richiamando i principi che governano la eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) o quelli relativi alla condizione risolutiva⁹.

Il rifiuto delle teorie dottrinali e giurisprudenziali concernenti la presupposizione sembra emergere anche nella ricostruzione di altra attenta dottrina che, sebbene con toni meno polemicamente, ravvisa non solo nella disciplina di ciascun tipo contrattuale ma anche più in generale nell'art. 1464 c.c. il fondamento normativo per la soluzione dei problemi che l'istituto è chiamato a dirimere¹⁰. In particolare, dall'analisi delle diverse dottrine che hanno affrontato il problema della presupposizione si desume che l'isti-

⁸ A. BELFIORE, *Presupposizione*, cit., 75.

⁹ A. BELFIORE, *Presupposizione*, cit., 92 il quale nel passare in rassegna le soluzioni giurisprudenziali afferma che «*non è esiguo il numero delle sentenze in cui il giudice in qualche modo mostra di essere ben consapevole della scarsa serietà delle declamazioni circa il fondamento dell'istituto (o principio o figura) che applica*».

¹⁰ C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale - Saggio sulla presupposizione*, Milano 1997.

tuto è chiamato a soddisfare l'esigenza fondamentale di tutelare il contraente attraverso la liberazione dal vincolo contrattuale. Il problema si pone principalmente nei casi in cui lo scambio contrattuale rimane possibile dal punto di vista della esecuzione materiale delle prestazioni, ma l'operazione economica e quindi la causa concreta del contratto è stata irrimediabilmente frustrata dal sopravvenire di circostanze imprevedibili non imputabili ad alcuno dei contraenti¹¹. Per comprendere quali rimedi offerti dall'ordinamento siano applicabili in tali circostanze l'interprete dovrà individuare la c.d. prestazione fondamentale che giustifica la controprestazione dell'altro contraente. Tale individuazione passa attraverso le utilità che, secondo una valutazione tipica, ineriscono al bene o al comportamento oggetto del rapporto di scambio e le utilità che sono state introdotte dalle parti nel sinalgma contrattuale anche con riferimento al programma contrattuale. La premessa da cui partire è che, al fine della determinazione del valore d'uso, rilevano solo i casi in cui, attraverso criteri oggettivi, sia possibile accertare un collegamento concreto tra circostanza esterna presupposta e contenuto del contratto. Da questo punto di vista sono molteplici gli strumenti che le parti hanno a disposizione per creare tale collegamento, tra i quali spicca la deduzione in condizione dell'evento. Ma vi sono anche ulteriori e distinti strumenti predisposti dall'ordinamento, che funzionano in maniera automatica in quanto la valutazione della rilevanza deriva dal valore d'uso sociale oggettivamente apprezzabile: si tratta della disciplina dell'errore sulle qualità, di quella sulla mancanza delle qualità essenziali o promesse e della disciplina dei vizi occulti. È in tale ambito che si inserirebbe la presupposizione, quale strumento a disposizione delle parti che consente la contrattualizzazione dei motivi individuali, attribuendo un valore di scambio ad un bene che altrimenti avrebbe un valore diverso o non lo avrebbe affatto, oppure conferendo al bene un certo valore d'uso dotandolo di utilità che beni analoghi non avrebbero. Conseguentemente, se è impossibile raggiungere tale utilità perché viene a mancare una circostanza presupposta che ne ha determinato la esistenza, il contratto non può continuare

¹¹ C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale - Saggio sulla presupposizione*, cit., 436.

ad esplicitare i suoi effetti perché l'operazione economica non può più avere luogo.

Una volta individuato il presupposto che condiziona il sinallagma contrattuale, si tratta di comprendere quale sia il rimedio esperibile. Secondo tale ricostruzione soccorre in tal senso l'art. 1464 c.c. dettato in materia di impossibilità parziale che, secondo la prospettiva del legislatore, è idoneo a disciplinare anche l'aspetto qualitativo della prestazione. Questo si desumerebbe dal fatto che la norma non si limita a prevedere la semplice riduzione della controprestazione (che mira a riequilibrare il sinallagma in caso di impossibilità quantitativa) ma a tal rimedio affianca la risoluzione del contratto, qualora la prestazione parziale non abbia più alcuna utilità per il creditore. Poiché tale rimedio si incentra sull'interesse del creditore ne conseguirebbe che esso può essere attivato non solo e non tanto in presenza di una impossibilità quantitativa ma anche qualitativa, che postula una valutazione dell'intero programma di utilità che il creditore aveva riposto nel contratto e non meramente del sinallagma. Tuttavia, l'esistenza o l'inesistenza di un interesse del creditore alla prestazione parziale deve poter essere valutata dal debitore, ed a tal fine si suggerisce il ricorso al principio della buona fede.

Tanto premesso e limitando l'indagine a quanto sopra esposto, ci si chiede se la fruibilità del mare possa concretamente rivestire i caratteri della presupposizione quale istituto che legittima i rimedi previsti dall'art. 1464 c.c.

Il problema principale consiste nel fatto che la finalità turistica o scopo di svago enucleata dalla Corte di cassazione, quale causa in concreto del contratto di viaggio, continua a mostrare caratteri di grande incertezza. I dubbi investono la possibilità di ritenere che la fruibilità del mare sia tale da caratterizzare il programma contrattuale, tanto da renderlo inutile a conferire quelle utilità individuali oggettivizzate nel rapporto di scambio. In altre parole ci si chiede se ai fini del raggiungimento del risultato – tale essendo indiscutibilmente l'obbligazione gravante sul tour operator – non sia sufficiente la fruizione di un periodo di soggiorno presso una struttura appositamente attrezzata per lo svago ed il riposo dei turisti.

Al fine di introdurre nella causa del contratto i motivi che hanno indotto il turista ad acquistare la vacanza, non è sufficien-

te la localizzazione (vicinanza al mare) della struttura prescelta. La finalità di svago e vacanza infatti ha, per sua natura, dei contorni troppo indefiniti ed eccessivamente legati alla sfera soggettiva e contingente per poter essere idonea, di per sé, ad oggettivizzare i motivi individuali. A tal fine dovrebbero essere utilizzati altri criteri.

Da questo punto di vista sembra che il richiamo della buona fede non sia del tutto fuori luogo, specie se si fa riferimento non alla buona fede quale canone ermeneutico di integrazione del contratto ex art. 1366 c.c., ma piuttosto alla buona fede di cui all'art. 1375 c.c. quale criterio di valutazione del comportamento delle parti nella fase attuativa del rapporto, che conferisce all'interprete il parametro per una valutazione attuale della condotta di ciascun contraente in rapporto al programma contrattuale¹².

Da questo punto di vista, proprio la normativa sul contratto di viaggio sembra conferire uno specifico ruolo alla buona fede contrattuale. Il riferimento è all'art. 98 Codice del consumo il cui primo comma disciplina la contestazione, prevedendo che *«ogni mancanza nell'esecuzione del contratto deve essere contestata dal consumatore senza ritardo affinché l'organizzatore, il suo rappresentante locale o l'accompagnatore vi pongano tempestivamente rimedio»*.

A prescindere dalla qualificazione della contestazione in termini di obbligo od onere la cui mancanza impedirebbe la risarcibilità di tutti i danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza (art. 1227 comma 2 c.c.), la previsione di un dovere di contestazione può costituire un utile criterio per comprendere quali tra gli svariati motivi individuali del turista siano stati oggettivizzati, attraverso la presupposizione, nella causa contrattuale. In sostanza se, secondo il legislatore, ad ogni mancanza deve corrispondere una contestazione, la conseguenza è che laddove non vi siano contestazioni non vi sarebbero neppure mancanze.

Rapportando la previsione normativa alla fattispecie concreta, sembra difficile sostenere – sulla base di una assiomatica ri-

¹² Secondo C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale - Saggio sulla presupposizione*, cit., 428, la buona fede consente al giudice una valutazione *«aggiornata e adeguata dell'agire strumentale di ciascuna parte»*.

partizione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta – che la fruibilità del mare sia stata tale da condizionare la causa contrattuale, senza dare alcuna rilevanza alla circostanza che, sebbene tale fruibilità fosse tanto importante, il consumatore non abbia fatto alcuna contestazione *in loco* ma, al contrario, abbia goduto integralmente dei servizi (quelli reali ed in senso proprio) oggetto della prestazione del tour operator, per poi rendersi conto, solo a vacanza conclusa, di essere pervaso da un senso di frustrazione per inattuazione dello scopo turistico-ricreativo.

In proposito non può essere scordato che la stessa Cassazione ha attribuito un preciso ruolo alla buona fede del turista nel caso di mancato soddisfacimento del programma contrattuale per circostanze sopravvenute non imputabili¹³. Secondo la Corte, il principio di buona fede oggettiva o correttezza – che è espressione di un principio generale di solidarietà sociale e non occorre che sia espressamente dedotta in contratto – impone a ciascun soggetto di mantenere, nei rapporti che intrattiene, un comportamento leale, il quale si specifica in un obbligo di informazione ed avviso ed in un dovere di salvaguardia delle utilità altrui. Dalla violazione del principio di correttezza deriva una precisa responsabilità perché si sono venuti a creare, anche solo colposamente, dei falsi affidamenti nella controparte. Conseguentemente il creditore deve avvisare il debitore ogni qualvolta la prestazione sia divenuta inutile, ed in mancanza sarà tenuto al risarcimento dei danni.

In definitiva, se la presupposizione è lo strumento a disposizione delle parti affinché una certa circostanza da motivo individuale diventi elemento caratterizzante la causa contrattuale, attribuendo un certo valore o determinate utilità ad un bene che altrimenti non avrebbe, sembra difficile sostenere che la frustrazione dell'utilità della vacanza sia stata percepita dal turista solo dopo aver integralmente goduto della complessa e complessiva prestazione che si articola in un soggiorno presso una struttura

¹³ Tale riferimento si trova espressamente in Cass., Sez. III civ. 24 luglio 2007, n. 16135, cit., che, si ricorda, è la sentenza immediatamente precedente a quella in oggetto in cui la Corte ha cercato di tipizzare la causa concreta del contratto di viaggio. Il principio più in generale è stato espresso in Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651 ed in Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273, espressamente richiamate in motivazione.

turistica attrezzata, senza che nessuna contestazione sia stata effettuata nell'immediatezza della sopravvenienza. In questo caso sembra proprio che la contestazione sostanzialmente quell'obbligo generale di informazione e di avviso che impedisce la creazione di un falso affidamento.

Ragionando secondo i criteri espressi della Suprema corte, se la fruibilità del mare fosse stata realmente tale da attribuire un valore diverso o nuove utilità alla vacanza, il consumatore avrebbe dovuto esperire i rimedi di cui all'art. 91 comma 5 Codice del consumo, chiedendo di essere ricondotto al luogo di partenza o in altro luogo perché nessuna alternativa sarebbe stata in grado di ripristinare quella utilità. In tal caso, con il ritorno anticipato il turista avrebbe goduto realmente solo di una parte della prestazione, avendo quindi diritto alla restituzione della differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate fino al momento del termine anticipato della vacanza.

L'applicazione del principio di buona fede oggettiva, come specificato dalla Cassazione, giustifica il diverso trattamento dell'ipotesi in cui il presupposto esterno si manifesti o venga a cessare dopo che il contratto è stato concluso ma prima dell'inizio della sua esecuzione. Il riferimento è alla più volte richiamata vicenda in relazione alla quale i giudici di legittimità hanno avuto occasione di enucleare una finalità turistico-ricreativa quale causa in concreto del contratto di viaggio. In tale controversia, infatti, la impossibilità non della prestazione ma della utilizzabilità della prestazione è stata palesata immediatamente dal creditore, ossia nel momento stesso in cui è stata intaccata la causa concreta del contratto, ossia lo scopo di piacere che la vacanza tende a realizzare. Con ciò non si intende sostenere che solo gli eventi verificatisi prima dell'esecuzione del contratto possano avere una influenza sulla finalità turistico-ricreativa. Anche circostanze sopravvenute in corso di svolgimento della prestazione possono essere suscettibili di alterare il sinallagma funzionale ma a tal fine, stante l'estrema difficoltà di sfrondare tutte quelle percezioni squisitamente soggettive e psicologiche dallo «scopo di piacere» che costituisce la causa del contratto, è necessario che il creditore manifesti immediatamente ed inequivocabilmente se ed in quale misura tale evento, oggettivamente percepibile, è idoneo a frustrare la causa concreta del contratto. Tale condotta dovrà es-

sere valutabile alla stregua del giudizio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. in modo da evitare non solo che singoli motivi soggettivi entrino illegittimamente nella vicenda contrattuale, ma anche che circostanze imprevedute possano offrire l'occasione per arricchimenti ingiustificati.

4. *I criteri di ripartizione del rischio contrattuale.* – Anche facendo ricorso ai criteri di ripartizione del rischio contrattuale, sembra difficile sostenere che vi sia uno squilibrio del sinallagma per il venir meno di un presupposto esterno quando il creditore abbia fruito integralmente delle prestazioni contrattualmente dovute e regolarmente eseguite, e solo successivamente lamenti il venir meno del presupposto di utilizzabilità di ciò che ha ampiamente usufruito.

Le argomentazioni della Cassazione, laddove ritiene insostenibile che il consumatore partecipi alla ripartizione dei rischi contrattuali sulla base della *ratio* della disciplina comunitaria, sono ampiamente smentite dalla regolamentazione normativa del contratto di viaggio e dei rischi ad esso connessi racchiusa nella direttiva medesima e nella normativa interna che le ha dato attuazione.

In particolare, per quanto concerne l'impossibilità sopravvenuta, i criteri di allocazione del rischio sono ben indicati dalla legge e precisamente nell'art. 91 Codice del consumo che ripartisce tra il tour operator ed il consumatore il costo economico delle sopravvenienze non imputabili che incidano sulle prestazioni contrattualmente dedotte.

Se, infatti, durante l'esecuzione del contratto una o più prestazioni convenute non possono essere eseguite, l'organizzatore dovrà mettere a disposizione delle soluzioni alternative, che non è detto debbano avere necessariamente un valore economico superiore a quello delle prestazioni contrattualmente previste. La norma racchiusa nell'art. 91 comma 4 prescrive esclusivamente che le soluzioni alternative siano «*adeguate*» ai fini della prosecuzione del viaggio e che «*non comportino oneri di qualsiasi tipo a carico del consumatore*», ma non impone che tali soluzioni abbiano un valore identico o superiore a quelle programmate. Il rimborso della differenza di valore tra quanto promesso e quanto effettuato è previsto, infatti, solo nella seconda parte del-

la norma che viene introdotta dalla congiunzione disgiuntiva *oppure* e che si riferisce alla diversa ipotesi in cui non vi sia stata alcuna soluzione alternativa ed il consumatore abbia dovuto fare un rientro anticipato senza poter fruire di tutta la vacanza.

Altra ipotesi in cui il legislatore ripartisce tra i contraenti il rischio di sopravvenienze contrattuali è quella rinvenibile nell'art. 90 Codice del consumo relativo alla revisione del prezzo del pacchetto. Dalla articolata disciplina racchiusa nella norma deriva che sul tour operator gravano tutti gli aumenti dei costi organizzativi che non siano dovuti alle cause individuate nel comma 1 (ossia tutti quelli diversi dal costo del trasporto, del carburante, dei diritti e delle tasse quali quelle di atterraggio, di sbarco o imbarco nei porti o negli aeroporti, e del tasso di cambio che sono individuate come uniche cause che legittimano la revisione del prezzo), così come tutti gli aumenti che siano superiori al 10% del costo originario del pacchetto e quelli che intervengano nei venti giorni precedenti la partenza. Per converso sul consumatore grava il rischio che l'aumento dei costi del pacchetto sia dovuto alle ragioni di cui al comma 1, intervenga nel periodo antecedente i 20 giorni prima della partenza e sia contenuto nel 10% del prezzo originario.

Dalla disciplina contenuta nell'art. 90 Codice del consumo è inoltre possibile desumere una ulteriore ipotesi in cui il legislatore non attribuisce alcuna tutela al consumatore. Si tratta dell'eventualità in cui il costo dei servizi che compongono il pacchetto diminuisca, ma nessuna norma impone all'organizzatore di diminuire proporzionalmente il costo del pacchetto. In sostanza qui è in discussione più che il rischio l'alea contrattuale, con riferimento alla quale il legislatore non attribuisce alcuna prevalenza al risparmio del consumatore ma sostanzialmente legittima il guadagno di un maggiore profitto dell'organizzatore¹⁴.

In definitiva la allocazione dei rischi postulata dalla Cassazione non trova alcun riscontro testuale nella disciplina del contratto di viaggio, né sono offerti elementi ulteriori che depongano in tal senso, se non una aprioristica giustificazione fondata sulla

¹⁴ È evidente che non prevedendosi alcun obbligo di riduzione del prezzo in capo al *tour operator* tale diminuzione è lasciata alla discrezionalità dell'imprenditore.

qualità di consumatore posseduta da uno dei contraenti, che da sola non legittima tale ricostruzione.

5. *Conclusioni*. – Senza dubbio la individuazione di una causa concreta del contratto di viaggio, sensibile ad eventi esterni sopravvenuti e non imputabili, costituisce una importante tappa nel processo di tipizzazione della fattispecie negoziale.

Tuttavia, anche in tale processo di qualificazione, il problema principale consiste nella tendenza, mostrata anche dai giudici di legittimità, a fare ricorso ai principi di equità e non a quelli di diritto. È però evidente che, in nome della qualità di consumatore di uno dei contraenti, non sia possibile assumere aprioristiche posizioni di tutela che si scontrano con le specifiche norme di legge, facendo ricorso a ricostruzioni che non hanno un apprezzabile fondamento giuridico.

Per tale ragione, una volta riconosciuto che lo scopo di piacere caratterizza la finalità turistico-ricreativa, non si può affermare che ogni circostanza sopravvenuta, per il solo fatto che potenzialmente possa pregiudicare l'interesse del consumatore, automaticamente sia tale da incidere sulla causa concreta del contratto.

Nella gestione delle sopravvenienze contrattuali non imputabili, l'interprete non può prendere posizione in favore di una delle parti, ma deve cercare di offrire soluzioni che raggiungano un equo temperamento degli interessi in gioco. In altre parole, pur senza trascurare le esigenze di tutela della parte debole del contratto, si dovrebbe cercare di raggiungere un equilibrio tra le istanze dei due attori della vicenda negoziale.

Da questo punto di vista, proprio considerando la causa concreta del contratto di viaggio, non si deve dimenticare che allo scopo di piacere perseguito dal turista fa riscontro lo scopo di conseguimento di un utile economico da parte dell'organizzatore.

È evidente che tale bilanciamento richiede degli strumenti di flessibilità che, lungi dall'essere sinonimo di equità, sono dei veri e propri parametri messi a disposizione dall'ordinamento ai fini della gestione delle vicende patologiche del contratto, senza che sia possibile addossare aprioristicamente ad una delle parti il rischio delle sopravvenienze.

A titolo esemplificativo, sempre tenendo presente l'esistenza del principio di buona fede (artt. 1366 e 1375 c.c.), è l'interprete

che *deve valutare* la permanenza di un interesse apprezzabile del creditore all'adempimento parziale nel caso di impossibilità sopravvenuta di una parte della prestazione (art. 1464 c.c.). È sempre il giudice che, per determinare l'importanza dell'inadempimento, *deve* utilizzare come parametro l'interesse dell'altra parte contrattuale (art. 1455 c.c.). Altra valutazione richiesta dall'ordinamento è quella che attiene alla normale alea sottesa a tutti i contratti, che costituisce lo sbarramento per l'operatività della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

Infine, vi è la stessa previsione di cui all'art. 91 comma 5 Codice del consumo che lascia al giudice il compito di determinare se il rifiuto del consumatore di una soluzione alternativa proposta dall'organizzatore in caso di sopravvenienze non imputabili possa essere sorretto o meno da un giustificato motivo.

Nessuna norma autorizza il giudice a non effettuare tali valutazioni in ragione delle qualità personali di uno dei contraenti e ad attribuire conseguentemente risarcimenti o restituzioni non dovute.

D'altra parte non si capisce per quale ragione la Suprema corte non abbia fatto alcuna considerazione in ordine alla circostanza che il consumatore, lamentando la inutilizzabilità della prestazione solo dopo aver completamente fruito della vacanza, ha compromesso il diritto dell'organizzatore di chiedere, come ogni debitore, la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c. perché la sua prestazione era divenuta eccessivamente onerosa. A ben vedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è disciplinata in maniera peculiare per il contratto di viaggio dall'art. 91 Codice del consumo, laddove al comma 4 lascia al tour operator la scelta tra l'apprestamento di soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio *oppure* il rimborso delle prestazioni non godute. La scelta tra le due opzioni è evidentemente condizionata dalla onerosità delle soluzioni alternative che possono essere messe a disposizione del cliente in caso di impossibilità delle prestazioni che formano oggetto del contratto.

Concludendo, se è vero che la sentenza deve essere apprezzata perché cerca di enucleare una specifica causa del contratto di viaggio, è altrettanto vero che costituisce un pericoloso precedente per l'ulteriore ampliamento delle ipotesi risarcitorie. Il ri-

schio è che dopo l'estensione operata sul tipo di danno risarcibile si stia iniziando ad ampliare anche il concetto stesso di prestazione, fino a quando nell'obbligazione di risultato che grava sul tour operator non si finirà per ricomprendere anche il gradimento e la soddisfazione determinati dallo stato d'animo del consumatore.

Se quanto evidenziato è vero, e considerando che sarebbe auspicabile che controversie di siffatta natura non impegnassero ben tre gradi di giudizio ed oltre sette anni per la loro soluzione, è evidente che proprio in tali ambiti è opportuno ricorrere a strumenti di composizione stragiudiziale che in modo certamente più veloce e meno dispendioso offrano soluzioni concrete idonee a soddisfare tutti gli interessi coinvolti.

ERNESTO D'ALOJA* - CARLO PILIA°

LE TECNICHE DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA
DELLE CONTROVERSIE (ADR) E LA RESPONSABILITÀ
PROFESSIONALE MEDICA:
PER UN PROGETTO DI FATTIBILITÀ DI UNA CAMERA
DI CONCILIAZIONE NELLE AZIENDE OSPEDALIERE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Analisi degli aspetti da prendere in considerazione per l'implementazione di una struttura a valenza aziendale finalizzata alla risoluzione alternativa del contenzioso esistente tra professionisti della salute e pazienti. - 3. Stato dell'arte. - 4. Benefici e criticità ipotizzabili nello svolgimento della ricerca.

1. *Introduzione.* – Il tema della responsabilità civile e penale dei professionisti della salute (dizione oggi comunemente impiegata per identificare in maniera unitaria tutti i professionisti sanitari che a vario titolo partecipano nella gestione della tutela della salute dei cittadini) è oramai divenuto un argomento così vasto e così polimorfo nelle sue complesse sfaccettature medico-legali e giuridiche che non esiste alcun contesto pubblico (parlamento, sedi istituzionali regionali, tribunali, consessi scientifici e, naturalmente, mezzi di comunicazione di massa) in cui tale argomento non venga affrontato con elevata animosità.

Pur in assenza di dati ufficiali, viene valutato (cfr. per tutti *'To err is human: building a safer health system'*, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington USA, 2000 e *Zurich Consulting, Indagine conoscitiva*, Cineas, 2002) che attualmente in Italia vi sarebbero 320.000 pazienti vittima di errori medici (4% della popolazione ricoverata), oltre 12.000 processi civili

* Professore Ordinario di Medicina legale, Università di Cagliari.

° Professore Associato di Diritto privato, Università di Cagliari.

per 'allegata *malpractice*' con una richiesta globale di risarcimento per oltre 12 miliardi di euro ed un maggior costo per le strutture ospedaliere di 260 milioni di euro per il solo prolungamento della degenza conseguente all'errore medico.

Ma a ben vedere questi sono solamente una parte marginale dei costi che il sistema 'salute' – nella sua più ampia accezione che comprende tutte le componenti del comparto sanità dall'azienda al cittadino-paziente – subisce.

Non può essere infatti sottovalutata né l'importanza del dolore e della sofferenza del paziente che ha subito il danno ingiusto e del medico che ha commesso lo sbaglio, né il danno all'immagine dell'azienda ospedaliera e del sistema sanitario, né il maggiore costo in termini di premialità annuale che l'Assicurazione applicherà all'Azienda a fronte di pagamenti di risarcimenti crescenti in maniera logaritmica.

Ed il danno maggiore – difficilmente valutabile in termini meramente economici – è sicuramente quello riflesso sul rapporto fiduciario che esiste, o meglio dovrebbe esistere, tra i cittadini ed i professionisti della salute.

Questo progetto nasce dalla constatazione che la società civile non può più fare a meno di recuperare e salvaguardare il rapporto di fiducia che intercorre tra professionista della salute, paziente e struttura ospedaliera.

L'enorme contenzioso giudiziario in materia di responsabilità professionale in campo medico, con gli evidenti costi sociali che esso determina, testimonia la necessità di intervenire con scelte coraggiose volte a tutelare e riaffermare i valori costituzionali del diritto alla solidarietà sociale e del diritto alla salute quali principi basilari del nostro ordinamento.

A tal fine crediamo sia indispensabile introdurre all'interno degli ospedali e delle stesse ASL una struttura che possa garantire da un lato, per il paziente, un servizio di assistenza medico-legale e dall'altro, per il medico e per la struttura ospedaliera, la possibilità di interloquire con la controparte per giungere ad una soluzione transattiva alternativa all'eventuale azione giudiziaria.

La previsione di una "camera di conciliazione" finirebbe quindi con l'assolvere un duplice compito: tutelare il rapporto di fiducia tra il paziente e la struttura ospedaliera e consentire un efficace alleggerimento del contenzioso giudiziario.

Spesso, infatti, il ricorso alla querela viene visto dal paziente quale strumento di pressione per una più rapida definizione della controversia civilistica sulla quantificazione monetaria delle lesioni derivanti dall'esercizio dell'attività medico-chirurgica.

Se si vuole uscire da questa logica perversa è necessario recuperare il rapporto con gli utenti dei servizi sanitari consentendo a questi ultimi di poter far valere i propri diritti all'interno delle stesse istituzioni sanitarie.

La fiducia si conquista solo sviluppando un diverso atteggiamento ispirato unicamente dai principi della trasparenza, della solidarietà e dell'uguaglianza sociale.

La commissione di conciliazione dovrebbe, dunque, diventare luogo di confronto dialettico e leale tra le parti, in cui si possano valutare serenamente la gravità delle "patologie" lamentate, le eventuali responsabilità e soprattutto dove si possano concordare le soluzioni migliori nell'interesse di tutti i cittadini (siano essi medici, pazienti o semplici contribuenti).

2. Analisi degli aspetti da prendere in considerazione per l'implementazione di una struttura a valenza aziendale finalizzata alla risoluzione alternativa del contenzioso esistente tra professionisti della salute e pazienti. – La mancata diffusione nel contesto medico-legale italiano di strumenti di risoluzione della controversia alternativi alla citazione giudiziaria impone uno studio approfondito dei principali aspetti conoscitivi ed organizzativi indispensabile per creare una cultura condivisa in tema di conciliazione sanitaria.

Gli *obiettivi generali* che il progetto si prefigge sono i seguenti:

1. Valutazione sulla fattibilità di una camera di conciliazione in tema di danni alla persona da responsabilità professionale sanitaria;
2. Identificazione degli strumenti normativi ed applicativi utili ed indispensabili per il corretto funzionamento della camera di conciliazione;
3. Analisi comparativa con analoghe esperienze esperite in ambito nazionale ed internazionale [camere di conciliazione su base sia locale (diverse esperienze territoriali italiane) che nazionale (come l'esperienza danese) ovvero relativamente

alle '*no fault legislations*' vigenti in Finlandia, Nuova Zelanda e Svezia];

4. Creazione di una struttura plurifunzionale in cui i vari componenti coinvolti in una vicenda di responsabilità professionale sanitaria possano dialogare con un lessico comune ed in un ambiente depurato della naturale animosità che caratterizza queste vicende umane.

Gli *obiettivi specifici* che il progetto si prefigge sono i seguenti:

1. Ideazione ed attuazione di una 'struttura tipo' di camera di conciliazione per finalità di valutazione e risarcimento dei danni alla persona da responsabilità professionale sanitaria;
2. Standardizzazione delle procedure valutative e creazione di un protocollo operativo per la presentazione della domanda di valutazione, per l'istruzione della pratica, per la valutazione medico-legale e per la proposta di monetizzazione del danno;
3. Creazione di un *network* funzionale con il Tribunale per i Diritti del Malato, con l'Ordine dei Medici, con le Assicurazioni e con l'Ordine degli Avvocati per la divulgazione del progetto e la condivisione del percorso di conciliazione;
4. Proposta di una serie di attività formative da proporre – con tutti le componenti della camera di conciliazione - nei diversi ambiti applicativi regionali (aziende ospedaliere, ASL, Associazioni di difesa dei consumatori e dei pazienti, camere di conciliazione già istituite, Assicurazioni).

Gli *obiettivi operativi*, a seconda della componente presa in considerazione, potrebbero, e dovrebbero, essere:

- a) per la **componente medica**: la creazione e la formazione di un numero adeguato di medici, rappresentativi di tutte le specializzazioni presenti nell'Azienda, che abbiano una approfondita conoscenza degli elementi giuridico-valutativi necessari ed indispensabili per il corretto inquadramento della vicenda clinica sottoposta alla loro valutazione. Il numero dovrà essere adeguato alle necessità della camera di conciliazione al fine di garantire – nel rispetto del principio della trasparenza – l'esercizio del diritto di ricusazione da parte del cittadino e la rapida sostituzione del membro o del colle-

gio ricusato. All'interno della Azienda dovrà essere quindi formato un pool di specialisti – non comprendente naturalmente né il medico che il cittadino ritiene essere responsabile dell'errore né colleghi di reparto – da cui il Direttore Sanitario ha la facoltà di scegliere il/i rappresentante/i dell'Azienda;

- b) **componente sanitaria** (professionisti della salute non medici): si prevede di formare - analogamente a quanto ipotizzato per i medici – un adeguato numero di professionisti della salute in rappresentanza delle professioni sanitarie non mediche. Anche per costoro verrà predisposto un processo formativo specifico in maniera da garantire il principio di rappresentanza *inter pares*;
- c) **componente giuridica-legale**: per quanto concerne questa componente si ritiene che, stante la delicatezza dell'incarico cognitivo e formativo che questa componente sarà chiamata a svolgere nei confronti degli altri rappresentanti della camera conciliatoria, una particolare attenzione dovrà essere posta agli esperti del diritto che dovranno modificare la loro naturale attitudine all'approccio della problematica medico-legale in esame;
- d) **componente peritale**: una particolare attenzione verrà dedicata all'identificazione ed alla formalizzazione dei criteri di scelta dei periti che dovranno esprimere, sentite le opinioni di tutti i componenti della camera di conciliazione, il parere finale. È ben noto a chiunque abbia una esperienza quotidiana dei casi di allegata responsabilità professionale – in ambito sia penale che civile – che la scelta dei periti chiamati a dare un giudizio tecnico motivato sulla vicenda rappresenta il momento di massima criticità nel procedimento di identificazione della condotta difforme dalla regola dell'arte e di valutazione del maggiore danno ad essa conseguente;
- e) **componente assicurativa**: identificazione di protocolli operativi condivisi con la controparte rappresentata dalle Compagnie di Assicurazione tali da consentire la risoluzione del contenzioso alla fine del processo di conciliazione con riconoscimento delle decisioni suggerite dal perito, stante l'impossibilità di rendere obbligatoria l'adesione alla proposta di conciliazione.

3. *Stato dell'arte*. – Riassumere in poche righe le conoscenze giuridiche, mediche e medico-legali in tema di responsabilità professionale è estremamente complesso, stante la poliedricità dei profili di responsabilità.

Ma l'oggetto della presente ricerca è più parcellare rispetto al tema generale della responsabilità, focalizzandosi sull'aspetto pratico della risoluzione in una fase extragiudiziale del contenzioso che può sorgere tra cittadino/paziente e struttura sanitaria.

Numerose sono state nel tempo le soluzioni sia normative che empiriche che sono state proposte per dare risposta alla crescente richiesta dei cittadini di un risarcimento per condotte colpose mediche ed alla simmetrica aspettativa da parte dei professionisti della salute per l'identificazione di un sistema in grado di indennizzare – se non addirittura di risarcire – il danno ingiusto da errore sanitario, senza colpevolizzare eccessivamente il professionista coinvolto.

Le risposte internazionali sono state fondamentalmente di due tipi:

1. la promulgazione di una legislazione 'no fault' (in cui lo Stato indennizza il cittadino-paziente che dimostri di avere avuto, come conseguenza della attività sanitaria, un maggiore danno senza obbligo per quest'ultimo di provare la condotta colpevole), via seguita per lo più dai Paesi Scandinavi (Svezia, Finlandia e Danimarca) – probabilmente favorita vuoi da una storica consuetudine ad un 'welfare state' che da risorse economiche più ampie rispetto agli altri Stati della Comunità Europea ed Internazionale;
2. la creazione di camera di conciliazione in cui si è cercato da un lato di agevolare il percorso extragiudiziale del cittadino che riteneva di avere subito un danno ingiusto da prestazione sanitaria e dall'altro contenere i costi legali e risarcitori cui le Aziende sanitarie erano sottoposte mediante l'introduzione di criteri in alcuni casi di natura indennizzatoria ed in altri con tetto massimo al risarcimento ed alle spese legali ('cap fee').

Ad oggi in Italia non è stata proposta alcuna seria risposta normativa al problema pressante della responsabilità professionale sanitaria e molti dei progetti di legge ('progetto Tomassini'

ad esempio non sono andati oltre l'approvazione delle competenti commissioni parlamentari).

Si ritiene quindi che la sperimentazione di una 'camera di conciliazione pilota' all'interno di una Azienda Ospedaliera complessa possa essere un interessante banco di prova per uno strumento che in altre realtà sovranazionali si è dimostrato essere l'unica soluzione ad un problema che comincia ad assumere connotati economici tali da rappresentare un pericolo per la stessa sopravvivenza del Sistema Sanitario sia Nazionale che Regionale.

4. Benefici e criticità ipotizzabili nello svolgimento della ricerca. – La ricerca proposta si pone un obiettivo generale di conoscenza delle diverse opzioni presenti in campo internazionale e nazionale per la risoluzione del problema della responsabilità professionale sanitaria ed un obiettivo operativo di ideare e creare una camera di conciliazione all'interno delle Aziende Ospedaliere che possano provare sul campo le potenzialità di questo strumento, già ampiamente impiegato in altri campi della responsabilità civile.

Le potenzialità applicative sono molteplici, potendosi ipotizzare l'istituzione delle camere di conciliazione presso tutte le strutture ospedaliere e tutte le ASL in grado di sviluppare, in futuro, effetti benefici sotto diversi profili:

- per i medici
 - la possibilità di introdurre un fattore di maggiore "serenità professionale" con la conseguente sensibile riduzione del ricorso alla c.d. medicina difensiva ed il recupero del necessario clima di 'alleanza terapeutica';
 - la possibilità di ridurre le problematiche connesse al rischio assicurativo (es interruzione del contratto di assicurazione – aumento continuo del premio assicurativo) ed incidere in maniera sostanziale sul premio assicurativo;
 - una sostanziale riduzione del contenzioso penale, garantendo una rapida risoluzione del contenzioso in fase extragiudiziale.

- per le strutture ospedaliere
 - La possibilità di notevole ritorno in termini di immagine davanti all'opinione pubblica;

- La possibilità di distinguere sin dall'inizio i profili di responsabilità del medico dalla responsabilità dell'ospedale stesso;
- La possibilità di contenere l'aumento dei costi delle polizze aziendali;
- per i cittadini
 - la certezza di un risarcimento in tempi brevi
 - Il recupero della fiducia nelle strutture ospedaliere e nell'operato dei professionisti della salute
 - La possibilità di avere una valutazione medico-legale preventiva senza costi aggiuntivi
 - La possibilità di valutare serenamente *a priori* le percentuali di successo di un'eventuale azione giudiziaria (nel caso di consulenza medico-legale che non evidenzia profili di responsabilità a carico del medico verrebbe sconsigliato il ricorso all'azione giudiziaria, ravvisandosi gli estremi della *lite temeraria*)
- per le compagnie di assicurazione
 - La possibilità, per quanto concerne le polizze relative alla copertura delle spese di giudizio, di vedere notevolmente ridotte le spese legali. Con il conseguente aumento della percentuale di alea (da un lato la certezza della riscossione del premio, dall'altro il dubbio sul pagamento delle spese di giudizio. Se pensiamo a quelli che sono i massimali per le spese legali per ogni professionista, nel caso di rinvio a giudizio di un'intera equipe medica - fino anche a dieci medici contemporaneamente - per il reato di lesioni colpose, considerati i tempi di giudizio che possono arrivare anche a sette anni per la giustizia penale, le assicurazioni potrebbero essere chiamate a garantire fino a duecentomila euro solo per le spese di giudizio. Oltre, ovviamente l'eventuale risarcimento in caso di esito sfavorevole del processo. La camera di conciliazione, viceversa, potrebbe costituire a costi contenuti un fattore di riduzione del contenzioso giudiziario)
 - La possibilità di negoziare, nei casi di responsabilità evidenziati dalla commissione, una percentuale variabile del risarcimento quantificato.

- La possibilità di introdurre un margine di flessibilità nelle modalità di pagamento (es la previsione di un pagamento rateale della somma risarcitoria)
- La possibilità di avere in anticipo una valutazione sulla pretestuosità/temerarietà della controversia.
- per l'ordinamento giudiziario
 - La riduzione del contenzioso giudiziario, con conseguente abbattimento dei tempi di svolgimento dei procedimenti
 - La sensibile diminuzione delle controversie pretestuose

Solamente un'adeguata indagine conoscitiva potrà consentire l'implementazione delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie – sia la conciliazione che la mediazione-arbitrato – come reale strumento per la deflazione del contenzioso che vede oggi giorno coinvolti i professionisti della salute ed i loro pazienti.

CRISTIANO CICERO

L'OPPOSIZIONE DELL'AVVOCATURA ALL'OBBLIGATORietà DEL RICORSO ALLA MEDIAZIONE

1. È sempre più radicata l'opinione che la società moderna necessiti di strade diverse – più veloci, economiche e semplici – rispetto al tradizionale *ius dicere* statale. Il monopolio del diritto non è d'altronde certamente essenziale per lo Stato al di fuori delle ipotesi e nella misura in cui non sia coinvolto un interesse superindividuale o di ordine pubblico¹. La finalità del nuovo istituto della mediazione civile e commerciale, approvato con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, appare chiaramente essere inerente al deflazionamento del sistema giudiziario. È ormai un dato acquisito che gli ordinamenti occidentali (sia negli Stati Uniti sia in Europa) si indirizzino verso la c.d. *alternative dispute resolution* rispetto al processo di cognizione davanti al giudice statale², sì che appare ormai lontanissimo l'insegnamento kelseniano secondo cui gli interessi dei soggetti assurgono a livello di diritto soggettivo quando interviene il riconoscimento e la tutela dell'ordinamento³.

¹ C. PUNZI, *Il processo civile*, III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, 2ª ed., Torino, 2010, 164.

² V. almeno E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"* di cui al d.lgs. n. 28/2010, in www.judicium.it; soprattutto, C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 249 ss.; C. BESSO, in AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, 12 ss.; F. SITZIA, *Alcune riflessioni problematiche sul D.lgs. 4/3/2010 n. 28 e ordini professionali*, in questi "Quaderni".

³ C. PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 327.

Già da lungo tempo la nostra più autorevole letteratura ha studiato i c.d. strumenti di composizione delle controversie, gli "equivalenti del processo civile"⁴, tramite i quali i privati rivedicano nei confronti dello Stato la loro sfera di libertà e di autonomia. L'elemento tipico che li accomuna è insito nell'essere la fonte della risoluzione della controversia nella volontà delle parti. È oggi definita mediazione (D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (c.d. mediazione compositiva), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia (c.d. mediazione propositiva). Non sono previste formalità particolari ed è possibile utilizzare anche modalità telematiche. La mediazione è com'è noto obbligatoria, nell'accezione di imposta dalla legge, allorché il procedimento di mediazione deve essere esperito, a pena di improcedibilità (da eccepire nel primo atto difensivo dal convenuto, oppure dal giudice non oltre la prima udienza), nei casi di controversie relative a condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. L'istituto della mediazione non può invece riguardare i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento di rito di cui all'art. 667 c.p.c.; i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 c.p.c., comma 3, c.p.c.; i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione, relativi all'esecuzione forzata; i procedimenti in camera di consiglio; l'azione civile esercitata nel processo penale⁵. Va evidenziato che vi è un nuovo obbligo per l'avvocato, che

⁴ Il riferimento va ovviamente a F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, 5^a ed., Roma, 1956, 60.

⁵ In argomento, v. almeno P. MISTO', *La nuova mediazione civile e commerciale. D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Torino, 2010, *passim*; R. MASONI, *Le contro-*

deve informare l'assistito in modo chiaro e per iscritto, nel primo colloquio, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; il documento così formato e sottoscritto dal cliente dovrà essere allegato all'atto introduttivo nell'eventuale giudizio; diversamente, sarà il giudice ad informare la parte della facoltà di intraprendere un procedimento di mediazione⁶. In caso di violazione dell'obbligo informativo è prevista l'annullabilità del contratto concluso con l'assistito.

2. L'art. 111 Cost. ha introdotto sia il principio del giusto processo sia il principio della sua ragionevole durata. Analogamente, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale. A tale riguardo, va segnalata la recente "Mozione sulla mediazione" espressa nel XXX Congresso Nazionale Forense⁷. Il Congresso dell'Avvocatura, con specifico riferimento all'ipotesi di mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità, ha valutato la normativa contenuta nel D.lgs. n. 28/2010 in violazione dei principi del giusto processo e del diritto di accesso del cittadino alla giustizia e all'assistenza tecnica qualificata. Se è avallabile, è l'argomentazione, la finalità di decongestionare gli uffici rispetto al carico dei processi, tuttavia questo non deve andare a compromettere il diritto del cittadino al giusto processo. La crisi della giustizia non si risolve con provvedimenti "tampone" o con l'introduzione "a forza" di sistemi obbligatori di a.d.r., ma necessita di interventi

versie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lg. n. 28 del 2010 (e quelle escluse), in Giur. merito, 2010, 2156, e Id., L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs n. 28 del 2010, ivi, 1212.

⁶ In giurisprudenza, v. di recente Trib. Varese, 9 aprile 2010, in *Giur. merito*, 2010, 2154, e in *Foro it.*, 2010, I, 2225, ove si legge che nella controversia avente ad oggetto le modifiche delle condizioni di separazione, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., poiché involgente una lite giudiziaria per la quale non è previsto accesso (anche facoltativo) al procedimento di mediazione, non sussiste obbligo per i difensori di rendere l'informativa e, conseguentemente, nessun obbligo del giudice, in caso di omessa informativa, di provvedere in supplenza.

⁷ Tenuto a Genova i giorni 25-27 novembre 2010.

strutturali a livello legislativo e organizzativo, e l'istituto della mediazione così come concepito, appare non corrispondente alle direttive europee in merito, nonché in palese contrasto con i principi costituzionali del nostro ordinamento⁸. L'Avvocatura ha di conseguenza chiesto formalmente alcune modifiche al D.lgs. 28/2010, con riferimento all'abrogazione della previsione di annullabilità del mandato per omessa comunicazione preventiva al cliente della possibilità della conciliazione; all'obbligatorietà della difesa tecnica; alla previsione di un periodo di sperimentazione per valutarne i vantaggi e problematiche; all'abrogazione della previsione di una proposta del mediatore in assenza di una congiunta richiesta dalle parti; all'abrogazione di tutte le disposizioni che stabiliscono un collegamento tra la condotta delle parti nel procedimento di mediazione e il processo; alla revisione della competenza territoriale per gli organismi di conciliazione in correlazione a quella del giudice competente per legge.

Va considerato che in dottrina non poche voci hanno ritenuto che la tendenza legislativa a fare leva sulla conciliazione obbligatoria in funzione deflattiva del contenzioso civile possa in astratto violare l'art. 24, 1° co., cost., che tutela il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale dei propri diritti (e interessi legittimi). Qualsiasi limitazione incongrua al pieno esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale non soltanto determina la violazione dell'art. 24 cost., ma è, altresì, idonea a causare anche una lesione delle attribuzioni dell'Autorità giudiziaria, essendo peraltro assai difficile sollevare in via incidentale questione di legittimità costituzionale delle norme che non eliminano la tutela giurisdizionale, ma soltanto ne rendono possibile l'esercizio dopo il decorso del termine legale che determina l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Il tema centrale appare dunque essere inerente alla presunta limitazione del diritto di azione da parte della conciliazione obbligatoria. La possibilità di subordinare l'esercizio dell'azione giudiziaria al preventivo esperimento di rimedi amministrativi è tendenzialmente ammessa nei sistemi giuridici moderni⁹. La Cor-

⁸ Testualmente, mozione del XXX Congresso Nazionale Forense.

⁹ L.P. COMOGLIO, *Rapporti civili*, in *Comm. cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 33.

te costituzionale, in argomento, ha affermato che la "giurisdizione condizionata" giustificata dall'interesse della salvaguardia della funzione giurisdizionale, va osservata e valutata con riferimento alle finalità di tale filtro rispetto alla tutela giurisdizionale¹⁰. La giurisprudenza della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il rigore con cui è tutelato il diritto di azione, secondo la previsione dell'art. 24, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento. Se alcune limitazioni tendono, infatti, ad evitare l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, nondimeno l'adempimento di un onere, lungi dal costituire uno svantaggio per il titolare della pretesa sostanziale, rappresenta il modo di soddisfazione della posizione sostanziale più pronto e meno dispendioso. Evitare l'abuso, o ancor meglio l'eccesso della giurisdizione, in vista di un interesse della stessa funzione giurisdizionale, è stato sovente la *ratio* espressa della giurisdizione condizionata. Il principio di economia processuale, inteso come più efficace e pronta soluzione dei conflitti, ha solitamente fondato la rispondenza dei condizionamenti censurati alla previsione costituzionale del diritto di azione¹¹. L'art. 24 cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale¹². In questo senso, la giurisprudenza costituzionale giudica certamente legittima l'imposizione di condizioni all'esercizio dell'azione se le suddette condizioni, oltre a salvaguardare interessi generali, costituiscono, anche dal punto di vista temporale, una limitata remora all'esercizio del diritto stesso¹³.

In altri termini, non vi è pregiudizio laddove il differimento dell'esercizio dell'azione giudiziale sia utile al conseguimento

¹⁰ Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, 1023.

¹¹ *Obiter* di Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82.

¹² In termini, Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73, in *Giust. civ.*, 1988, I, 201.

¹³ Corte cost., ord. 19 dicembre 2006, n. 436.

C. Cicero

del risultato di soddisfacimento rapido dell'interesse da tutelare¹⁴. E in tal senso, va indagata l'opportunità che la conciliazione condizioni la procedibilità e ammissibilità della domanda¹⁵.

¹⁴ C. PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, cit., 339.

¹⁵ C. PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, cit., 339.

ANNA MARIA MANCALEONI

AZIONE DI CLASSE E MEDIAZIONE/CONCILIAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: i punti di contatto tra i due istituti. - 2. ADR e tutela collettiva inibitoria e risarcitoria nella politica comunitaria. - 3. L'azione di classe (art. 140 *bis* cod. cons.); 3.1. *Segue*. Principali differenze rispetto alla *class action* statunitense. - 4. Il campo di applicazione del D.lgs. 28/2010 e gli esiti della mediazione. - 5. Il raccordo tra mediazione e azione di classe. - 6. Valutazioni critiche d'insieme.

1. Premessa: i punti di contatto tra i due istituti. – L'art. 140 *bis* del codice del consumo (in vigore dal 1 gennaio 2010, per illeciti commessi a far data dal 16 agosto 2009), ha introdotto nell'ordinamento italiano l'"azione di classe".

In attuazione della delega di cui all'art. 60 della l. 69/2009, il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (in vigore dal 20 marzo 2011)¹, ha introdotto nell'ordinamento italiano la disciplina della mediazione/conciliazione.

In entrambi i casi si tratta di istituti di enorme impatto sotto il profilo teorico-sistematico, mentre più difficile è operare una valutazione in concreto, vista la novità dei fenomeni e la breve esperienza sinora maturata – per quanto riguarda la *class action*² – e l'assoluta assenza di riscontri per quanto riguarda la mediazione/conciliazione, non essendo la relativa disciplina ancora in vigore.

¹ "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". La data del 20 marzo 2010 riguarda soltanto la previsione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (art. 5, co. 1), ex art. 24 D.lgs. 28/2010; le rimanenti parti del D.lgs. sono entrate in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis* e salvo il rinvio ai successivi regolamenti attuativi.

² Due soltanto sono, allo stato, i provvedimenti emessi nel contesto di un'azione ex art. 140 *bis* cod. cons.: v. S. MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in www.judicium.it.

Entrambi gli istituti possono ricondursi a delle finalità comuni, di politica del diritto, perseguite dal legislatore italiano. In entrambi i casi, inoltre, l'intervento legislativo si pone, in certa misura, in linea con le indicazioni *de iure condendo* provenienti dall'ordinamento comunitario, anche se non siamo in presenza di provvedimenti attuativi di legislazione comunitaria (tranne per la disciplina sulla mediazione che, sia pure incidentalmente, è anche attuativa della direttiva CE 2008/52 del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale).

Dei nuovi istituti può darsi una lettura confinata alla loro rilevanza in ambito domestico o aperta alle implicazioni transnazionali: quest'ultima si presenta naturalmente più completa e corretta, visto il processo, in corso, di graduale instaurazione di uno spazio giuridico europeo e transnazionale che coinvolge sempre di più anche gli strumenti di tutela processuale ed extraprocessuale.

Al di là del (parzialmente) comune quadro generale di riferimento nel quale possono essere inquadrati, l'azione di classe e la mediazione-conciliazione presentano alcuni punti di contatto anche sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico. Il sovrapporsi della più recente disciplina della mediazione-conciliazione a quella della azione di classe ha determinato l'esigenza di un raccordo, operato dallo stesso D.lgs. 28/2010: è infatti emersa la necessità di stabilire se, ed a quali condizioni, la procedura di mediazione possa trovare spazio nel contesto dell'azione di classe. Inoltre e in assoluto – i.e. a prescindere dal raccordo con il D.lgs. 28/2010 – la conciliazione nel contesto dell'azione di classe solleva l'esigenza di tutela degli aderenti della classe, com'è emerso nella – sia pure molto diversa – esperienza statunitense.

2. *ADR e tutela collettiva inibitoria e risarcitoria nella politica comunitaria.* – È noto come si debba al diritto comunitario l'ingresso nell'ordinamento italiano della legislazione in materia di tutela dei consumatori, oggi in larga parte raccolta nel codice del consumo (il quale, del resto, si apre proprio con un esplicito riferimento all'ordinamento comunitario: v. art. 1).

L'art. 2 cod. cons. mette in primo piano il diritto dei consumatori alla tutela dei loro diritti ed interessi fondamentali: la relativa statuizione, nella sua genericità ed atecnicità, può essere intesa quale affermazione del diritto ad un rimedio, da individuarsi in

base alla disciplina di seguito dettata dallo stesso codice³. Al di là dei rimedi previsti dalle discipline di settore, il codice – nel libro V, dedicato alla risoluzione delle controversie – prevede specifici strumenti di tutela per i consumatori: le azioni collettive inibitorie, le azioni di classe (e precedentemente le “azioni collettive risarcitorie”), e le ADR.

A livello comunitario l’interesse per i profili rimediali e, più in generale, per i profili di accesso alla giustizia dei consumatori, è maturato – visto l’obiettivo di effettività della tutela sostanziale – in considerazione delle barriere che il consumatore incontra qualora voglia far valere i propri diritti (ostacoli psicologici, economici, asimmetrie informative, sproporzione fra valore della controversia e spese e durata della stessa), sia nel contesto del diritto interno, sia in quello transfrontaliero.

Per fronteggiare il problema l’intervento comunitario ha seguito due vie⁴.

Da una parte è stato incentivato il ricorso ai mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*; oppure ODR, *Online Dispute Resolution*, se in modalità *on line*); dall’altra, sono state introdotte le azioni collettive inibitorie e – nella fase attuale – è in esame l’introduzione delle azioni risarcitorie collettive (o seriali, di gruppo o *class actions*, nel senso che si chiarirà in seguito).

A) Le ADR

In materia di ADR l’intervento comunitario si è concretizzato in iniziative non vincolanti (ascrivibili al c.d. *soft law*), quali – in un primo momento – norme, inserite nel corpo di direttive settoriali, con cui gli Stati membri sono stati incentivati a prevedere forme di procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie

³ Cfr. G. VETTORI, in Codice del consumo, Commentario, a cura dello stesso A., Padova, 2007, *sub* art. 1, anche alla luce dell’evoluzione comunitaria, su cui v. dello stesso A., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 53 ss.

⁴ V. “Libro verde sull’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”, COM (9) def. del 16 novembre 1993, poi sfociato nel “Piano d’azione sull’accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno” COM (96) 13 del 14 novembre 1996.

consumeristiche (e parallelamente è stata promossa l'adozione di codici di condotta da parte delle associazioni di categoria). Successivamente e con portata generale, sono state adottate due raccomandazioni: la raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 "riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" e la raccomandazione della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 "sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo". La seconda raccomandazione ha portata residuale, nel senso che riguarda gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si limitano a far sì che le parti si incontrino per cercare una soluzione extragiudiziale della controversia pur senza proporre essi stessi una soluzione e che sono, in quanto, tali esclusi dal campo di applicazione della precedente raccomandazione. Utilizzando una terminologia di uso corrente in dottrina e mutuata dalla più matura esperienza di altri ordinamenti, potremmo dire che le due raccomandazioni coprono, rispettivamente, procedure aggiudicative e facilitative: nel primo caso il terzo propone una soluzione; nel secondo, il terzo si limita a far incontrare le parti e mediare affinché esse stesse trovino un accordo.

Le due raccomandazioni, ciascuna nel rispettivo ambito di applicazione, dettano i principi ai quali gli organi di gestione delle ADR dovrebbero uniformarsi, tra i quali, in particolare: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza.

Parallelamente e parimenti in forma non autoritativa, è stata istituita una rete extragiudiziale per la risoluzione delle controversie consumeristiche ("Rete comunitaria per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (REE)"⁵). La Rete è formata dagli organismi ADR accreditati presso gli Stati membri; ai fini dell'accREDITAMENTO, tali organismi e relative procedure devono essere conformi ai principi stabiliti nelle due raccomandazioni sopra citate. La Rete fa perno sui c.d. *Centri di compensazione*, uno per ogni Stato membro, ciascuno dei quali dovrebbe costituire in ogni Stato membro il punto di riferimento

⁵ Risoluzione del Consiglio 25 maggio 2000, in GUCE C 155/1 del 6 giugno 2000.

per i consumatori che vogliono ottenere informazioni circa i meccanismi nazionali di risoluzione delle controversie e, nel caso di controversie transfrontaliere, consentire anche un accesso rapido e semplice ad un canale giuridico per la risoluzione extragiudiziale delle controversie nel paese del fornitore. La Rete si affianca ed integra con la preesistente *Rete europea per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi finanziari* (FIN-NET), già operante e istituita dalla Direzione Generale Mercato Interno e facente perno sugli organi nazionali già deputati alla risoluzione delle controversie in materia bancaria e assicurativa.

Alle due raccomandazioni comunitarie in materia di ADR sopra citate il legislatore italiano ha riconosciuto un ruolo significativo quale parametro di riferimento nel giudizio di vessatorietà delle clausole ADR nell'art. 141, cod. cons., co. 4.

Le potenzialità delle ADR sono state prese in considerazione in ambito comunitario anche al di fuori del diritto dei consumatori: il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*⁶ ha lanciato un dibattito relativo all'opportunità di estendere il ricorso alla ADR a tutti gli ambiti, incluso diritto del lavoro e diritto di famiglia, e fatta eccezione per i diritti indisponibili; il documento fa riferimento sia alle ADR extraprocessuali, sia a quelle endoprocessuali, siano esse di esito vincolante o meno; si esclude dal novero delle ADR soltanto l'arbitrato, in quanto il lodo è considerato sostitutivo della decisione giudiziale e, pertanto, è assimilato ai procedimenti giurisdizionali ordinari.

La considerazione – da parte comunitaria – delle ADR come strumento utile per la risoluzione di pressoché tutte le controversie, dimostra come le motivazioni a favore – quali la maggiore celerità e minore onerosità rispetto alla giurisdizione ordinaria – possano essere invocate a prescindere dalla qualità delle parti⁷.

⁶ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM (2002) 196 del 19 aprile 2002 (da qui in avanti Libro verde sulle ADR).

⁷ L'incertezza, alla quale non sempre il diritto internazionale privato riesce ad ovviare, ed i problemi di conoscibilità della legge straniera o comunque i limiti di conoscenza dell'organo giudicante, possono essere fattori che ostacolano il commercio internazionale. Pertanto, l'Unidroit (Istituto Internazio-

Da ultimo è stata adottata la direttiva CE 2008/52 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale impone agli Stati membri l'introduzione di procedure di mediazione per le controversie transfrontaliere.

B) Le azioni collettive inibitorie

La seconda strada seguita a livello comunitario, lungo le linee proposte dal Libro verde sull'accesso alla giustizia sopra citato, consiste nell'introduzione in tutti gli Stati membri delle azioni collettive inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. In tal caso, diversamente dalle ADR, sono state adottate norme vincolanti: l'azione collettiva inibitoria è stata dapprima prevista in alcune direttive settoriali, e quindi in via generale, per le violazioni della normativa consumeristica (direttiva CE 98/27 sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, successivamente modificata ed ora ricodificata nella direttiva CE 2009/22). Qui, diversamente dalle ADR, l'iniziativa processuale non può essere assunta dal singolo consumatore leso, ma dalle associazioni di categoria o da enti preposti istituzionalmente alla tutela dei consumatori; inoltre, la domanda, se è accolta, sfocia in un mero provvedimento inibitorio, che giova all'intera categoria e non ai singoli, in quanto fa divieto al professionista di porre in essere per il futuro analoghi comportamenti illeciti. Si tratta, dunque, di un'azione general-preventiva, alla quale è del tutto estranea la finalità risarcitoria.

Nell'ordinamento italiano la relativa disciplina è negli artt. 37 (clausole vessatorie; la disposizione corrisponde all'abr. art. 1469 *sexies* c.c.) e 137 ss. del cod. cons., nei quali è stata trasposta

nale per l'Unificazione del diritto privato) si è fatto promotore della redazione di un codice di regole e principi destinati principalmente all'applicazione negli arbitrati commerciali internazionali (i Principi Unidroit per il commercio internazionale); anche i Principi di diritto europeo dei contratti, redatti dalla Commissione Lando con il supporto della Commissione europea, ed applicabili, diversamente dai Principi Unidroit, anche nelle controversie tra commercianti e consumatori, si propongono, tra l'altro, come strumento per gli arbitri. V. tra i tanti M.J. BONELL, *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. commercio int.*, 2004, 535 ss.; G. ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.

l'abrogata disciplina di cui alla l. 281/1998 sui diritti dei consumatori e degli utenti. La direttiva CE 98/27, e di conseguenza il diritto interno, ha previsto anche la possibilità per gli enti legittimati di proporre azione inibitoria presso le giurisdizioni di altri Stati membri nei quali sia localizzato il professionista responsabile della lesione dei diritti dei consumatori (azione inibitoria transfrontaliera)⁸.

C) Le azioni risarcitorie

A livello comunitario, l'interesse per le c.d. *class actions* è maturato dapprima nel contesto del diritto *antitrust*. Nell'ottica di promozione del c.d. *private enforcement* – politica volta a valorizzare il ruolo dei privati quali attori che operano accanto alle autorità *antitrust* nazionali e comunitarie per garantire l'effettività del diritto comunitario della concorrenza – è stata discussa l'opportunità di introdurre un'azione collettiva – da definire nei suoi più specifici connotati – volta – diversamente dall'azione inibitoria – al risarcimento del danno subito dai consumatori finali in conseguenza delle violazioni del diritto *antitrust*⁹.

⁸ Quindi, al fine di superare i residui problemi derivanti dalle controversie transfrontaliere, il reg. 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, relativo alla cooperazione tra le autorità nazionali incaricate di garantire l'applicazione della normativa in materia di protezione dei consumatori ("regolamento relativo alla cooperazione in materia di protezione dei consumatori"), ha introdotto un meccanismo di cooperazione fra autorità competenti nei vari Stati membri, con obblighi di assistenza reciproca e di intervento, eventualmente tramite esperimento dell'azione inibitoria nello Stato membro in cui è localizzato il professionista che pone in essere una condotta lesiva degli interessi di consumatori di altro Stato membro: v. art. 144 *bis* cod. cons.

⁹ V. Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 2 aprile 2008 COM(2008) 165 def.; Libro verde Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 19 dicembre 2005 COM(2005) 672 def. Si ricorda che la differenza tra Libro verde e Libro bianco è nel fatto che, se entrambi invitano le parti interessate a dare le proprie risposte ed osservazioni sui quesiti posti, il primo si limita ad aprire un dibattito su una data materia di interesse, il secondo (che segue spesso il dibattito aperto dal primo) propone l'intervento comunitario e ne illustra i possibili contenuti. A seguito del dibattito avviato sul *private enforcement*, è stato predisposto un disegno di direttiva, rimasto per ora privo di seguito: v. le Osservazioni di Confindustria 30 settembre 2009 sulla

Allo stato, l'introduzione di un'azione seriale è in fase di valutazione con riferimento a tutte le controversie consumeristiche: il Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori del 27 novembre 2008¹⁰ ha proposto, tra le possibili alternative alla soluzione dei problemi di effettività dei diritti dei consumatori nel caso di violazioni che colpiscono la massa nel contesto transfrontaliero¹¹, quella consistente nell'introduzione di una procedura giudiziaria di ricorso collettivo. In tal caso l'aspetto più controverso, anche visto il carattere transfrontaliero delle controversie, risulta quello inerente alla scelta tra *opt-in* e *opt-out*¹².

Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme *antitrust* comunitarie; il disegno prevedeva sia azioni di gruppo con meccanismo *opt-in*, sia azioni rappresentative promosse da soggetti legittimati con modalità *opt-out*.

¹⁰ COM (2008) 794 def.

¹¹ Le altre alternative proposte sono le seguenti: nessun intervento, misure di cooperazione tra Stati membri (consentire l'accesso alle procedure collettive risarcitorie disponibili in uno Stato membro anche a consumatori o a gruppi o enti esponenziali di altri Stati membri), associazione di strumenti diversi, vincolanti e non (potenziamento delle ADR e della cooperazione tra Stati membri, ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento CE n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, c.d. regolamento *small claims*, adottato anch'esso in un'ottica di semplificazione delle controversie transfrontaliere).

¹² V. Libro verde: "56. Le soluzioni *opt-out* potrebbero ridurre alcune delle difficoltà dei sistemi *opt-in*. Spesso tuttavia sono considerate in maniera negativa in Europa, a causa del rischio percepito di favorire un eccesso di vertenze, come si verifica in alcuni paesi non europei. Qualsiasi sistema di ricorso collettivo dovrebbe essere progettato in modo da evitare questo rischio. Ad ogni modo resta problematica la diffusione delle informazioni attraverso le frontiere. La mancanza di informazioni potrebbe determinare una situazione nella quale i consumatori si troverebbero vincolati da una sentenza senza essere a conoscenza o senza essere stati in grado di contestare la gestione della causa. Inoltre, nelle procedure *opt-out* le organizzazioni dei consumatori potrebbero trovarsi di fronte all'onere di dovere identificare le vittime e distribuire il risarcimento.

57. In una soluzione *opt-in* i problemi citati potrebbero essere risolti se il tribunale distribuisse il risarcimento, permettesse ai consumatori di aderire ad un'azione di massa dopo che è stata pronunciata la sentenza in un "test case" e rendendo la sentenza applicabile a tutte le vittime. Ogni consumatore dovrebbe tuttavia seguire una procedura giudiziaria specifica per poter godere dei vantaggi della sentenza".

3. *L'azione di classe (art. 140 bis cod. cons.)*. – In Italia, l'esigenza di introdurre una forma di tutela risarcitoria seriale è stata avvertita a seguito degli scandali finanziari Cirio-Parmalat¹³; il problema è emerso anche in seguito alla vicenda giudiziaria relativa al risarcimento del danno *antitrust* a favore dei consumatori, lesi – sia pure per importi esigui – da un cartello posto in essere tra diverse case assicuratrici¹⁴. Può menzionarsi come anche in Germania l'esigenza di regolamentazione è arrivata dal contenzioso relativo ad illeciti sul mercato finanziario, da cui sono scaturite circa 13.000 azioni; da ciò una legge volta a fronteggiare tale carico giudiziario (e con vigenza limitata: la legge era destinata a cessare di vigore il 1° novembre 2010)¹⁵.

L'art. 140 *bis* ha una storia travagliata. È stato introdotto nel cod. cons. dall'art. 2, co. 445-449 l. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008) ed era destinato ad entrare in vigore il 30 giugno 2008; tale termine è stato differito due volte. Alla base dei rinvii si è posta l'esigenza di sciogliere alcuni nodi: in particolare, valutare l'introduzione dell'azione collettiva nei confronti della p.a.¹⁶. A seguito di numerose proposte e disegni di legge, l'art. 49 l. 23 lu-

¹³ L'irretroattività della disciplina non consente l'utilizzo dell'azione di classe per i casi *de quibus*; inoltre, dubbia è l'utilizzabilità dell'istituto negli illeciti finanziari: v. sul punto A. FRIGNANI-P. VIRANO, *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in www.judicium.it, 14-16, distinguendo a seconda delle fattispecie.

¹⁴ V. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. La sentenza ha consacrato il principio per cui i consumatori possono chiedere il risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza; si applica, in tal caso la l. *antitrust* n. 287/1990.

¹⁵ V.R. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, Relazione al Convegno *Le azioni seriali*, Pisa, 4-5 maggio 2007, testo provvisorio.

¹⁶ A ciò si è provveduto con il D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici; facendo rinvio al testo di legge, ci si limita qui ad evidenziare che non si tratta peraltro di un'azione mirante al risarcimento del danno. Inoltre, il co. 12 dell'attuale art. 140 *bis* prevede che "In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanati".

glio 2009, n. 99, c.d. legge sviluppo, ha introdotto una disciplina nuova, in vigore dal 1° gennaio 2010, per gli illeciti successivi al 15 agosto 2009.

Non ci soffermiamo qui sulle caratteristiche della vecchia disciplina, mai entrata in vigore¹⁷. Ci limitiamo a rimarcare come essa attribuisse legittimazione ad agire esclusivamente alle associazioni dei consumatori iscritte all'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. ed alle associazioni ed ai comitati ritenuti comunque rappresentativi della categoria, ad esclusione di singoli consumatori aggregati in una "classe"; il procedimento ivi previsto era inoltre particolarmente farraginoso e complesso (in particolare per quanto riguarda le modalità attraverso le quali i singoli consumatori potevano addivenire alla liquidazione del danno) e non coerente con la *ratio* di economia processuale alla base dell'istituto.

L'attuale disciplina si articola in diverse fasi e tocca aspetti di diritto processuale più che di diritto sostanziale; rispetto alla complessità dell'istituto, il testo è sintetico, soprattutto per i profili processuali; per chiarire le incertezze e segnare i limiti agli ampi poteri discrezionali attribuiti al giudice, occorrerà attendere gli esiti giurisprudenziali. Facendo rinvio al dibattito dottrinale¹⁸, ci si limita qui ad evidenziare i punti di maggior rilievo, anche ai fini del successivo accostamento alla disciplina della mediazione/conciliazione.

Legittimazione e campo di applicazione

Il testo attuale dell'art. 140 *bis* amplia la legittimazione ad agire e consente ai singoli consumatori di esperire l'azione risar-

¹⁷ Tra i tanti v. P.F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, 2008; G. D'ALFONSO, *La tutela risarcitoria delle pretese seriali tra "azioni di classe" ed "azioni collettive": il nuovo art. 140-bis del codice del consumo (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2008, 523 ss.; C. MOREO, *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 190 ss.; C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'"opt in" anziché quella danese dell'"opt-out" e il filtro ("L'inutil precuazione")*, in *Corriere giuridico*, 2008, 5 ss.

¹⁸ Per una trattazione generale dei vari aspetti della disciplina, alla luce del diritto comunitario e delle esperienze straniere v. G. D'ALFONSO, *sub art. 140 bis cod. cons.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, 938 ss.

citoria: "ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni" (art. 140 *bis*, co. 1); a sottolineare la modifica, si parla ora di "azione di classe" e non più di "azione collettiva risarcitoria".

Diversamente da quanto si verifica in altri ordinamenti, il campo di applicazione dell'istituto è limitato sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo.

L'azione di classe è infatti esperibile solo da "consumatori" (o "utenti"), da individuarsi in base alla definizione di cui all'art. 3, lett. a) cod. cons. (è "consumatore" o "utente" "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"). Il Tribunale di Torino, con il primo provvedimento emanato a seguito dell'entrata in vigore della disciplina, ha escluso che l'art. 140 *bis* possa essere applicato estensivamente, a tutela di tutti coloro che, anche se non "consumatori" in senso stretto, si trovino in condizioni di debolezza rispetto alla controparte imprenditoriale (così non accogliendo le indicazioni di quella dottrina che propendeva per la soluzione più ampia)¹⁹.

Guardando al lato passivo, è dubbio se il termine "impresa" debba essere interpretato in senso stretto e nell'accezione di diritto interno, o in senso più ampio, ad includere anche il professionista (considerando che proprio nel codice del consumo la controparte del consumatore è il "professionista", categoria che peraltro include – per effetto del diritto comunitario – anche l'"imprenditore")²⁰.

Sotto il profilo oggettivo, l'azione di classe è data a tutela di "diritti individuali omogenei" dei consumatori od utenti esclusivamente nei tre ambiti delineati dall'art. 140 *bis*, co. 1: diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi

¹⁹ Trib. Torino, ordinanza 27 maggio 2010, reperibile sul sito www.judicium.it.

²⁰ Per l'accezione meno ampia FRIGNANI-VIRANO, *op. cit.*, 5, per quella più estesa F. SANTANGELI-P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in www.judicium.it, 22.

i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. (lett. a); responsabilità del produttore verso il consumatore finale per danno da prodotto difettoso (lett. b; v. art. 114 ss. cod. cons.); diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette (v. art. 18 ss. cod. cons.) o comportamenti anticoncorrenziali (lett. c).

Opt-in ed efficacia della sentenza

L'azione di classe si basa sul meccanismo dell'*opt-in*: il provvedimento finale ha effetto soltanto nei confronti dei consumatori che abbiano aderito all'azione (co. 3). In tal modo il legislatore ha reso il meccanismo di tutela seriale coerente con il principio dell'efficacia soggettiva del giudicato (art. 2909 c.c.) e con i principi costituzionali che sanciscono i diritti alla difesa e al contraddittorio, chiamati in causa contro l'*opt-out* (artt. 24 e 111, co. 2 Cost. in particolare): "La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva" (co. 14).

L'adesione implica la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria fondata sul medesimo titolo (salvo quanto previsto in riferimento al caso di rinuncia o transazione, su cui si dirà *infra*). Specularmente, non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa; quelle proposte sono riunite d'ufficio (davanti al primo giudice, se proposte dinanzi ad altro giudice).

Ammissibilità della domanda; contenuti dell'ordinanza

All'esito della prima udienza il tribunale (del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, in composizione collegiale) decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda; la domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (co. 6)²¹.

²¹ Il tribunale può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo (co. 6). L'ordinanza che decide

Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice decide sulle spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente (co. 8). Si noti che la condanna alle spese riguarda il solo rappresentante e non gli aderenti (per la cui adesione, oltre tutto, non è necessaria assistenza legale).

Qualora l'azione venga ammessa, il tribunale fissa termini e modalità della pubblicità, al fine di consentire l'adesione da parte degli interessati. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda (co. 9).

Segue. Definizione della classe e pubblicità

Con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, il tribunale definisce anche i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione; fissa un termine perentorio non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione sono depositati in cancelleria; copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico, che provvede a dare ulteriore pubblicità, eventualmente anche tramite il sito.

Segue. Regole del procedimento

La disciplina assegna al giudice ampio potere discrezionale, in modo da consentire che il procedimento si svolga con tempi e modalità proporzionate alle circostanze concrete. Con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, il tribunale "determina altresì la procedura assicurando nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile e revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; assegna alle parti l'onere della pubblicità ritenuta ne-

sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore; la corte d'appello decide in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso; il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale (co. 7).

cessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio" (co. 11).

Sentenza di condanna

Con la sentenza di condanna il tribunale liquida in via equitativa le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di tali somme. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione (co. 12).

3.1. *Segue. Principali differenze rispetto alla class action statunitense.* – Per quanto le modifiche apportate alla versione originaria dell'art. 140 *bis*, legittimando all'azione anche i singoli consumatori e non le sole associazioni rappresentative, abbia "avvicinato" l'azione di classe italiana e la *class action* americana, la distanza tra i due istituti rimane incolmabile: alcune differenze sono "irriducibili", nel senso che dipendono da caratteristiche generali del sistema statunitense esterne all'istituto della *class action*, ma tali da condizionare l'esito e l'impatto di quest'ultima, che non sono "trapiantabili" nel nostro ordinamento.

- 1) Nel considerare la *class action*, non si può omettere di rilevare che negli Stati Uniti la giuria – istituto anomalo dal punto di vista del nostro ordinamento²², soprattutto nelle controversie civilistiche – ha un ruolo determinante. I giurati, per provenienza (comuni cittadini) e formazione (non tecnico-giuridica) più facilmente tendono a "simpatizzare" con il danneggiato ed a considerarlo una vittima dell'impresa.
- 2) Inoltre, esiste la categoria dei *punitive damages*: si tratta di danni ulteriori rispetto a quelli *compensatory*, consistendo in una somma di denaro che il convenuto è chiamato a pagare al di là del pregiudizio effettivamente sofferto dal danneggiato; vengono giustificati in funzione di *punishment* e *deterrence*. La quantificazione dei *punitive damages* non è ancorata a

²² Il diritto al processo con giuria è previsto a livello costituzionale (V emendamento); la partecipazione dei cittadini al processo è considerata manifestazione di democrazia.

criteri rigidi: la disciplina è dettata perlopiù dalla giurisprudenza, che ha cercato di fissare un tetto massimo al *quantum*, in rapporto ai danni *compensatory*. In Italia, e in generale negli ordinamenti di *civil law*, tale voce di danno non è riconosciuta, ed è anzi considerata contrastante con i fondamenti della responsabilità civile. La Cassazione a sezioni unite, in sede di delibazione di una sentenza statunitense di condanna ai danni punitivi, ha escluso la compatibilità di tali danni con l'ordine pubblico²³: "Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato"²⁴.

- 3) I compensi degli avvocati seguono un regime diverso da quello italiano. Non si applica la regola della soccombenza e ciascuna parte sobbarca i propri costi (salvo rilevare che le

²³ Cass., sez. III, 19-1-2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, 497-505, con commento adesivo di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco* e in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota critica di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*; A. DE PAULI, *L'irriconscibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni "punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2100. V. App. Venezia, 15 ottobre 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 765, con nota di G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*; Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna ai punitive damages*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 977-990.

²⁴ In senso critico per la perentorietà delle affermazioni con cui è stata proclamata l'estraneità alla responsabilità civile della funzione punitiva e sanzionatoria v. PONZANELLI, *op. cit.*, 1463-1464: secondo l'A. la motivazione avrebbe dovuto porre maggiormente l'accento sulla impossibilità di individuare, nella somma globalmente liquidata a titolo di risarcimento, la proporzione dovuta a titolo di *compensation* da quella punitiva; ha inoltre assegnato alla responsabilità civile funzione esclusivamente riparatoria, ignorando il dibattito in materia e quanto emerge dai più recenti interventi normativi (nel settore della privativa industriale, delle illegali intercettazioni telefoniche, dei danni da diffamazione ...), nei quali si guarda anche alla posizione del danneggiante in funzione di special prevenzione.

spese legali sono implicitamente prese in considerazione in sede di quantificazione del danno); il ricorso a pattuizioni che vincolano il compenso all'esito della lite è normale (*contingency fees*). Peraltro, dietro la proposizione della *class action* non vi è necessariamente un patto di quota lite tra l'avvocato ed il *class representative*: tale eventualità è secondaria sotto il profilo degli incentivi all'azione, dal momento che l'avvocato ha in ogni caso diritto al compenso anche per l'opera svolta in favore dei componenti passivi del gruppo, con i quali – trattandosi di modello che contempla l'*opt-out* – non ha alcun patto²⁵.

Pertanto gli avvocati americani – le *law firms* specializzate proprio nelle *class actions* – hanno maggiori incentivi all'azione. Nel nostro ordinamento, le novità introdotte dalla riforma Bersani (l. 248/2006) per quanto riguarda i compensi professionali (derogabilità al di sotto del minimo tariffario, abolizione del divieto di patto di quota lite) non sono in grado di determinare un allineamento rilevante, sotto questo profilo, al diritto statunitense²⁶.

Per quanto invece riguarda le particolarità specifiche della *class action* – di cui qui non può che offrirsi una panoramica estremamente sintetica e generale, tenuto conto che la materia è disciplinata sia a livello federale, sia a livello statale e la relativa disciplina è in parte giurisprudenziale – è da evidenziare, innanzi tutto, che l'ordinamento statunitense ammette il meccanismo dell'*opt-out*. Da ciò le maggiori potenzialità della *class action* americana in termini di "numerosità" dei membri della *class* e la maggiore efficacia deterrente (anche per l'impossibilità, da parte dell'impresa convenuta, di stimare preventivamente con precisione l'impatto economico dell'eventuale condanna).

Inoltre, il campo di applicazione della *class action* è generale, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo.

Il cumularsi delle caratteristiche sopra menzionate fa sì che – vista anche l'ampiezza del mercato statunitense ed il maggior numero di potenziali vittime di condotte lesive – la *class action*

²⁵ A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 132-138.

²⁶ V.A. BERLINGUER, *La professione forense*, Torino, 2008, 23-31 (sulla disciplina italiana), 212-219 (sulla disciplina statunitense).

statunitense abbia un impatto significativo sia sotto il profilo quantitativo dei soggetti danneggiati coinvolti, sia sotto il profilo, parimenti quantitativo, degli importi liquidati a titolo di risarcimento²⁷.

Nel 2005 il legislatore federale è intervenuto per arginare i fenomeni di *forum shopping*. Posto, infatti, che la *class action* è disciplinata sia a livello statale sia a livello federale (23 Federal Rules of Civil Procedure)²⁸, in caso di controversie in cui risultano coinvolte parti di diversi Stati (*diversity of citizenship*), la parte attrice ha la possibilità di scegliere una giurisdizione statale piuttosto che un'altra, ai fini del radicamento della causa; da ciò la tendenza a scegliere, in presenza di più alternative, giurisdizioni particolarmente favorevoli (essendo i giudici statali, diversamente da quelli federali e a seconda delle specificità della disciplina statale di volta in volta in considerazione, di nomina popolare, a tempo e rieleggibili, e dunque non *super partes*); la competenza delle corti federali era prevista sulla base di requisiti restrittivi. Per contrastare gli abusi derivanti dalla possibilità di rivolgersi ad un giudice "amico", il Class Action Fairness Act del 2005 è intervenuto sui criteri di ripartizione della giurisdizione tra corti statali e federali, in modo da consentire che la causa venga più agevolmente radicata dinanzi alla giurisdizione federale, la quale dà maggiori garanzie di imparzialità²⁹. La stessa riforma si è inoltre preoccupata di tutelare i membri della *class* contro la possibilità che, in sede di conciliazione-transazione, il risarcimento del danno venga ad essi attribuito in forma di *coupons*, mentre l'avvocato percepisce il compenso in denaro e per una somma sproporzionata rispetto al valore dei *coupons*.

²⁷ Una corrente di pensiero statunitense ritiene la *class action* responsabile (insieme, in particolare, con i *punitive damages*) della esplosione del contenzioso (*litigation explosion*) e della crisi della responsabilità civile (*tort crisis*), da cui deriverebbero effetti negativi per l'intera società, a causa dei macroscopici ed imprevedibili risarcimenti e del conseguente fallimento delle imprese di assicurazione.

²⁸ Sulle particolarità della disciplina della *class action* nelle controversie relative ad illeciti finanziari v. E. BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.*, 2005, 817 ss.

²⁹ L. FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, *Danno e resp.*, 2006, 13 ss.

4. *Il campo di applicazione del D.lgs. 28/2010 e gli esiti della mediazione.* – Così come per l'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* cod. cons., ci limitiamo qui a richiamare le caratteristiche essenziali della mediazione/conciliazione di cui al D.lgs. 28/2010.

Per "mediazione" si intende "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti *sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*" (lett. a, art. 1) e per conciliazione (lett. c) "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione").

Per quanto il nostro ordinamento abbia avviato soltanto recentemente una politica di incentivazione di tali strumenti e lo abbia fatto non in via generalizzata, ma per singoli settori, i termini "mediazione" e "conciliazione" non sono nuovi nel linguaggio giuridico italiano. Tuttavia, quando si parla della mediazione/conciliazione di cui al D.lgs. 28/2010, le regole da seguire sono quelle dettate dallo stesso provvedimento; le altre forme di conciliazione o mediazione eventualmente previste nell'ordinamento, normalmente facoltative (quali quelle gestite dalla Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da organismi di categoria, su base volontaria, perchè previste da codici di condotta o regolamenti interni) seguiranno le rispettive regole.

Prescindendosi da quanto previsto sulla qualificazione dei soggetti mediatori e sui loro compensi³⁰, rileva qui individuare, in particolare, quali siano i casi in cui la procedura di mediazione è prescritta a pena di procedibilità, quali possano essere gli

³⁰ Ricordiamo che il D.lgs. 28/2010 ha abrogato la disciplina della conciliazione di cui agli artt. 38-40 D.lgs. 5/2003, specificando che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni dello stesso D.lgs. 28/2010 (art. 23). È rimasto però in piedi, transitoriamente sino all'adozione di nuovi regolamenti, il registro dei conciliatori di cui al DM 222/2004, istituito in attuazione dell'ora abrogato D.lgs. 5/2003 (art. 16); la disciplina è stata quindi dettata dal regolamento 18 ottobre 2010, n. 180 recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010.

esiti della procedura e quali le conseguenze derivanti dalla mancata conciliazione nel successivo giudizio.

Campo di applicazione: mediazione facoltativa e mediazione a pena di procedibilità

La mediazione deve essere esperita a pena di procedibilità nelle seguenti materie (art. 5, co. 1): 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 a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza, o rilevata dal giudice d'ufficio, non oltre la prima udienza (art. 5 co. 1, seconda parte).

La mediazione facoltativa può essere attivata dalle parti per la conciliazione di qualsiasi controversia in materia civile e commerciale che verta su diritti disponibili (art. 2). Le parti possono cioè avvalersi della procedura di cui al D.lgs. 28/2010 anche al di fuori dei casi in cui la mediazione è prevista a pena di procedibilità. Come sopra rilevato, dalla possibilità di usufruire della disciplina del D.lgs. 28/2010 non dovrebbe tuttavia desumersi l'obbligatorietà di far riferimento ad essa in tutte le ipotesi in cui si voglia ricercare una soluzione extragiudiziale della controversia: resta ferma la possibilità per le parti di utilizzare altri modelli di mediazione/conciliazione a loro disposizione. In tal senso depone anche il co. 2 dello stesso art. 2 là dove recita che "il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e partitetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi".

Altra ipotesi di mediazione/conciliazione, che può definirsi eventuale in quanto spetta al giudice facoltativamente indirizzare le parti in tal senso, è prevista dall'art. 5, co. 2: il giudice, anche in sede d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o prima della discussione della causa quando tale udienza non è prevista, *può* invitare le parti a procedere alla mediazione. La norma può essere intesa con riferimento sia ai casi in cui nel precedente grado di giudizio le parti

abbiano infruttuosamente esperito la mediazione, sia ai casi in cui la mediazione non sia stata esperita e né il convenuto né il giudice abbiano, rispettivamente, eccepito e rilevato l'improcedibilità della domanda.

Esiti della mediazione

La mediazione può concludersi con un accordo raggiunto dalle stesse parti con l'assistenza del mediatore; oppure concludersi semplicemente con il mancato raggiungimento dell'accordo; oppure ancora il mediatore *può* formulare una proposta; *deve* formulare una proposta qualora le parti ne facciano concorde richiesta in qualunque fase del procedimento.

L'eventuale proposta del mediatore non è vincolante. La mancata accettazione produce tuttavia delle conseguenze nel successivo giudizio in termini di spese processuali: la parte vittoriosa ad esito del giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria, qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta non accettata, *perde il diritto alla ripetizione delle spese sostenute riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta ed è condannata al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nello stesso periodo, nonché al versamento allo stato di una ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto* (art. 13). La parte vittoriosa che abbia rifiutato la proposta del mediatore è tenuta anche al *pagamento dell'indennità al mediatore e all'esperto* eventualmente nominato in corso di procedura. Qualora il provvedimento del giudice che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta, il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'eventuale esperto nominato qualora ricorrano gravi ed eccezionali ragioni; con motivazione.

Sono applicabili gli artt. 92 e 96 c.p.c., come modificati dalla l. 69/2009.

Dunque, per quanto sembra importante evidenziare, la proposta del mediatore non è vincolante e il rifiuto della proposta non rileva nel merito del successivo giudizio instaurato dinanzi al giudice ordinario; rileva ai fini delle spese processuali. Inoltre l'art. 20 del D.lgs. prevede un regime di agevolazione fiscale per

coloro che abbiano corrisposto l'indennità al mediatore in caso di successo della mediazione (art. 20, co. 1).

5. *Il raccordo tra mediazione e azione di classe.* – Quando la mediazione deve o può svolgersi all'interno dell'azione di classe³¹?

L'art. 5 del D.lgs. 28/2010, co. 1, ult. periodo, esclude l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione nel contesto delle azioni inibitorie (art. 37: clausole vessatorie; 140 cod. cons.: tutti gli altri casi di lesione dei diritti dei consumatori di cui all'art. 2 cod. cons.) e delle azioni di classe (art. 140 *bis*). La relazione governativa al D.lgs. 28/2010 spiega che "Nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità³² o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni".

Guardando all'elencazione di cui all'art. 5 del decreto, le controversie riguardanti normalmente "consumatori" sono quelle relative a contratti assicurativi, bancari e finanziari; tali controversie potrebbero ricadere anche nell'ambito di applicazione dell'azione di classe, in particolare nella previsione di cui alla

³¹ F. SANTAGADA, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumi*, in www.judicium.it, con riferimento a quanto previsto dall'art. 140 *bis* nell'originaria formulazione. L'abrogata disciplina dell'azione collettiva risarcitoria prevedeva una procedura di conciliazione successiva (di "completamento") alla sentenza, ai fini della quantificazione del risarcimento spettante ai singoli consumatori, in alternativa alle azioni individuali da questi proponibili allo stesso fine; mancava invece in quel testo la previsione di un conciliazione preventiva (rispetto alla stessa proposizione della domanda ed alla sentenza); nell'attuale disciplina il tentativo di conciliazione di "completamento" non è più previsto: il giudice determina direttamente il *quantum* spettante ai singoli o i relativi criteri di quantificazione.

³² L'art. 140 cod. cons., co. 5, subordina la proposizione dell'azione collettiva inibitoria al previo invio di lettera raccomandata con a.r. da parte dell'associazione al professionista con cui si richiede a quest'ultimo la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori; l'azione può essere proposta decorsi quindici giorni da tale invio.

lett. a) del co. 1 dell'art. 140 *bis* cod. cons. (diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.); potrebbero ricorrere, in ipotesi, anche le fattispecie di cui alla lett. c) (ri-storo del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali). Stante l'espressa esclusione legislativa di obbligatorietà nel caso di azioni di classe, la mediazione potrà comunque essere utilizzata, secondo la regola generale, per scelta delle parti (mediazione facoltativa) in qualunque controversia inerente a diritti disponibili (ferma restando la possibilità di privilegiare le "negoziazioni volontarie e paritetiche" e le "procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi") (art. 2 D.lgs. 28/2010) ed anche, in tal caso, nel contesto dell'azione di classe.

Ciò premesso, l'art. 15 del D.lgs. 28/2010, rubricato "Mediazione nell'azione di classe", precisa che la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione all'azione di classe ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente aderito (e non soltanto nei confronti del "rappresentante" o dei "rappresentanti" della classe). La disposizione può leggersi specularmente al co. 15 dell'art. 140 *bis*, che esclude che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti abbiano effetto nei confronti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito: in entrambi i casi si afferma che, in assenza di specifico assenso, l'adesione all'azione di classe comporti soggezione alla conciliazione intervenuta in corso di causa (e consumazione del diritto del singolo ad agire individualmente o in un'altra azione di classe); coerentemente, il co. 3 dell'art. 140 *bis*, nella parte in cui dispone che l'adesione all'azione di classe preclude all'aderente l'esercizio individuale dell'azione fondata sul medesimo titolo, fa salvo quanto disposto dal co. 15³³.

³³ In verità l'art. 15 D.lgs. 28/2010, nella sinteticità della formulazione e nel fare riferimento temporale al termine previsto per le adesioni nell'azione di classe, solleva diversi problemi, da risolvere in via interpretativa. In particolare ci si è chiesti se la disposizione abbia o meno portata precettiva autonoma e più ampia rispetto all'art. 140 *bis*, co. 15, cod.cons. e se sia consentita la conciliazione prima della scadenza del termine per le adesioni: v. M. ZULBERTI, Commento all'art. 15 D.lgs. 28/2010, in *La mediazione nelle controversie*

Dunque si valorizza la conciliazione tra il rappresentante e il convenuto, in coerenza con la *ratio* di economia processuale, ma si tutelano adeguatamente i diritti dei singoli aderenti, i quali, presa visione del contenuto della proposta di conciliazione (o di transazione) potrebbero scegliere di riservarsi la possibilità di esperire azione individuale.

Nient'altro si dice sulle modalità della conciliazione nell'azione di classe. Vi è chi non ritiene coerente con la *ratio* dell'istituto che il giudice che voglia percorrere la strada della conciliazione delegata debba rivolgere l'invito a tutti gli aderenti. Si può allora ipotizzare che, espletata la mediazione, il consenso degli aderenti debba essere acquisito prima della firma della conciliazione; tuttavia, è stato osservato che tale soluzione non presenta vantaggi e non risponde a necessità: in ogni caso, se l'attore transige, l'azione di classe sarebbe destinata a cadere; si tratterebbe, allora, di verificare quanti singoli consumatori saranno coinvolti e quanti invece manterranno la possibilità di far valere in altro processo i loro diritti³⁴. Può peraltro rilevarsi che, ai fini dei contenuti o finanche dell'*an* della stessa transazione o conciliazione, per il convenuto può essere rilevante, se non determinante, sapere quanti aderiranno.

Diversa la disciplina della conciliazione negli Stati Uniti: qui non è richiesta l'adesione alla conciliazione da parte dei singoli aderenti, che, nel modello *opt-out* neppure risultano necessariamente individuati; è il giudice a valutare l'idoneità della conciliazione a soddisfare gli interessi dei componenti della classe, eventualmente negando l'omologazione (gravando su di lui una difficile valutazione sull'equità della conciliazione rispetto alle prospettive di accoglimento della domanda nel merito, da farsi in un momento in cui il giudizio sul merito non si è ancora svolto)³⁵.

sie civili e commerciali, Commentario al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010, 228 ss.

³⁴ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, 20-21.

³⁵ GIUSSANI, *op. cit.*, 91: la conciliazione è circondata da una serie di garanzie procedurali: si richiede apposita udienza; i componenti passivi del gruppo devono essere previamente informati dei termini dell'accordo e possono contestare la proposta conciliativa; lo stesso è previsto per la pronuncia

6. *Valutazioni critiche d'insieme.* – La disciplina dell'azione di classe è stata criticata soprattutto per la lacunosità; come si è detto, la disciplina processuale è scarna e dovrà essere costruita dalla dottrina e dai giudici³⁶. Un'autorevole dottrina³⁷ ha criticato anche la scelta in favore dell'*opt-in*: l'*opt-out* sarebbe più efficiente, soprattutto quando il danno individuale è esiguo, cosicché l'alternativa all'azione di classe è "nessuna azione"³⁸.

Condivise e severissime sono le critiche alla disciplina della mediazione/conciliazione: diversamente dalla azione di classe, qui, oltre tutto, il nuovo istituto è destinato a trovare applicazione – obbligatoriamente – in un maggior numero di casi e ad incidere sull'attività professionale di tutti gli avvocati.

La critica più comune concerne proprio l'obbligatorietà della mediazione (non richiesta, tra l'altro, dalla legge delega): il successo delle ADR, nelle più mature esperienze di altri ordinamenti, dipenderebbe proprio dalla facoltatività della procedura; il

di liquidazione del compenso dell'avvocato, anche se in tal caso l'udienza è facoltativa; può essere concesso un nuovo termine per l'*opt-out*; non possono omologarsi conciliazioni discriminatorie nei confronti dei componenti passivi del gruppo geograficamente più lontani; ulteriori strategie: affiancare al difensore del gruppo un ausiliare del giudice; retribuire il campione rappresentativo affinché vigili sull'operato dell'avvocato (e vietare che il campione sia retribuito proprio da quest'ultimo); selezionare come campione rappresentativo il soggetto la cui pretesa sia di maggior valore.

³⁶ Secondo SANTANGELI-PARISI, *op. cit.*, le lacune sarebbero "tali da rendere difficile prevedere una piena e fruttuosa applicazione della nuova disciplina".

Uno dei primi provvedimenti casi di azione di classe, è un decreto del Tribunale di Napoli relativamente alla chiamata di terzo, non disciplinata nell'art. 140 *bis*: v. S. MENCHINI, *op. cit.*

³⁷ GIUSSANI, *op. cit.*, 45-52.

³⁸ Critico rispetto agli indirizzi comunitari, in quanto contrastanti con i dati ricavabili dalla stessa esperienza europea, v. R. GAUDET, *Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class action overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience*, in *European Competition LR* 2009, 107 ss. (in ambito europeo, la Norvegia ha scelto l'*opt-out* per le controversie di modesto ammontare, la Danimarca ha affiancato al modello *opt-in* un modello *opt-out* per le controversie di modesto ammontare qualora l'azione venga intrapresa di una pubblica autorità; l'Olanda prevede dei meccanismi *opt-out* per gli accordi transattivi, sotto la supervisione del giudice; in presenza di un meccanismo *opt-out*, vi è dunque la tendenza ad adottare cautele a tutela degli interessi di tutti i membri della classe).

meccanismo sanzionatorio previsto in caso di rifiuto della proposta è eccessivamente severo; il fatto che le parti non possano sapere all'inizio del procedimento se il mediatore, una volta che l'accordo non venga raggiunto, formulerà o meno un proposta, con le conseguenze che ne derivano in caso di rifiuto, fa sì che esse siano meno inclini a scoprire le proprie carte³⁹.

Considerando altro profilo, come premesso l'azione di classe e la mediazione possono essere considerate congiuntamente quali strumenti per il perseguimento di analoghe finalità di politica del diritto; ciò vale nell'ottica di diritto interno come nell'ottica sovranazionale.

In verità, a livello di diritto interno ciò che sembra avere maggiormente di mira il legislatore è il conseguimento di economie processuali, con minor aggravio della macchina giudiziaria e risparmio di costi.

A livello comunitario, in primo piano sembra collocarsi l'esigenza di effettività del diritto sostanziale come armonizzato dallo stesso legislatore comunitario; l'esito in termini di economia processuale sembra costituire una conseguenza della finalità di effettività perseguita, e non una finalità a sé stante.

In entrambi i casi, la materia deve essere considerata nei suoi risvolti sovranazionali, in un'ottica di concorrenza tra ordinamenti e di progressiva instaurazione di uno spazio di risoluzione delle controversie, in via giudiziale ed extragiudiziale, comune.

Al di là della necessità di predisporre uno strumento di tutela risarcitoria seriale fruibile nell'ordinamento interno, una ragione forte per l'introduzione dell'istituto viene ravvisata nella necessità di impedire che la giurisdizione americana – o altre giurisdizioni – sottraggano alla giurisdizione italiana controversie che coinvolgo-

³⁹ In senso critico all'obbligatorietà della conciliazione v. per tutti M. BOVE, *op cit.*; F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it; quest'ultimo A., con formula efficace, in senso critico alla disciplina delle spese processuali prevista in riferimento al caso in cui la parte vittoriosa nel processo rifiuti una proposta conciliativa analoga alla sentenza: "Si tratta di una vittoria che, dal punto di vista della condanna alle spese, è trattata peggio di una soccombenza integrale".

no cittadini italiani, come convenuti o come titolari dei diritti lesi⁴⁰; la mancanza di un meccanismo di tutela risarcitoria seriale rende più difficilmente accoglibile presso la giurisdizione americana l'eccezione *forum non conveniens*⁴¹ qualora un'impresa italiana venga ivi convenuta: il giudice adito tenderà a privilegiare gli interessi delle vittime locali piuttosto che quelli dell'impresa straniera⁴².

Per quanto riguarda la conciliazione e le ADR in genere, può pensarsi ad una loro circolazione quali titoli esecutivi europei. In prospettiva si può pensare ad un meccanismo generalizzato, simile a quello introdotto dal regolamento CE 805/04 del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati: tale regolamento stabilisce che le "transazioni aventi ad oggetto crediti ..., approvate dal giudice o concluse nel corso di un procedimento giudiziario ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro in cui sono state approvate o concluse " possono essere certificate come titoli esecutivi europei dallo stesso giudice dinanzi al quale sono state concluse" (là dove la disposizione ha copertura maggiore dell'art. 58 reg. CE 44/2001⁴³, che riconosce efficacia esecutiva in altro Stato membro alle sole conciliazioni giudiziali in sede contenziosa)⁴⁴.

⁴⁰ GIUSSANI, *op. cit.*, 72 ss.

⁴¹ Si tratta, com'è noto, della dottrina di *common law* secondo cui una corte può rifiutare la propria giurisdizione quando la controversia può essere più adeguatamente trattata da altra giurisdizione.

⁴² GIUSSANI, *op. cit.*, 74-76 e nt. 9 in particolare (sull'invocabilità del limite dell'ordine pubblico), 142-143; J. HARRIS, *The recognition and Enforcement of US Class Action Judgments in England*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2006, 617 ss.; M. MATOUSEKOVA, *Would French Courts Enforce U.S. Class Action Judgments?*, *ivi*, 651 ss.; P. MANKOWSKI, *Crossing the Rhine – On the Enforceability of U.S. Class Action Judgments and Settlements in Germany*, *ivi*, 2007, 613 ss.

⁴³ Art. 58 reg. 44/2001 CE: "Le transazioni concluse davanti al giudice nel corso di un processo ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine hanno efficacia esecutiva nello Stato membro richiesto alle stesse condizioni previste per gli atti pubblici. Il giudice o l'autorità competente di uno Stato membro presso cui è stata conclusa una transazione rilascia, su richiesta di qualsiasi parte interessata, un attestato, utilizzando il formulario riportato nell'allegato V del presente regolamento".

⁴⁴ V.F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 151.

BRUNO TROISI

IL PROBLEMA DEL PLURALISMO E LA MEDIAZIONE

Tra i problemi più difficili e complessi che s'impongono, nel tempo presente, all'attenzione generale e che lasciano intravedere, ovunque, un cambiamento d'epoca vi è sicuramente quello del riconoscimento delle identità diverse, fondamento del diritto all'identità e alla differenza, in una società nella quale sempre più s'intrecciano etnie, culture, religioni, valori che chiedono di essere rispettati nella loro specificità.

Le risposte a queste richieste impongono un ripensamento dei tradizionali modelli di riferimento, quali l'eguaglianza e la libertà: sempre più spesso, infatti, l'"altro", lo straniero di razza diversa – mosso da un acuto bisogno di affermazione della sua identità etnica, culturale e religiosa – chiede non già la pura e semplice assimilazione, cioè l'omologazione al Paese di accoglienza, bensì un riconoscimento, vale a dire il rispetto pieno della propria identità.

L'esperienza di molti Paesi ha visto, infatti, tramontare quella versione dell'eguaglianza, a lungo prevalente, secondo la quale la rinuncia alle identità irriducibili al modello dominante era la condizione stessa dell'eguaglianza: l'essere riconosciuto come eguale, insomma, dipendeva proprio dalla capacità di omologarsi. È il paradosso di una concezione dell'eguaglianza che ha in sé il germe della discriminazione. Da qui, dunque, la necessità di muoversi verso una concezione dell'eguaglianza fondata sul riconoscimento pieno delle identità differenti, fondamento del diritto all'identità e alla diversità.

Ma, la concezione pluralistica dell'eguaglianza porta con sé la necessità di individuare criteri di convivenza: ad esempio, una volta riconosciuta a tutti la libertà religiosa e assicurata la disponibilità dei luoghi di culto, c'è un momento o un luogo dove

l'identità religiosa deve tacere, o i suoi segni devono potersi manifestare dovunque?

Qui emerge in tutta la sua complessità uno dei più difficili temi di oggi, quello dell'alternativa tra una società della separazione, che implica uniformità e universalismo nella sfera pubblica e pluralismo in quella privata, e quella dell'inclusione/integrazione, che vuol dire non già assimilazione ma acquisizione di un minimo comune di codici di comportamento e di diritti/doveri comuni che consentano una convivenza pacifica e un confronto tollerante.

La tecnica della separazione, là dove è stata praticata, non ha portato a buoni risultati, perché l'intreccio tra le due sfere è sempre molto forte e perché non tutto, non ogni comportamento può essere "privatizzato", ma soprattutto perché la separazione spesso conduce all'esclusione o all'emarginazione di persone, di culture, di fedi.

La separazione, a ben vedere, appare come un tentativo più coperto, di quanto non lo sia la tecnica dell'assimilazione o dell'integrazione forzosa, di allontanare l'*altro* da sé, affinché il sistema culturale dominante non venga per nulla scalfito o contaminato.

Secondo l'altra concezione del pluralismo, invece, non basta tollerare, bisogna anche "includere".

Orbene, lungo la strada che conduce all'edificazione di una società multiculturale si pone un problema di enorme gravità: quello di stabilire regole di compatibilità, giacché il riconoscimento del pluralismo non può portare con sé la legittimazione delle pratiche più arretrate, di simboli di barbarie, di violazione di valori essenziali della persona umana: si pensi al caso dell'aborto selettivo delle femmine praticato ancora oggi dalle donne indiane, in un'ottica volta a fissare violentemente il rapporto tra i sessi; o, sempre nella stessa ottica, al caso della pratica antica e tremenda dell'infibulazione a cui sono sottoposte le donne africane; o al caso dei Testimoni di Geova che rifiutano le trasfusioni di sangue (oltre che per sé) per i loro figli minori.

Ecco, allora, la domanda più generale: la regola del pluralismo è incondizionata o ammette eccezioni? E, se sì, secondo quali criteri?

Tanto per cominciare, credo che non sia possibile ammettere rinunce là dove sono in gioco diritti fondamentali, come quelli

alla vita, alla salute, alla dignità della persona: il rispetto dell'identità etnica e culturale degli immigrati che hanno scelto di vivere tra noi non può certo farci tolleranti o indifferenti, se, in ossequio alle loro tradizioni, intendono compiere atti che siano in contrasto con quei grandi valori comuni, faticosamente costruiti, in cui s'identifica la nostra civiltà.

Piuttosto, quel che forse si deve mettere in discussione – anche in considerazione del fatto che il Terzo Mondo sta bussando prepotentemente alle porte dell'Europa, e vi entra anche se l'Europa non è d'accordo – è l'idea dell'esistenza di una cultura dominante, da accettare senza alcun preventivo confronto e senza ammettere la possibilità che questo confronto possa arricchire lo stesso quadro di valori e di criteri di riferimento nei quali ci siamo finora riconosciuti.

Dall'incontro e dallo scambio, dal confronto e dall'interazione tra culture diverse non può venire che bene: la storia dell'umanità e delle sue civiltà è stata essenzialmente il portato di un arricchimento reciproco.

Non è un processo facile. Richiede un «apprendimento collettivo», non esclude conflitti. C'è sicuramente molto da fare, ma forse la prima cosa è conoscerci meglio reciprocamente.

A tal fine, occorre favorire la comunicazione ampliando le capacità di ascolto, occorre favorire il senso di fiducia in se stessi, sviluppare le capacità vitali essenziali per una sana crescita, e in particolare curare l'educazione sentimentale, arricchire la sfera emotiva e la relazionalità.

Naturalmente, per raggiungere tali fini, è necessario che accanto all'opera della scuola e della famiglia, vi sia anche quella, fondamentale, delle Istituzioni, chiamate ad offrire agli stranieri concrete prospettive per il loro inserimento nella società.

Sul piano, poi, dei meccanismi di risposta ai conflitti, accanto agli strumenti tradizionali, sicuramente utile può essere considerato quel modello che solo da pochi anni ha iniziato a diffondersi nella nostra cultura, incentrato sulle tecniche di mediazione quale gestione alternativa dei conflitti nascenti dall'assenza di comunicazione che di solito si accompagna al comportamento discriminatorio; secondo i fautori delle tecniche di mediazione, le discriminazioni – se non seguite dalla comunicazione, dal dia-

logo, dal confronto – avrebbero come conseguenza un insanabile conflitto, dovuto proprio a malintesi, a pre-giudizi, a emozioni negative inesprese (rabbia, delusione, umiliazione, paura) e così via.

Il fondamento di questo approccio educativo è rappresentato da un processo di accompagnamento, consistente in strategie di guida, di sostegno e apprendimento, e basato sull'esempio di modelli comportamentali diversi dall'uso dell'intolleranza, al fine di educare al rispetto delle identità e delle differenze come modalità ordinaria di relazione.

Il presupposto su cui si basa la mediazione è che la vita sociale sia regolata da conflitti di diversa origine e natura e che questi possano risolversi attraverso un terzo soggetto, scelto e legittimato dalle parti, che in modo "neutro" favorisca una soluzione condivisa e alternativa agli interessi della singola parte.

Entrando nel merito della mediazione in chiave antidiscriminatoria, possiamo definirla come un'attività il cui obiettivo è quello di ricomporre il conflitto tra le parti, attraverso un mediatore che in modo diretto o indiretto mette in comunicazione le domande e i vissuti dei due attori in riferimento al comportamento discriminatorio e ai suoi effetti sul piano pratico e psicologico. Questa forma di intervento si è diffusa, a partire dagli anni settanta, negli Stati Uniti e in Canada, con numerosi programmi che hanno avuto un notevole successo.

I punti fondamentali su cui si basa la mediazione riguardano: a) il comportamento discriminatorio inteso come conflitto tra parti; b) il sistema-autore vittima come punto focale dell'intervento; c) l'accordo tra le parti come risoluzione del conflitto; d) la flessibilità di attuazione della mediazione nella dinamica dei rapporti sociali.

Per quanto riguarda il punto *sub a)*, il comportamento discriminatorio è considerato come il risultato di un *conflitto tra le parti* di cui una subisce un danno che ha implicazioni simboliche e materiali. Questa impostazione si differenzia da quella dei tradizionali modelli di giustizia come quello c.d. retributivo, in cui il fatto è visto come una infrazione delle regole civile e/o penali che produce un danno alla società.

Quanto al punto *sub b)*, l'intervento è centrato sul confronto fra le parti. In questo modo, l'autore del comportamento discrimi-

minatorio può confrontarsi con la vittima rendendosi conto delle conseguenze della sua azione, attivandosi in senso responsabilizzante verso di lei. La vittima può non solo comprendere i motivi del comportamento ma anche comprendere meglio le proprie strategie personali e di azione, inoltre può essere parte attiva nel chiedere direttamente all'autore del fatto cosa questi possa fare per lei. L'intervento assume un'ottica "sistemica", superando l'orientamento centrato sull'autore del comportamento discriminatorio.

Quanto al punto *sub c)*, l'accordo è il principale obiettivo della mediazione: esso rappresenta la ricomposizione del conflitto. L'accordo può essere relativo ad un risarcimento economico, alla riparazione delle conseguenze della discriminazione o alla riconciliazione tra vittima ed autore del fatto. Per quanto riguarda la vittima, l'obiettivo è la rielaborazione della discriminazione, il contenimento della paura di subire altre discriminazioni, il recupero di un ruolo attivo nel sistema della convivenza civile.

Quanto al punto *sub d)*, un aspetto che può favorire e incrementare la partecipazione ai programmi di mediazione è il fatto di potere essere svolta in sostituzione del procedimento giudiziario.

Attraverso la mediazione viene ricomposta la comunicazione fra l'autore della discriminazione e la parte lesa, e quest'ultima viene rivalutata nel proprio ruolo potendo partecipare attivamente alla ricomposizione del conflitto, superando l'esigenza retributiva nei confronti di chi ha tenuto il comportamento. La mediazione si integra bene con l'ottica risocializzativa della risposta sanzionatoria che avrebbe in questo modo un suo rafforzamento e un reale compimento rispetto alla logica punitiva.

Anche in tale prospettiva la mediazione rappresenta, senza dubbio, una potenziale risorsa per la cultura del cambiamento della giustizia nel nostro paese, anche se queste potenzialità sono difficili da sviluppare a causa del consolidamento dei sistemi tradizionali di tipo retributivo e sanzionatorio. Anche se ci sono delle difficoltà, vale la pena investire nella direzione della mediazione, in termini di sensibilizzazione culturale ed operativa verso chi intende operare nel settore della giustizia, per favorire questa opportunità innovativa per il sistema della convivenza civile.

FRANCESCO SITZIA

ALCUNE RIFLESSIONI PROBLEMATICHE
SUL D.LGS. 4 MARZO 2010 N. 28 E ORDINI PROFESSIONALI¹

1. La recente approvazione del D.lgs. 4 marzo 2010 (con il quale il Governo ha dato attuazione alla delega conferitagli dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) ha determinato l'emergere di numerose problematiche giuridiche, che saremo chiamati ad affrontare, in modo analitico, nei seminari del nostro Corso di formazione.

Prima però d'iniziare il discorso relativo all'analisi dei singoli articoli, mi sembra opportuno formulare un giudizio d'insieme sul nostro Decreto legislativo e valutare, anche alla luce di questo giudizio, l'atteggiamento non uniforme assunto nei confronti dell'intera riforma dai diversi Consigli degli ordini professionali: si passa, infatti da atteggiamenti di sostanziale adesione ad atteggiamenti fortemente critici, questi ultimi provenienti in particolare dai Consigli dell'ordine degli avvocati, cioè dei professionisti che saranno maggiormente coinvolti nei procedimenti di mediazione previsti dal legislatore.

Ovviamente coloro che mi ascoltano potranno condividere o meno questo giudizio alla fine del percorso di formazione, in quanto soltanto allora potranno possedere un quadro d'insieme delle problematiche che verranno sottoposte alle loro riflessioni. Non è, anzi, escluso che al termine dello stesso Corso di forma-

¹ Il presente contributo ha costituito la base di discussione in uno dei seminari tenuti nel Corso per la preparazione dei conciliatori organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università di Cagliari e dalla Camera di CIAA di Cagliari.

zione, il dibattito che si svilupperà in occasione dei singoli interventi, possa indurre anche chi vi parla a modificare il suo attuale giudizio: esso è, infatti, il frutto di alcune letture che, pur meditate, risentono della novità della materia e della correlata assenza di qualsiasi orientamento in campo giurisprudenziale.

2. Ora, a me sembra che la strada percorsa dal legislatore si caratterizzi per una notevole originalità e che sull'impianto complessivo del nostro D.lgs. possa ragionevolmente esprimersi un giudizio positivo. Ciò non significa, ovviamente, che alcune scelte operate dal legislatore non appaiano infelici. Tralasciando per ora alcune criticità particolari², che saranno esaminate nei singoli seminari, mi sembra che i problemi di maggiore rilievo siano legati alla vastità delle materie per le quali, sulla base delle disposizioni dell'art. 5.1, l'attore "è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179³, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate"⁴.

² Per un'analisi delle molte criticità del nostro D.lgs., con giudizi talvolta non pienamente condivisibili, vedi G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, pubblicato on line in [www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR](http://www.Judicium.it./saggi/Diritto%20dell%20arbitrato,%20conciliazione%20e%20ADR).

³ Decreto legislativo 8 Ottobre 2007, n. 179. Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'art. 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262. In particolare la normativa che a noi interessa è contenuta nel Capo I del decreto (Procedure di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e sistema di indennizzo).

⁴ La scelta del legislatore di lasciare in vita procedure ed organismi, dotati di una particolare professionalità e funzionanti ormai da tempo in relazione a specifiche controversie, appare indubbiamente da condividere. Eccessiva mi pare, invece, la tesi degli autori i quali ritengono che il legislatore delegato non avrebbe dovuto prevedere alcuna ipotesi di mediazione obbligatoria. In questo senso, vedi, per tutti, G. SCARSELLI, *La nuova mediazione*, cit., n. 2, il quale ritiene che nel prevedere ipotesi in cui il tentativo di conciliazione sia condizione di procedibilità della domanda il legislatore delegato sia incorso in eccesso di delega.

Come ha giustamente posto in evidenza il Dittrich⁵, l'elenco comprende "controversie estremamente eterogenee e suscettibili di incontrollata espansione"⁶. Personalmente non sarei tanto preoccupato per il carattere eterogeneo delle materie, anche se esso determina problematiche di un certo rilievo sia in sede di formazione che di scelta dei conciliatori. Ciò che maggiormente mi preoccupa è, invece, il numero esorbitante di controversie per le quali il tentativo di conciliazione costituirà condizione di procedibilità fin dal momento iniziale di applicazione della riforma. Si corre realmente il rischio di far partire la riforma col piede sbagliato, sommergendo di lavoro gli organismi conciliativi, mentre sarebbe stato più opportuno prevedere un periodo di rodaggio con un numero di controversie più limitato per la necessaria messa a fuoco dei problemi che certamente sorgeranno in sede di prima applicazione. Solo in un secondo momento, una volta individuate e superate eventuali criticità del sistema, sarebbe stato possibile allargare progressivamente il campo d'azione della mediazione obbligatoria. Riterrei, infatti, che in una materia così nuova per la nostra esperienza giuridica le norme che andiamo commentando avranno bisogno, in tempi brevi, di una significativa rivisitazione da parte del legislatore alla luce del funzionamento in concreto dell'istituto.

I problemi di maggiore rilievo per un corretto funzionamento dei nuovi istituti non derivano però, a mio avviso, da alcune scelte

⁵ DITTRICH, *Il processo di mediazione nel D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, p. 11, pubblicato on line in [www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR](http://www.Judicium.it./saggi/Diritto%20dell%20arbitrato,%20conciliazione%20e%20ADR) (ora anche in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 583 s.), il quale rileva che il nostro elenco, oltre che ampio, appare anche "poco meditato". Vedi anche E. Fabiani (E. FABIANI - M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, § 2.2, pubblicato on line in [www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR](http://www.Judicium.it./saggi/Diritto%20dell%20arbitrato,%20conciliazione%20e%20ADR)).

⁶ Il DITTRICH, *l. c.*, osserva "che per cause aventi ad oggetto "diritti reali" possono intendersi anche tutte le cause aventi ad oggetto contratti traslativi di tali diritti, nonché aventi ad oggetto la loro nullità, annullamento o risoluzione; che la dizione "contratti bancari e finanziari" è di tale ampiezza da imporre la mediazione anche nelle ipotesi di contratti conclusi da operatori specializzati anche per importi di estrema rilevanza; che infine l'imposta mediazione in materia di "contratti assicurativi" comporta l'esperimento del tentativo in tutte le ipotesi in cui sia azionabile una garanzia assicurativa".

discutibili operate dal legislatore; sono, infatti, convinto che il successo o il fallimento della riforma saranno determinati non dall'adeguatezza delle norme ma dalla capacità di diffusione di una "nuova cultura" della mediazione, la sola in grado di determinare un atteggiamento di collaborazione piuttosto che di rifiuto da parte dell'intera società, ma in particolare da parte degli operatori del diritto.

Proprio in questa ottica di diffusione di una nuova cultura, le numerose critiche che sono state rivolte al legislatore, in particolare dal mondo degli avvocati, possono indubbiamente rappresentare un momento di crescita e di maturazione del dibattito sui nostri temi destinato ad incidere positivamente sullo stesso legislatore in particolare là dove alla base di esse emerge in modo evidente uno spirito costruttivo.

Con franchezza occorre però rilevare che nel dibattito in corso sui nostri temi non sono mancate critiche tendenzialmente distruttive, basate su un'aprioristica sfiducia nei confronti dell'istituto della conciliazione, che preconizzano un totale fallimento della riforma. Purtroppo se, come abbiamo osservato, il nostro istituto potrà concretamente affermarsi solo se si diffonderà tra gli operatori del diritto una "nuova cultura", queste critiche finiscono per rappresentare una sorta di predizione che genera essa stessa le condizioni del suo avveramento. Dal momento che molti tra coloro che si ritrovano in queste posizioni di critica radicale sono operatori del diritto caratterizzati da una profonda onestà intellettuale, appare comunque opportuno aprire anche con costoro un dialogo che li induca a riflettere sulle gravi criticità della giustizia in materia civile, sull'inadeguatezza delle soluzioni tradizionali e sul perché, a loro avviso, la conciliazione, pur non rappresentando certo la panacea di tutti i mali, non dovrebbe essere considerata uno strumento utile.

In questa ottica di dialogo, mi sembra quindi opportuno individuare, in via preliminare, alcune delle ragioni di carattere culturale, legate alle caratteristiche delle singole professioni, che possono aver determinato atteggiamenti profondamente differenziati tra gli operatori giuridici.

3. Per ragioni espositive, mi sembra opportuno prendere le mosse dalle problematiche sorte nel mondo notarile, dal quale non sembrano, invero, provenire critiche radicalmente dissolventi, anche

se gli interrogativi posti sono molteplici⁷. La ragione di questo atteggiamento giustamente prudente ma non pregiudizialmente contrario va forse ricercata, oltre che in un atteggiamento aperto che l'Ordine ha avuto negli ultimi anni verso le problematiche della giustizia civile, nelle peculiarità della professione. Il notaio, infatti, incontra le parti nel momento in cui esse realizzano il loro massimo sforzo per addivenire ad un accordo che sia soddisfacente per i loro interessi e, nella stesura dell'atto, mette a disposizione la sua professionalità perché il consenso raggiunto si traduca in un documento il cui tenore formale non solo corrisponda a ciò che esse realmente vogliono, ma sia chiaro, non dia luogo a dubbi interpretativi, contenga tutte le cautele necessarie ad entrambe.

Il notaio, quindi, nell'ambito degli operatori giuridici, è forse quello che più di ogni altro presta attenzione al momento collaborativo dell'esperienza giuridica, piuttosto che al momento conflittuale. Da docente di Diritto romano, potrei direi che il notaio è più attento alla dimensione del *cavere*, piuttosto che a quelle processuali dell'*agere* e del *respondere*, con l'avvertenza che, per la posizione di garanzia che ad esso viene attribuita dall'ordinamento, questo *cavere* si esplica nell'interesse di tutte le parti coinvolte nell'atto ed anche dei terzi.

Certo, il notaio è ben consapevole che anche l'atto la cui formulazione sia ineccepibile non può impedire in concreto l'insorgere di una controversia, ma egli, nei limiti delle sue possibilità, opera nel senso di prevenire e di evitare la controversia stessa. Appare quindi del tutto corrispondente alle sue inclinazioni professionali, allorquando l'ipotesi di un contenzioso diviene attuale, che il notaio non avverta la tendenza a far sì che la lite si incanali necessariamente nella direzione giudiziaria, ma sia, inve-

⁷ Ovviamente non intendo qui riferirmi al ruolo che il notaio è chiamato a svolgere come pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare i verbali di conciliazione destinati alla trascrizione (art. 11.3). In proposito può solo osservarsi che il testo approvato dell'art. 11 sana la lacuna rilevata nello schema originario di Decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri in data 28/10/2009 che "non prevedeva in alcun caso l'intervento notarile (o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato)". Vedi in proposito le considerazioni di M. Leo (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., § 7.2, al quale rimando anche per le considerazioni relative alle ipotesi in cui il notaio rivesta il duplice ruolo di mediatore e di pubblico ufficiale che autentica il verbale di conciliazione.

ce, portato a percorrere altre strade, in particolare quelle, come la conciliazione, che tendono al superamento del conflitto attraverso l'accordo delle parti.

Se ciò è vero, è però altresì vero che una tradizione secolare nell'esercizio della professione ha portato il notaio a disinteressarsi pressoché totalmente della dimensione conflittuale. Un tale atteggiamento appariva certo comprensibile in un mondo ed in una dimensione culturale nei quali il conflitto vedeva, almeno tendenzialmente, come sua unica possibilità di soluzione il ricorso alla pronuncia del giudice. Come ho avuto occasione di rilevare nel mio precedente seminario⁸, i complessi meccanismi di evoluzione giuridica innescati dalle caratteristiche della società postmoderna hanno però determinato il tramonto definitivo di quel mondo e con esso del ricorso al giudice come unico strumento per la soluzione delle controversie. Un tale processo storico rende, a mio avviso, necessario tracciare nuovi confini anche per ciò che concerne l'esercizio delle singole professioni. In questa nuova dimensione non si tratta certo per il mondo notarile di invadere campi fino ad oggi di competenza di altre professioni, bensì di individuare nella soluzione negoziata delle controversie un nuovo campo d'azione all'interno del quale far valere una professionalità secolare, nell'interesse delle parti e dell'intera società. Detto in altri termini, il notaio dovrebbe progressivamente acquisire consapevolezza del fatto che la sua professionalità gli consente non solo di assistere le parti al momento della predisposizione e della conclusione dell'atto, ma di inserirsi a pieno titolo anche nelle situazioni di conflitto per tentare un loro superamento attraverso una sintesi che provenga dalla volontà delle parti ma che sia altresì il risultato della sua capacità maleutica. In fondo, come abbiamo osservato, anche al momento della conclusione dell'atto il notaio è talvolta chiamato ad attivarsi per favorire la formazione del consenso: appare quindi conforme al suo *modus operandi* che egli si attivi in questo senso anche nell'ipotesi di conflitto, pur nella consapevolezza che in questo caso la contrapposizione dialettica tra le parti è indubbiamente più forte ed il cammino per giungere ad una sintesi concordata è quindi assai più complesso.

⁸ Vedi F. SITZIA, *Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna*, in *Quaderni di Conciliazione*, I, 2010, § 2.

Per quanto riguarda la figura del dottore commercialista il discorso presenta indubbe analogie con quello che abbiamo svolto per i notai, pur con alcune sostanziali differenze. Anche il dottore commercialista, infatti, collabora col cliente al momento della predisposizione e della conclusione del contratto. Può solo osservarsi che la professione del commercialista non si caratterizza per quella posizione di garanzia per l'intero ordinamento che caratterizza, invece, la posizione del notaio: il commercialista cura essenzialmente, nei limiti delle leggi e della deontologia professionale, gli interessi del cliente.

Vi sono però, a mio avviso, alcuni profili professionali che rendono il dottore commercialista più sensibile dello stesso notaio verso un approccio di tipo conciliativo nella soluzione delle controversie. Il dottore commercialista, infatti, per la sua impostazione culturale, è portato assai più di chi possiede una preparazione esclusivamente giuridica, ad individuare la soluzione del conflitto non in quella più corretta giuridicamente, bensì in quella economicamente più vantaggiosa per il suo cliente. Come ho tentato di dimostrare nel corso del precedente seminario, anche per colui che ha ragione sotto il profilo giuridico, non sempre la soluzione conforme a diritto rappresenta, infatti, la soluzione più conveniente sotto il profilo economico⁹. Il commercialista non corre quindi il rischio di vedere nel tentativo di conciliazione una sorta di surrogato del ricorso al giudice che non presenta le stesse garanzie formali e sostanziali della soluzione del conflitto attraverso la pronuncia giudiziale.

4. Proprio questo ultimo richiamo può essere utile per introdurre il discorso relativo all'atteggiamento culturale dei giudici nei confronti della nostra riforma¹⁰. Indubbiamente la dimensione professionale del giudice importa in primo luogo una particolare atten-

⁹ Vedi F. SITZIA, *Mediazione*, cit., § 4, in cui l'ipotesi prospettata è quella di un artigiano in lite con la maggioranza dei suoi clienti.

¹⁰ Un esame del possibile atteggiamento dei giudici mi sembra doveroso, anche se nel titolo del nostro contributo abbiamo fatto riferimento solo agli ordini professionali. Sulle problematiche relative ai professionisti che non sono operatori del diritto (medici, ingegneri, etc..) ci soffermeremo in un prossimo seminario.

zione verso il profilo dell'applicazione della legge: non vi è dubbio quindi che quando la riforma entrerà in vigore i giudici l'applicheranno correttamente. Non è questo però il problema. Come abbiamo più volte sottolineato, un'innovazione legislativa della portata di quella che stiamo esaminando ha, infatti, bisogno per funzionare correttamente non soltanto di un'adesione formale da parte di tutti gli operatori del diritto, ma di un'adesione convinta che sia frutto di una riflessione seria e profonda, l'unica in grado di creare una "nuova cultura della mediazione". In questa ottica appare fondamentale che nei corsi di aggiornamento professionale dei giudici organizzati dal CSM le problematiche relative al nostro istituto trovino, anche negli anni a venire, una collocazione adeguata alla rilevanza della riforma in atto. L'esperienza relativa ai tentativi di conciliazione già presenti nel nostro ordinamento¹¹ ha, infatti, dimostrato che la presenza di un giudice fortemente convinto dell'utilità sociale del nostro istituto moltiplica le possibilità di giungere ad una soluzione concordata del conflitto¹².

Ciò mi sembra ancora più vero se pensiamo che alcune norme del nostro Decreto legislativo attribuiscono al giudice poteri il cui esercizio appare altamente discrezionale. Si pensi, ad esempio, alle disposizioni dell'art. 5.2, in forza del quale "il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione"¹³.

¹¹ Ovviamente intendo riferirmi a quei tentativi di conciliazione nei quali il giudice gioca un ruolo essenziale.

¹² In questa ottica mi sembra ingenerosa l'osservazione di G. SCARSELLI, *La nuova mediazione*, cit., n. 9, ad avviso del quale i magistrati accoglieranno favorevolmente la riforma in quanto "sperano, se non proprio in una riduzione delle sentenze da pronunciare, quanto meno, contro il monito di Calamandrei, in una più ampia possibilità di differire e rinviare le cause, e quindi di allontanare nel tempo la pronuncia delle sentenze". Mi sembra invece che, anche per i magistrati, il problema sia in primo luogo culturale: nel valutare la possibilità di una conciliazione il giudice dovrà, infatti, liberarsi dalla logica ragione/torto (in termini giuridici) che normalmente lo guida nella decisione della controversia per adottare altri e più variegati parametri di valutazione (sul problema, in relazione all'atteggiamento dell'avvocato, vedi infra, § 6).

¹³ Si pensi, inoltre, alle disposizioni dell'art. 13. Intendo riferirmi non tanto alle disposizioni dell'art. 13.1, che impongono al giudice una decisione vinco-

5. Non a caso ho lasciato per ultimo l'esame delle problematiche relative alla categoria professionale il cui atteggiamento, forse più di qualsiasi altro, sarà in grado di incidere profondamente sul funzionamento della riforma¹⁴ e che ha finora tenuto un atteggiamento fortemente critico nei confronti del nostro Decreto legislativo¹⁵,

lata (assai gravosa per la parte vincitrice), quanto alle disposizioni dell'art. 13.2, la cui formulazione non appare, peraltro, particolarmente felice (vedi DITTRICH, *Il procedimento*, cit., 594, il quale osserva giustamente che la "norma è fin troppo lassista" nei confronti della parte vincitrice e che le "gravi ed eccezionali ragioni" previste dal legislatore "avrebbero potuto e forse dovuto essere sostituite dalla constatazione della parziale coincidenza tra proposta conciliativa e sentenza finale", attribuendo quindi al giudice un potere di valutazione più ampio).

Si pensi, infine, alle disposizioni dell'art. 8.5, per il quale "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, secondo comma, del codice di procedura civile". Se, come ritengo corretto, prevarrà un'interpretazione della nostra norma assai ampia, e si riconoscerà che la regola in esso enunciata presenta una portata generale per cui "ogni comportamento teso ad impedire l'effettivo e corretto svolgimento del procedimento di mediazione deve ritenersi idoneo a produrre gli argomenti di prova ai quali la norma fa riferimento" (in questo senso Dittrich, *Il procedimento*, cit., 591), il potere attribuito al giudice ne risulterà indubbiamente ampliato. Sui problemi posti dalla formulazione dell'art. 8.5 vedi le equilibrate considerazioni di E. Fabiani (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., § 5). Per possibili dubbi di costituzionalità delle disposizioni dell'art. 8.5 nelle ipotesi di mediazione obbligatoria vedi M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, § 3, pubblicato on line in www.Judicium.it./saggi/Diritto dell'arbitrato, conciliazione e ADR.

¹⁴ Sulla necessità di un coinvolgimento degli avvocati per la riuscita delle riforme in materia di mediazione vedi A. BERLINGUER, *Solo un maggior coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 46, 10. Lo stesso A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al diritto*, 12. 2010, avanza dubbi sulla possibile contrarietà della disciplina prevista dal nostro decreto legislativo rispetto al diritto comunitario. Il Berlinguer osserva, infatti, "che in nessun altro modo lo Stato italiano avrebbe potuto promuovere la soluzione extragiudiziale dei conflitti se non con la definizione del meccanismo prescelto, le aree di riserva legale previste e i compensi prefissati, nel minimo e nel massimo, dall'autorità pubblica".

¹⁵ Per un'analisi delle critiche contenute nella "Mozione sulla mediazione" approvata in occasione del XXX Congresso nazionale forense (svoltosi a Genova i giorni 25-27 novembre 2010) vedi C. CICERO, *L'opposizione dell'avvocatura all'obbligatorietà del ricorso alla mediazione*, § 2, in questo stesso volume.

giungendo a chiedere al Ministro della giustizia di sospendere l'entrata in vigore delle nostre norme proprio nello stesso giorno in cui una richiesta opposta perveniva allo stesso Ministro dal mondo degli industriali. La circostanza che la richiesta formulata dal CNF sia stata adottata all'unanimità potrebbe indurre a ritenere che l'atteggiamento degli avvocati nei confronti della riforma sia monolitico, ma sarebbe un'impressione non corretta se solo si considera che una percentuale assai ampia degli iscritti ai nostri corsi di formazione dei mediatori è costituita da avvocati e che, sempre per rimanere all'interno dell'esperienza sarda, il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Lanusei ha stipulato col nostro organismo di formazione un accordo per un corso, destinato esclusivamente ad Avvocati, da tenersi in Ogliastro.

All'interno del variegato mondo dell'avvocatura si ritrovano quindi posizioni fortemente differenziate, anche se alcuni rilievi critici nei confronti della normativa in esame riscuotono generale consenso ed appaiono del tutto condivisibili anche al di fuori di quel mondo¹⁶. Si pensi, ad esempio, al rilievo, già da noi for-

¹⁶ Altri rilievi critici appaiono, invece, non condivisibili. Si pensi, ad esempio, alla proposta di "cancellare dall'albo degli avvocati perché carente della tanto decantata qualità dell'indipendenza" il professionista che presti la sua opera all'interno di un organismo che "sia ente privato" (vedi l'articolo dal titolo *Avvocati-mediatori designati da "organismi" privati: sono indipendenti? vanno cancellati dall'albo?*, pubblicato on line in *www.avvocati-part-time* a cura dell'avv. M. PERELLI; vedi anche le osservazioni di M. Leo (E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., 3.2)). In questa ottica, la differenziazione tra organismi pubblici (ad es. le Camere di Commercio) ed organismi privati sarebbe assai grave in quanto questi ultimi non potrebbero utilizzare come mediatori avvocati iscritti all'albo, il che appare francamente in contrasto col sistema previsto dal legislatore che richiede all'art. 16 garanzie di serietà ed efficienza a tutti gli organismi da iscrivere nel registro e non sembra ammettere una tale limitazione che inciderebbe, in modo assai rilevante, sul funzionamento in concreto dello stesso organismo. Vi è poi da considerare che il problema non mi risulta sia stato mai sollevato per la nomina ad arbitro proveniente da organismi privati, che astrattamente potrebbe porre problematiche analoghe.

Parimenti non condivisibile appare l'osservazione di G. SCARSELLI, *La nuova mediazione*, cit. n. 8, ad avviso del quale si dovrebbe prevedere che non possano far parte degli organismi di cui all'art. 18, istituiti presso i tribunali dai consigli degli ordini, gli "avvocati che esercitano la professione in quella medesima circoscrizione". Condivisibile appare, invece, l'ulteriore affermazione per cui nel nostro caso la nomina degli avvocati-mediatori dovrebbe avvenire "a domanda, con criteri oggettivi prestabiliti". Qualche problema

mulato, relativo al numero esorbitante di materie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Non è questa di certo la sede più opportuna per sottoporre ad analisi critica i singoli rilievi: lo faremo nei corso dei seminari dedicati all'esame dei singoli articoli del nostro Decreto legislativo. In questa sede mi sembra, invece, più opportuno soffermarmi su un rilievo che può indurci a riflettere in termini più generali sul rapporto tra avvocati e conciliazione. Si tratta del rilievo riguardante la difesa tecnica, non prevista ma non vietata del nostro Decreto legislativo, il quale, peraltro, come osserva forse non a torto il Vigoriti¹⁷, sembra comunicare "una certa avversione nei confronti dei professionisti".

La scelta del legislatore può indubbiamente essere considerata troppo sbrigativa, anche se appare assai difficile individuare in concreto per quali cause, a ragione della loro natura o della loro rilevanza economica, sarebbe stato opportuno prevedere l'obbligatorietà della difesa tecnica, non potendosi certo prevedere questa obbligatorietà per tutte le controversie¹⁸. In proposito il

suscita infine, l'affermazione che la scelta dovrebbe avvenire attraverso una "selezione pubblica". Dal momento che il legislatore ha previsto per gli aspiranti mediatori percorsi di formazione e di aggiornamento assai precisi, mi sembra ragionevole che tutti gli avvocati in possesso dei requisiti previsti dalla legge possano essere iscritti nei registri dell'organismo istituito dall'ordine. Diverso sarà il problema relativo all'individuazione del mediatore che riceve l'incarico per la singola controversia: sarà in questo caso il singolo regolamento a fissare criteri di scelta adeguati e trasparenti.

¹⁷ V. Vigoriti, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action* (Testo scritto dell'intervento svolto nel corso del I Salone della Giustizia tenutosi a Rimini il 4 dicembre 2009), in *Contratto e impresa*, I/2010, 2. La conciliazione. Il Vigoriti si riferisce, in particolare, alle disposizioni dell'art. 4.3. alla base delle quali vi sarebbe, a suo avviso, "l'assunto di fondo che gli avvocati sempre si adoperano per fomentare il contenzioso, che in buona misura non sorgerebbe se si lasciassero le parti libere di confrontarsi tra loro, o di rivolgersi al "buon" conciliatore".

¹⁸ Il rilievo in esame mostra in modo chiaro il carattere ambivalente di molte delle critiche mosse al nostro decreto. È, infatti, evidente che imporre la difesa legale, se da un lato offre maggiori garanzie, dall'altro determina un aumento dei costi del procedimento che potrebbe scoraggiare le parti, inducendole a non intraprendere la strada della mediazione. Un discorso analogo mi sembra possa essere fatto per un'altra delle critiche che vengono mosse di frequente al legislatore: quella relativa alla scarsa appetibilità sotto il profilo

Vigoriti¹⁹ ha osservato che “forse una soluzione accettabile potrebbe essere quella di affidare al conciliatore il compito di avvisare la parte che la difesa personale è insufficiente, e che essa va integrata con l’assistenza legale”. In attesa di un possibile intervento del legislatore in proposito, mi sentirei di consigliare agli aspiranti conciliatori dei nostri corsi di seguire il suggerimento del Vigoriti, quanto meno nei casi di controversie che presentino problematiche giuridiche assai complesse e in cui una sola delle parti si avvalga dell’assistenza legale²⁰.

6. Proprio le osservazioni che abbiamo testé formulato ci inducono ad una riflessione di carattere più generale sul ruolo dell’avvocato in un società estremamente complessa quale quella attuale, in continua e frenetica evoluzione anche sotto il profilo dell’ordinamento giuridico²¹.

economico delle remunerazioni previste per l’opera di mediazione. Si osserva, infatti, che la previsione di tariffe troppo basse scoraggerebbe gli avvocati qualificati sotto il profilo professionale, con evidenti ricadute sulla qualità del servizio reso. Ora, a me sembra che una tale critica colga solo parzialmente nel segno, in quanto è a tutti noto che non esiste una assoluta corrispondenza tra qualificazione e successo professionale: in particolare tra i giovani avvocati si possono ritrovare professionisti di alto livello che non si sono (ancora) affermati in modo adeguato alle loro capacità e che potrebbero essere quindi fortemente interessati (anche in termini promozionali) a svolgere un ruolo da protagonisti nei processi di mediazione. Con ciò non intendo, ovviamente, affermare che il problema segnalato non esista, intendo solo porre in evidenza che esso non mi sembra tale da determinare il successo e il fallimento della nostra riforma se, come mi auguro, il legislatore, dopo un primo periodo di rodaggio, alla luce delle criticità emerse dal concreto funzionamento del nostro istituto, sarà in grado di riaffrontare con equilibrio anche il problema delle tariffe. Nel fare ciò il legislatore non potrà però non tenere conto di due contrapposte esigenze: da un lato l’esigenza di remunerare adeguatamente i professionisti coinvolti nel procedimento, ma dall’altro l’esigenza di non gravare di costi ulteriori il tentativo di conciliazione, rendendolo così sempre meno appetibile.

¹⁹ VIGORITI, *l. c.*

²⁰ L’invito sarebbe, ovviamente, da estendere anche alle ipotesi in cui una delle parti, pur non avvalendosi dell’assistenza legale, possieda conoscenze giuridiche tali da determinare una situazione fortemente sperequata nei confronti di una controparte del tutto digiuna di conoscenze giuridiche.

²¹ Vedi F. SITZIA, *Mediazione*, cit., § 2.

Possiamo prendere le mosse dalla considerazione che la presenza dell'avvocato nel nostro procedimento trova la sua giustificazione nell'esigenza che, almeno in una certa misura, il percorso che porta alla conciliazione veda le due parti in posizioni non fortemente sperequate. Si tratta di un'esigenza indubbiamente condivisibile ma che si pone, a mio avviso, con caratteristiche analoghe, anche in un momento precedente, cioè quello della conclusione del contratto. Non a caso una delle maggiori preoccupazioni del legislatore nel corso degli ultimi decenni è stata quella di emanare una serie di norme a protezione del contraente debole; nonostante ciò l'ipotesi di un negozio concluso da contraenti per i quali non è prevista una particolare tutela da parte dell'ordinamento²² ma che concretamente possiedono conoscenze giuridiche ed economiche fortemente differenziate permane un fenomeno assai diffuso.

Mi si potrebbe, forse, obiettare che le due situazioni si differenziano in modo significativo in quanto nell'ipotesi di conciliazione è previsto (art. 12) che "il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo"²³. Le conseguenze di una conciliazione esporrebbero quindi la parte che non si è avvalsa del consiglio dell'avvocato a conseguenze più gravi di quelle derivanti dalla stipula del contratto. Se ciò è vero, mi sembra però altresì vero che assai spesso un pregiudizio irrimediabile trova la sua origine proprio nel momento in cui la parte avviene alla conclusione del contratto senza l'aiuto del professionista: sono, infatti, assai numerosi i casi in cui, in sede di contenzioso, l'avvocato è chiamato a intervenire in cause ormai irrimediabilmente pregiudicate da una formulazione delle clausole

²² Si consideri, inoltre, che talvolta le stesse norme poste a tutela del contraente più debole possono concretamente funzionare a favore della parte giuridicamente più esperta ed economicamente più forte. Si pensi ai lavori svolti da un idraulico (professionista) nella villa sarda di proprietà di uno dei più rinomati avvocati italiani (consumatore).

²³ Sull'art. 12 del nostro Decreto legislativo vedi E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni*, cit., § 10.

contrattuali non adeguata agli interessi del cliente che chiede il suo patrocinio!

Quanto osservato ci consente di individuare alcune possibili linee di tendenza sul ruolo dell'avvocato nella società attuale. Se si condivide, infatti, l'idea, formulata nel primo seminario²⁴, di una sempre maggiore complessità delle relazioni intersoggettive e della conseguente esigenza che chi si muove all'interno di un mondo così complesso possieda adeguate capacità professionali in campo giuridico, apparirà chiaro che il ruolo dell'avvocato non potrà più limitarsi alla dimensione del contenzioso. Detto in altri termini, l'avvocato dovrà rendersi conto che la sua attività professionale è destinata progressivamente ad estendersi al di là dei confini tradizionali, in settori che rientrano nella fisiologia delle relazioni giuridiche e non soltanto nella patologia del conflitto.

Alla luce di quanto osservato può forse affermarsi che per la nostra professione appare auspicabile una linea di tendenza analoga a quella che può cogliersi per la professione medica. Intendo riferirmi al passaggio da una medicina curativa ad una preventiva, inteso come fenomeno evolutivo che, *mutatis mutandis*, dovrebbe riguardare anche l'avvocato, la cui presenza accanto al cliente appare sempre più necessaria proprio per evitare che si creino le condizioni del conflitto.

Il fenomeno che andiamo descrivendo appare indubbiamente già in atto nelle regioni più ricche del nostro Paese. Un'evoluzione nel senso proposto mi sembra però necessaria, in tempi brevi, anche per le altre regioni, nelle quali i profili di criticità legati all'esercizio della professione (specie per i giovani) appaiono indubbiamente maggiori²⁵. Intendo riferirmi in particolare al

²⁴ Vedi F. SITZIA, *Mediazione*, cit., § 3.

²⁵ Proprio il parallelo che abbiamo instaurato con la professione medica consente, a mio avviso, di individuare profili di criticità assai più gravi per la professione di avvocato. Si consideri, infatti, in primo luogo che l'accesso a numero chiuso alla facoltà di Medicina consente una programmazione del numero dei medici in rapporto alle necessità del territorio che non è possibile (e, a mio avviso, neanche auspicabile) per gli avvocati. Si consideri, inoltre, che il tessuto socio economico del nostro meridione non consente il diffondersi del fenomeno della iperspecializzazione che caratterizza, invece, il mondo medico: tale fenomeno appare, infatti, legato alla creazione di studi

meridione ed alle isole, territori caratterizzati dalla presenza di un numero sempre maggiore di avvocati e da un numero di cause giudiziarie assolutamente non in grado di far vivere dignitosamente tutti i professionisti iscritti agli albi. Possiamo veramente pensare che la soluzione del problema possa essere ricercata in un significativo aumento del contenzioso giudiziario²⁶ che porterebbe in breve al tracollo della giustizia civile?²⁷

Certo, sono ben consapevole che il fenomeno è assai complesso e che le riflessioni attualmente in atto su una riforma delle modalità di accesso alla professione appaiono doverose; mi sembra però che, se si vogliono evitare soluzioni eccessivamente corporative, destinate a penalizzare in modo ingiustificato le nuove generazioni, il dibattito sul ruolo dell'avvocato nella nostra società non possa non tener conto delle considerazioni che abbiamo formulato sulla urgenza di una significativa diversificazione delle attività che individui, al di là del campo d'azione tradizionale, nuovi settori in cui l'avvocato possa utilizzare con profitto il suo bagaglio di competenze professionali²⁸. Se, come ritengo doveroso, tra questi settori verrà individuato anche quello di cui andiamo discorrendo, occorrerà ribadire che l'approccio dell'avvocato alla mediazione dovrà essere diverso da quello che egli adotta nelle liti giudiziarie, non solo nelle ipotesi in cui svolga il ruolo di mediatore, ma altresì nelle ipotesi in cui assista

professionali assai ampi, cioè a un fenomeno di cui abbiamo significativi esempi nelle regioni più ricche del Paese ma che rimane sporadico nelle regioni meridionali.

²⁶ Inviterei a riflettere su alcuni fenomeni già in atto nel meridione tendenti ad aumentare artificialmente il numero delle cause giudiziarie, fenomeni che, nonostante siano stati fortemente stigmatizzati dai Consigli degli ordini, non solo continuano a verificarsi ma appaiono talvolta in espansione. Si pensi, a titolo di esempio, al fenomeno di coloro che avvicinano i familiari dei pazienti all'uscita degli Ospedali prospettando loro l'opportunità di attivare una causa di risarcimento per responsabilità medica.

²⁷ Nonché, verosimilmente, al tracollo di una società nella quale lo Stato non sembra più essere in grado di garantire il rispetto del principio di legalità.

²⁸ D'altronde, sarebbe invero assai singolare che in una società, non a caso definita "liquida", in grado di dissolvere o almeno attenuare tutte le barriere, solo la professione di avvocato debba caratterizzarsi per l'immutabilità di confini ormai secolari.

una delle parti nel procedimento. L'avvocato dovrà infatti liberarsi dall'idea che il conflitto si risolve attraverso l'utilizzo delle categorie ragione/torto vincitore/vinto, per entrare in una nuova dimensione in cui l'interesse del cliente dovrà essere valutato sulla base di parametri per lui non usuali²⁹.

È solo in questa dimensione di sviluppo di una nuova cultura professionale, più flessibile ed attenta ai diversi ruoli che l'avvocato è chiamato a ricoprire in una società in profonda trasformazione, che possono gettarsi le basi per un ripensamento complessivo delle problematiche relative al rapporto tra avvocati e mediazione³⁰. Ed è solo in questa ottica che i numerosi rilievi

²⁹ Ad esempio, dovrà valutare con attenzione l'eventuale interesse che il cliente abbia a mantenere rapporti di collaborazione economica con la controparte o i benefici effetti (anche in termini pubblicitari) che una soluzione concordata della controversia potrà avere sul mercato anche in relazione ad altri clienti. Sul problema, che abbiamo esaminato nel precedente seminario, vedi F. SITZIA, *Mediazione*, cit., § 4.

³⁰ La necessità che si affermi nel mondo delle professioni forensi una nuova cultura della mediazione appare confermata dall'apparente paradosso per cui, da una parte si nota la tendenza a contrastare la riforma, ponendone in evidenza gli inconvenienti rispetto alla tutela giurisdizionale, dall'altra si tende a reclamare un ruolo più incisivo se non esclusivo dell'avvocato nei processi di mediazione. A me sembra che un tale atteggiamento, che potrebbe apparire contraddittorio, sia in realtà la naturale conseguenza di una visione di fondo che tende a vedere nel procedimento di conciliazione una sorta di surrogato (con minori garanzie) del ricorso all'autorità giudiziaria. È naturale che, in questa ottica, da una parte l'avvocato sia portato a diffidare del nostro procedimento, dall'altro rivendichi con forza un ruolo che gli deriva da una secolare capacità di assistere le parti in conflitto. Significative del radicamento di una simile impostazione mi sembrano le affermazioni di G. SCARSELLI, *La nuova mediazione*, cit., n. 8, il quale osserva che "l'avvocatura si è sempre battuta per la separazione dei ruoli, poiché uno è il compito dell'avvocato, altro quello del giudice e/o di chi in vario modo svolge funzioni conferenti con la giurisdizione.....Oggi, al contrario, si immagina un tribunale della mediazione dentro il tribunale della giurisdizione, uno fatto di avvocati, l'altro fatto di giudici".

In proposito mi limiterò a ricordare che, come è già stato posto in evidenza nel precedente seminario (vedi F. SITZIA, *Mediazione*, cit., § 3 ss.), il procedimento di mediazione rappresenta un meccanismo di soluzione del conflitto del tutto diverso dal ricorso alla tutela giurisdizionale, non tendendo alla soluzione giuridicamente corretta della controversia ma alla ricerca di un nuovo assetto negoziale tra le parti che sia in grado di soddisfare in modo ragionevole gli interessi di entrambe. In questa ottica possono ben prospet-

(assai spesso condivisibili) rivolti alle norme contenute nel D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 possono rappresentare un serio e utile contributo alla riuscita di un processo riformatore che, se da un lato presenta ancora svariati profili di criticità, appare comunque in grado di produrre benefici non irrilevanti nel tessuto di una società conflittuale e attraversata da forti lacerazioni quale quella nella quale viviamo³¹.

tarsi delle ipotesi in cui è preferibile che il tentativo di conciliazione sia affidato a un soggetto che possiede capacità professionali diverse da quelle dell'avvocato: si pensi, ad esempio, ad una divisione ereditaria affidata ad un notaio o ad una lite condominiale in cui vengano in considerazione problematiche squisitamente tecniche affidata ad un ingegnere. Con ciò non intendo ovviamente sostenere che la professionalità dell'avvocato non rappresenti, in linea di principio, una garanzia per le parti coinvolte nel conflitto: solo chi ha una rappresentazione chiara dei propri diritti può valutare in modo corretto l'utilità o meno di pervenire ad un accordo conciliativo. Intendo solo porre in evidenza che vi possono essere liti in relazione alle quali le problematiche giuridiche possono apparire marginali rispetto a problematiche di altra natura.

³¹ Come abbiamo più volte sottolineato nel corso di queste pagine, l'entità di questi benefici e quindi la maggiore o minore riuscita della nostra riforma dipenderà, in buona misura, proprio dall'affermarsi di una nuova cultura della mediazione presso tutte le categorie professionali coinvolte nel nuovo procedimento ma in particolare presso gli avvocati, che, ne sono certo, supereranno alcune naturali tendenze di tipo conservatore e saranno quindi in grado di offrire il loro indefettibile contributo culturale e pratico operativo al processo riformatore in atto.

CRISTIANO CICERO

PRIMA LETTURA AL D.LGS. 4 MARZO 2010, N. 28

SOMMARIO: 1. Luci e ombre del decreto. - 2. La mediazione obbligatoria.
- 3. Alcune conclusioni.

1. *Luci e ombre del decreto.* – Il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ha introdotto un articolato procedimento di “mediazione”, con il principale obiettivo di ridurre il peso del contenzioso civile. Il provvedimento tende infatti ad introdurre nel nostro paese un istituto particolarmente utilizzato nel diritto anglosassone: la *mediation*. Il termine “mediazione” è utilizzato per indicare “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” (art. 1). L’espressione sta ad indicare il procedimento per giungere, se possibile, alla conciliazione, cioè alla composizione della controversia¹.

Pare opportuno ricordare che una simile tipologia di procedimento era già stata prevista a livello europeo dalla direttiva 2008 n. 52, CE, la quale aveva dettato nuove disposizioni in relazione a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale e aveva stabilito che “nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”².

¹ Il modello si ispira all’esperienza nord americana del *norm advocating*, dove l’attività del mediatore tende ad ottenere l’effettiva applicazione della norma di diritto al caso concreto. Sulla distinzione tra *norm generating*, *norm educating*, e *norm advocating* si veda L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *www.Judicium.it*, 6.

² V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arbitrato*, 2009, 1; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *contr. e impr. - Europa*, 2009, 41.

Il procedimento di mediazione di cui al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 viene svolto da un mediatore, il quale fa capo ad un organismo di mediazione. Quest'ultimo consiste in un "ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto" (art. 1 co lett. d). In particolare l'art. 18 del decreto consente agli ordini degli avvocati di istituire organismi di mediazione presso ciascun tribunale. In merito la dottrina non ha mancato di osservare che la disposizione mal si concilia con il principio di separazione dei ruoli, poiché uno è il compito dell'avvocato, altro quello del giudice o di chi svolge funzioni conferenti con la giurisdizione³.

Ai sensi dell'art. 2, co. 1, "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili"⁴.

Tale accesso agli organismi di mediazione è libero, anche senza l'assistenza di un avvocato, e non richiede formalità (art. 8). L'affermazione non è priva di implicazioni pratiche nonché di contraddizioni. Mentre infatti nell'art. 8 l'accesso all'organismo di conciliazione non prevede la necessità dell'assistenza del difensore, nell'art. 4 viene sanzionata⁵ la condotta dell'avvocato che omette di informare l'assistito per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione. Una simile previsione, nella misura in cui impone al difensore di tenere una certa condotta difensiva, rischia di porsi in contrasto con il principio di

³ Sul punto si veda G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.Judicium.it*, 6, il quale osserva che "attualmente nessun avvocato può svolgere funzioni di giudice onorario o giudice di pace nella circoscrizione in cui opera come avvocato... oggi al contrario si immagina un tribunale della mediazione dentro il tribunale della giurisdizione, uno fatto di avvocati, l'altro fatto di giudici". L'Autore auspicherebbe in merito un regime di incompatibilità.

⁴ In dottrina è stato osservato (L. DITTRICH, *op. cit.*, 6) che "se a prima vista la limitazione dei diritti disponibili appare comprensibile... in tal modo vengono espunte dall'area della mediazione tutte le liti di famiglia, ed in particolare quelle connesse alla separazione e al divorzio e all'affidamento dei figli, che più di altre potrebbero beneficiare... di una attività conciliativa ad opera del mediatore professionista".

⁵ La sanzione consiste oggi nella annullabilità del mandato professionale, che sotto il profilo pratico pare di impatto limitato, atteso che l'annullabilità non potrà essere rilevata d'ufficio, ma solo dalla parte che vi ha interesse.

libertà e indipendenza nell'esercizio della funzione forense, consacrato dal codice deontologico di categoria⁶.

Proseguendo con l'analisi del decreto può facilmente notarsi che il legislatore non ha previsto alcun criterio per determinare la competenza del mediatore da scegliersi. Ciò significa che l'attore è libero di scegliere l'organismo territorialmente più comodo, ma anche quello più gradito⁷. Potrà allora rilevarsi che, qualora l'attore scelga un determinato organismo di mediazione con l'evidente scopo di rendere difficoltoso il raggiungimento della mediazione, sarà chiaro che in capo al soggetto non esiste alcuna volontà conciliativa⁸.

La durata del procedimento (art. 6) non deve superare i quattro mesi; tale termine decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, o dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa nel caso in cui il tentativo di mediazione non sia stato esperito prima dell'inizio della controversia. In ogni caso, il termine dei quattro mesi non è soggetto alla sospensione feriale dei termini (art. 2).

Il legislatore ha quindi apposto un termine alla durata del procedimento, ma non ha previsto quali conseguenze derivino dall'inosservanza del termine stesso. Pare allora che la conclusione più logica sia quella per la quale, trascorsi i quattro mesi senza si sia pervenuti alla conclusione del procedimento, le parti possano proporre la domanda giudiziale⁹. Domanda giudiziale

⁶ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, I, 3168, con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*.

⁷ L. DITTRICH, *op. cit.*, 7-8, riporta l'esempio del professionista che agisce davanti all'organismo di mediazione istituito dal proprio ordine professionale di appartenenza. L'Autore ritiene comunque che, nonostante all'attore sia consentita una tale libertà di scelta, ciò non implichi una violazione dell'imparzialità, e della terzietà, qualità che dovrebbero presupporre sempre esistenti in capo al mediatore.

⁸ Tale comportamento potrà allora essere valutato dal giudice di merito come argomento di prova al fine di un riparto delle spese di causa.

⁹ Come è stato giustamente osservato da L. DITTRICH, *op. cit.*, 17, "allorquando il tentativo di mediazione diverrà obbligatorio, il processo subirà sempre uno slittamento pari ai quattro mesi". Tale termine è al tempo stesso troppo corto, poiché saranno numerose le ipotesi in cui la definizione del procedi-

che, nelle ipotesi di mediazione facoltativa, potrebbe essere in teoria proposta in ogni momento dalle parti¹⁰. Qualche perplessità suscita invece l'opinione, che se accolta tende a svuotare di significato la norma, la quale permette alle parti (nella mediazione obbligatoria) di proseguire il procedimento di mediazione anche oltre i quattro mesi, anche parallelamente al processo ordinario¹¹.

Un altro tentativo del legislatore di snellire il procedimento lo si rinviene nell'art. 8, che assegna (presumibilmente) alla parte attrice un termine di quindici giorni per informare la controparte dell'inizio del procedimento (sebbene potrebbe provvedervi anche l'organismo di mediazione) con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione. In tal senso si è forse voluto risparmiare alle parti l'onere di comunicare con la controparte attraverso il meccanismo delle notificazioni. In realtà, la notificazione – che nella logica del codice di rito non ha certamente la funzione di aggravare gli oneri formali delle parti – permette di ottenere una prova attendibile della consegna dell'atto al destinatario, e non si capisce allora perché la scelta del legislatore non si sia ispirata a tale meccanismo sicuro, almeno per quanto riguarda i casi di mediazione obbligatoria.

Nel resto, il procedimento si svolge davanti all'organismo di mediazione senza particolari formalità. Il mediatore dovrà a questo punto tentare di portare le parti ad un accordo amichevole di definizione della controversia.

Deve notarsi che, ai sensi dell'art. 11, sembrerebbe che il mediatore, al termine della mediazione, debba sempre fare una proposta di conciliazione. L'articolo non è "chiaro", poiché men-

mento di mediazione richiederà un lasso maggiore di tempo, e troppo lungo perché saranno numerose anche le ipotesi in cui le parti non manifesteranno alcuna volontà di transigere. Simili dubbi sulla disposizione sono stati espressi anche da G. MONTELEONE, *La mediazione forzata*, in *www.Judicium.it*, 1, secondo il quale "in teoria il procedimento di mediazione non può durare più di quattro mesi... ma la legge non precisa quale sia la conseguenza derivante dal suo infruttuoso decorso, specie quando condiziona la proponibilità della domanda giudiziale. Questa dovrebbe essere liberamente proponibile, ma siccome lo schema legislativo non lo stabilisce espressamente, potrebbe ritenersi anche il contrario e cioè che il blocco resti finché il mediatore non formuli la proposta conciliativa anche se siano stati superati i quattro mesi".

¹⁰ L. DITTRICH, *op. cit.*, 17.

¹¹ *Contra*, L. DITTRICH, *op. cit.*, 18.

tre il comma 1 stabilisce che il mediatore *può* formulare l'accordo qualora quest'ultimo non sia stato raggiunto, il comma 4 prevede che se la conciliazione non ha buon esito il mediatore *forma* processo verbale con l'indicazione della proposta. Il testo sembra contrapporre il termine *accordo* al termine *conciliazione*, considerando l'accordo alla stregua di una conciliazione fatta dalle parti senza l'aiuto del mediatore, e la conciliazione come l'accordo delle parti raggiunto grazie all'aiuto del mediatore¹².

A questo punto l'esito che può avere il procedimento è tripartito:

- a) le parti raggiungono un accordo senza l'intervento del mediatore; il mediatore redigerà allora processo verbale sottoscritto dalle parti.
- b) le parti raggiungono la conciliazione facendo istanza di proposta della stessa al mediatore, e dovranno comunicarne entro sette giorni per iscritto l'accettazione. Il mediatore redigerà anche in questo caso processo verbale sottoscritto dalle parti¹³.
- c) la conciliazione non ha esito positivo, in tal caso si avrà comunque la redazione del processo verbale che dovrà contenere, ove formulata, l'indicazione della proposta di conciliazione.

Per certi versi paradossale, comprensibile soltanto nella logica dell'universo rovesciato della mediazione rispetto al processo ordinario, appare, infine, la posizione della parte vincitrice in sede giudiziale, che si era però rifiutata di concludere la conciliazione davanti all'organismo di mediazione. L'art. 13 stabilisce infatti che la parte vincitrice non solo non otterrà la condanna alle spese a suo favore, ma dovrà anche pagare alla controparte le spese giudiziali "successive alla formulazione della proposta", nonché una somma pari al contributo unificato dovuto¹⁴. Vero è che, nella fat-

¹² L'articolo pone, in conclusione, una inutile complicazione, poiché ad ogni modo se la conciliazione non riesce, neanche con l'intervento del mediatore, questi dovrà sempre indicare una proposta.

¹³ Nei casi *sub a)* e *b)* il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: si tratta dunque di un'efficacia del tutto parificata a quella della sentenza (L. DITTRICH, *op. cit.*, 23).

¹⁴ L. DITTRICH, *op. cit.*, 23, commenta che "si tratta di una vittoria che, dal punto di vista della condanna alle spese, è trattata peggio di una soccomben-

tispécie la vittoria, quanto meno con riferimento alla condanna alle spese, ha un trattamento deteriore rispetto alla soccombenza.

2. *La mediazione obbligatoria*. – Ciò premesso è opportuno rilevare che il provvedimento in esame introduce non un tipo di mediazione, ma tre diversi tipi, soggetti alle stesse regole procedurali, eppure distinti:

- a) il procedimento di mediazione obbligatoria;
- b) il procedimento di mediazione facoltativa¹⁵;
- c) il procedimento di mediazione concordata¹⁶.

La mediazione obbligatoria consiste nell'esperimento di un procedimento costituente "condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

Le materie sottoposte a questa sorta di condizione di accesso alla giustizia sono indicate dall'art. 5 del decreto, il quale dispone che chiunque intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in taluna delle materie indicate "è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto"¹⁷ (art. 5 co. 1).

za integrale... qui ci troviamo in un universo rovesciato, ove chi vince è soggetto onerato delle spese"; così anche G. MONTELEONE, *op. cit.*, 3: "minacciare sanzioni e condanne alle spese alla parte vittoriosa, per il solo fatto che abbia rifiutato la proposta conciliativa poi recepita in sentenza, non ha altra funzione che ostacolare l'accesso alla giustizia con strumenti di coazione indiretta".

¹⁵ È rimessa ad una possibile iniziativa delle parti o del giudice poiché secondo il disposto dell'art. 5, co. 2, il giudice può invitare la parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, a procedere alla mediazione anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti. L'ipotesi è quella della conciliazione *delegata*, la quale amplia la possibilità per il giudice di avviare un tentativo di conciliazione: così E. FABIANI, M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in www.Judicium.it, 10.*

¹⁶ È legata alla sussistenza dell'apposita clausola che la preveda. In questa ipotesi, che somiglia in verità alla ben nota clausola arbitrale, la domanda è presentata davanti all'organismo indicato nella clausola.

¹⁷ Il ricorso all'istituto in esame quale imprescindibile condizione per avere accesso alla tutela giurisdizionale ha lasciato perplessa la dottrina, la quale ha osservato che non si comprendono le ragioni per le quali la parte che ri-

La mediazione obbligatoria intesa in tale senso potrebbe, allora, pregiudicare chi ha subito un torto e vuole giustizia dallo Stato, poiché lo Stato stesso, imponendo la mediazione, chiede all'attore di rinunciare a un normale procedimento davanti all'autorità giudiziaria. Inoltre il procedimento di mediazione viene ad essere imposto in una serie di controversie estremamente eterogenee e suscettibili di una incontrollabile espansione¹⁸.

Le maggiori difficoltà attengono dunque alla delimitazione delle materie indicate nell'articolo in esame. Ad esempio viene genericamente indicata la materia del risarcimento del danno da responsabilità medica, senza specificare se esista o meno una delimitazione relativa al valore della controversia (che in questo campo potrà sicuramente raggiungere cifre importanti, vertendo sul diritto alla salute, costituzionalmente garantito).

Allo stesso modo si potrà osservare che per cause aventi ad oggetto diritti reali, possono intendersi anche tutte le cause aventi ad oggetto contratti traslativi di tali diritti, nonché aventi ad oggetto la loro nullità, l'annullamento, o la risoluzione¹⁹.

La stessa delimitazione manca relativamente a quella che nel decreto è genericamente indicata come "domanda giudiziale" (art. 4 co. 3): la dottrina ha infatti già iniziato a chiedersi se il legislatore volesse riferirsi alla sola domanda che instaura il pro-

tenga di avere pienamente ragione debba per forza sottoporsi ad una procedura di mediazione, e per forza vedersi costretta ad accettare oppure a rifiutare una proposta di conciliazione (in contrasto con l'art. 24 Cost.). In questo senso G. MONTELEONE, *op. cit.*, 3, ritiene che la previsione vada contro non soltanto al dettato dell'art. 24 Cost., ma anche dell'art. 102 Cost.

¹⁸ In questo senso L. DITTRICH, *op. cit.*, 11 e 12, osserva che "la sovrabbondanza ed eterogeneità delle materie sottoposte ad obbligatoria mediazione, lungi dall'ampliare le possibilità di successo dell'istituto, rischiano di condannarlo all'insuccesso... molto più ragionevole sarebbe stato... prevedere un numero limitato e possibilmente omogeneo di controversie, indicando anche un tetto massimo di valore".

¹⁹ L. DITTRICH, *op. cit.*, 12, il quale ritiene che l'articolo in commento presenti profili di dubbia costituzionalità (art. 3 Cost.), atteso che sotto il profilo dell'uguale trattamento di situazioni identiche, chi voglia introdurre una controversia tra quelle per le quali la conciliazione è prevista come obbligatoria, si troverà esposto a costi superiori rispetto a chi debba adire la giustizia senza dover osservare tale obbligo preventivo.

cesso, o anche alla domanda riconvenzionale, alla *reconventio reconventionis* dell'attore, all'intervento autonomo di terzi, alla chiamata di un terzo ad opera di una delle parti²⁰.

Ai sensi dell'art. 5 co. 3, è prevista la possibilità di compiere, in corso di mediazione, talune attività quali la trascrizione della domanda giudiziale e di richiedere la concessione di provvedimenti d'urgenza e cautelari. Come è stato osservato in dottrina²¹, l'intenzione del legislatore è chiara: la concessione di un provvedimento cautelare non può essere impedita dal tentativo di mediazione. Sembrerebbe quindi doversi intendere che la domanda di mediazione debba comunque essere proposta prima della domanda cautelare, la qual cosa sarebbe senza dubbio discutibile, soprattutto nell'ipotesi in cui venga richiesto un provvedimento *inaudita altera parte*²².

Anche qui il problema che si pone, nonostante il tentativo del legislatore di salvaguardare la legittimità costituzionale della figura in esame, riguarda la delimitazione delle attività sopra ricordate, in particolare la delimitazione dell'espressione generale *provvedimenti d'urgenza e cautelari*²³.

²⁰ La dottrina ha giustamente osservato che, a rigore, sarebbe necessario l'esperimento del tentativo di mediazione in tutti i casi in cui vi sia l'introduzione di nuove domande: D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in *www.Judicium.it*, 8; nella giurisprudenza del lavoro la Suprema Corte era ferma nel ritenere soggetta al tentativo di conciliazione ex art. 412 *bis* anche la domanda riconvenzionale: Cass., 15 luglio 2008, n. 19436; Cass., 16 novembre 2007, n. 23816.

²¹ L. DITTRICH, *op. cit.*, 15.

²² Rifacendosi al processo del lavoro (art. 412 *bis*) sarebbe logico pensare che sia la proposizione sia la decisione di provvedimenti urgenti e cautelari non sia subordinata alla preventiva introduzione della domanda di mediazione. Questa potrà essere proposta successivamente, anche dopo l'instaurazione del giudizio di merito.

²³ In questo senso G. FINOCCHIARO, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio*, in *Guida al diritto*, n. 12, 2010, 63, ritiene che "la formula *provvedimenti urgenti e cautelari* ricomprende non soltanto i provvedimenti cautelari *stricto sensu*, cioè fondati sul *periculum in mora* e sul *fumus boni iuris*, ma anche tutte le pronunce provvisoriali fondate sullo stato di bisogno o di necessità di una delle parti".

3. *Alcune conclusioni.* – La riforma apportata dal D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, è sicuramente positiva poiché rappresenta la chiara volontà del legislatore di cercare di snellire i procedimenti davanti all'autorità giudiziaria. Creando il nuovo procedimento il legislatore auspica, infatti, che le parti raggiungano velocemente una conciliazione e rinuncino così ad adire l'autorità giudiziaria, con ulteriore dispendio di tempo e denaro. Allo stesso tempo non può negarsi, come ha osservato la dottrina più attenta, che tale decreto ponga non irrilevanti problemi dal punto di vista applicativo, costituzionale, e che talvolta corra il rischio di contraddire lo scopo stesso per cui è stato creato. Non resta ora che attendere l'applicazione del decreto affinché emergano nella pratica i problemi ed eventualmente aspettarsi dal legislatore un intervento correttivo.

MASSIMO DEIANA - VALENTINA CORONA

TUTELA DEL TURISTA PER L'INADEMPIMENTO DEL CONTRATTO DI TRASPORTO AEREO E PROCEDIMENTI CONCILIATIVI

SOMMARIO: 1. I malfunzionamenti aeronautici e il contratto di viaggio. - 2. La cancellazione del volo causata dalle condizioni meteorologiche. - 3. La responsabilità del gestore aeroportuale. - 4. Il ruolo del *tour operator*. - 5. Conclusioni.

1. *I malfunzionamenti aeronautici e il contratto di viaggio.* – Spesso, in occasione dello svolgimento di un viaggio organizzato si verificano degli inconvenienti la cui intensità oscilla tra il semplice disagio e la ben più grave mancata realizzazione della causa contrattuale. Altrettanto frequentemente tali eventi sono determinati dai disservizi che affliggono il trasporto aereo, la cui effettuazione è inclusa nel pacchetto turistico, così che i malfunzionamenti aeronautici si traducono in malfunzionamenti della vacanza *tout court*. L'intreccio dei soggetti chiamati a svolgere un ruolo attivo, centrale o marginale ma comunque indispensabile, determina notevoli incertezze sul soggetto responsabile, e l'elevato grado di tecnicismo che caratterizza il settore spesso crea delle incertezze in ordine alla corretta soluzione della controversia.

2. *La cancellazione del volo causata dalle condizioni meteorologiche.* – Dal punto di vista concreto la nostra giurisprudenza di merito è ricca di vicende del genere, e tra queste destano particolare interesse quelle connesse alle condizioni meteorologiche avverse che impediscono l'effettuazione del volo. Il problema si ripropone in modo quasi sistematico in occasione delle festività di fine anno, allorquando gli aeroporti del nord Italia devono affrontare peculiari condizioni di maltempo tali da non consentire l'operatività dello scalo, così che molti passeggeri in partenza per le vacanze sono co-

stretti a lunghe attese in aeroporto, vedendo vanificare in tutto o in parte il loro viaggio. Ad esempio alla fine del 2000 l'aeroporto di Malpensa fu colpito da una nevicata di particolare intensità, così che si rese necessario cancellare oltre 350 voli in partenza ed in arrivo. In tale occasione, tra le tante compagnie aeree coinvolte dall'impraticabilità dello scalo, taluna si organizzò per riprogrammare la partenza da altro aeroporto, mettendo a disposizione dei passeggeri un servizio di trasporto tramite pullman che li avrebbe condotti al nuovo scalo. A fronte di molti passeggeri che accettarono la nuova partenza vi fu anche chi ritenne preferibile attendere la partenza del giorno successivo, con perdita di due giorni di vacanza e sicuramente con sopportazione di molti disagi per l'attesa. La causa venne intentata nei confronti della compagnia aerea e del gestore aeroportuale mentre nessuna azione venne intrapresa nei confronti dell'organizzatore del pacchetto turistico. Il giudice di pace, investito della controversia, ritenne di rigettare la domanda proposta contro il vettore e di accogliere quella nei confronti del gestore aeroportuale, ritenendo che la cancellazione del volo fosse ascrivibile alla sua responsabilità per aver fatto sgomberare le piste dalla neve con molto ritardo, e conseguentemente condannandolo, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., al risarcimento del danno derivante dal parziale mancato godimento della vacanza e del danno da stress per la forzata permanenza nell'aeroporto senza notizie e senza assistenza.

La ragione per la quale il turista non abbia citato in giudizio il tour operator non è chiara, anche perché si tratta del soggetto che, ai sensi degli artt. 82 ss. del d. lg. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo), oltre che ai sensi della convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio (CCV) risponde per l'inadempimento di qualsiasi prestazione che ne costituisca oggetto. È importante, infatti, ricordare che, ai sensi dell'art. 15.1 della CCV, se l'organizzatore si avvale di terzi per l'esecuzione dei servizi di trasporto, alloggio o di qualsiasi altro tipo nell'esecuzione del viaggio o del soggiorno, egli risponde di qualsiasi pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale di questi servizi. Stessa disposizione si ritrova nel comma 2° dell'art. 93 del Codice del consumo il quale stabilisce che l'organizzatore che si avvale di altri prestatori di servizi è *comunque* tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti.

Accanto ai disservizi nascenti dalla sistemazione alberghiera, una delle cause più frequenti che impediscono il pieno godimento del pacchetto turistico è, come detto, costituita dai problemi riconducibili alla prestazione di trasporto aereo: *overbooking*, cancellazioni di voli, ritardi prolungati e smarrimento dei bagagli sono eventi che rischiano di compromettere, anche se non in maniera definitiva, il viaggio e di produrre il c.d. danno da vacanza rovinata, vero ed unico protagonista delle aule di giustizia nel nuovo millennio.

Le patologie di cui oramai il trasporto aereo è affetto quasi in modo congenito a seguito del congestionamento dei cieli e degli aeroporti non potevano non riverberarsi anche sui *tour operators*, divenuti talvolta capri espiatori di un sistema che, evidentemente, non funziona al meglio come dimostrano gli interventi comunitari, emblematicamente rappresentati dal regolamento CE n. 261/2004 in materia di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato, peraltro non applicabile alle ipotesi in esame stante la loro collocazione temporale antecedente all'entrata in vigore del medesimo.

L'affermazione può sembrare esagerata ma si deve considerare che se l'ordinamento contempla ancora alcune ipotesi in cui il vettore aereo può evitare di incorrere in responsabilità dimostrando la propria diligenza o richiamando la sopravvenienza di circostanze eccezionali come il cattivo tempo, il *tour operator* continua invece ad essere gravato da una responsabilità sostanzialmente oggettiva, che ammette esoneri solo nel caso in cui si riesca a dimostrare la colpa del consumatore, ovvero il fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile o, infine, il caso fortuito o la forza maggiore (art. 96 comma 1° codice del consumo).

3. *La responsabilità del gestore aeroportuale.* – Per tale ragione può stupire il fatto che il turista abbia chiamato in causa solo la compagnia aerea e la società di gestione aeroportuale ma non anche il *tour operator* che aveva organizzato il pacchetto, il quale se citato in giudizio sarebbe stato verosimilmente riconosciuto responsabile, salva poi la possibilità di rivalersi nei confronti del vero soggetto inadempiente. Il problema principale è chiarire se gli eventi atmosferici di una certa gravità integrino o meno gli estremi della forza maggiore, nel caso in cui tali circostanze fos-

sero ragionevolmente prevedibili, così da potervi porre prontamente rimedio. Nel caso in esame l'evento in questione si è sostanziato nelle imponenti nevicate che periodicamente affliggono alcuni aeroporti italiani ed in particolare lo scalo della Malpensa. I fatti da cui è scaturita la controversia avevano avuto una grande risonanza pubblica tanto che il Ministero dei trasporti e l'ENAC, al fine di fare chiarezza, avevano disposto un'ispezione per indagare sulle reali cause del collasso aeroportuale determinatosi a seguito di un accumulo di neve dello spessore massimo di 20 centimetri, il quale doveva considerarsi normale per la Valpadana. Secondo il comunicato stampa rilasciato dal Ministero in data 29 dicembre 2000 sulla base delle risultanze del rapporto degli ispettori, la paralisi dello scalo era fondamentalmente derivata da una grave sottovalutazione dell'emergenza, aggravata ulteriormente dal fatto che il piano antineve non era stato sottoposto a prova pratica di efficienza prima che arrivasse la stagione invernale. In sostanza dalla relazione era emerso che il piano e le relative procedure erano stati attivati con grave ritardo, ciò che, tra l'altro, aveva determinato la necessità di ricorrere a personale e strumenti di ditte esterne¹. Ciononostante, sulla base delle assicurazioni fornite dal gestore aeroportuale in merito alla sussistenza dei limiti di sicurezza ed al rispetto dei parametri richiesti dalle normative in vigore, la Direzione aeroportuale aveva deciso di non chiudere l'aeroporto.

Stanti tali premesse sembra allora potersi condividere il ragionamento del giudice di primo grado, secondo il quale la cancellazione del volo non era imputabile alla compagnia aerea mentre la difesa del gestore aeroportuale relativa all'evento di forza maggiore dovesse essere rigettata².

¹ Il comunicato riferiva che degli otto equipaggi previsti per il caso di emergenza neve erano in servizio solo la metà. Tale carenza di personale interno ed esterno aveva costretto ad utilizzare solo una delle piazzole di trattamento *de-snowing* e *de-icing* così che a terra si accumulato un gran numero di aerei che attendevano di essere bonificati.

² Stessa soluzione si è avuta con riferimento ad un altro contenzioso generato dalla medesima vicenda e deciso dal Giudice di Pace di Milano con la sentenza del 23 luglio 2002 in *Danno e Resp.*, 2003, 3, 301 con nota di M. DELLA CASA, dove il giudice ha escluso la responsabilità del vettore aereo riconoscendo quale unico responsabile il gestore aeroportuale sostenendo che

Il vettore aereo, infatti, non aveva potuto eseguire la prestazione di trasporto sebbene egli ed i suoi dipendenti e preposti avessero preso, come richiede l'art. 949-bis cod. nav., tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno. In sostanza la mancata autorizzazione da parte dell'ENAC ad effettuare il volo da Malpensa, unitamente all'apprestamento di un servizio di trasporto via terra verso un diverso aeroporto da cui il volo effettivamente era partito, sono stati ritenuti idonei ad escludere la responsabilità.

Per quanto concerne invece l'altro soggetto coinvolto, ossia la società di gestione aeroportuale, il giudice ha escluso l'esistenza della forza maggiore perché questa, al fine dell'esonero dalla responsabilità, deve rivestire i caratteri della imprevedibilità o dell'inevitabilità³. L'affermazione sembra condivisibile. Infatti, poiché, come rilevato dalla dottrina, di regola gli eventi naturali possono essere opportunamente evitati nel verificarsi o superati negli effetti, la loro attitudine a sostanziare l'impossibilità sopravvenuta deve essere rapportata allo sforzo diligente richiesto al debitore in relazione al risultato dovuto⁴. Da questo punto di vista le indagini

qualora una precipitazione atmosferica di proporzioni contenute provochi la prolungata sospensione dell'attività aeroportuale, rendendo impossibile la partenza dei voli, la società di gestione è responsabile nei confronti dei passeggeri per il ritardo con cui pervengono a destinazione e per i disagi sofferti secondo la disciplina applicabile all'esercizio di attività pericolosa.

³ Si veda per tutti F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto e impresa*, 1989, 33 il quale sottolinea come i concetti di caso fortuito e di forza maggiore non debbano essere intesi in senso naturalistico in quanto si tratta di eventi che, in rapporto alla prestazione dedotta in quella data obbligazione, rivelano i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità.

⁴ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni - Art. 1218-1229*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di A. Scialoja-G. Branca, 113. Per i caratteri della forza maggiore quale evento idoneo ad escludere la responsabilità si veda N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 55; S. BATTISTINI, *Caso Fortuito*, voce *Dig. It.*, VI, 1926, 326; A. CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino 1958, 988; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 377. Per una distinzione tra caso fortuito e forza maggiore si rinvia per tutti a L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1092; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1989, 340; F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurispru-*

avevano evidenziato che il blocco degli arrivi e delle partenze era stato determinato da una sottovalutazione di una situazione meteorologica non imprevedibile (come non può certo esserlo una nevicata in dicembre in una località prealpina), ed i cui effetti avrebbero potuto essere evitati se il sistema aeroportuale avesse funzionato in termini di uomini, mezzi e procedure, secondo quanto previsto nei manuali operativi in occasione di tali eventi.

Né si potrebbe ritenere che il gestore possa esonerarsi dalla responsabilità richiamando le funzioni statali in materia di sicurezza operativa svolte per il tramite del Direttore di aeroporto, perché la sussistenza di una totale autonomia tecnica ed organizzativa del gestore aeroportuale, concessionario del servizio pubblico, esclude che altri soggetti possano essere ritenuti responsabili⁵.

Quanto poi al rapporto tra gestore aeroportuale e vettore aereo, mentre per alcuni servizi, e specificamente quelli di *handling*, il primo assume la qualità di preposto del secondo, per altri – specie per quelli che si qualificano come essenziali allo svolgimento di qualsiasi attività aeronautica – tale rapporto viene meno perché si tratta di attività strumentali al traffico aereo ed alla sua sicurezza⁶.

Secondo la giurisprudenza in siffatte situazioni non esisterebbe alcun rapporto obbligatorio di fonte contrattuale tra gestore e

denziali, in *Contratto e impresa*, 1989, 33 il quale offre una propria distinzione tra il caso fortuito che consiste nell'evento imprevedibile ed inevitabile e che corrisponde al concetto comune di fatalità e la forza maggiore, che indica una forza alla quale non si può resistere.

⁵ Per quanto concerne le attribuzioni del Direttore di aeroporto si vedano tra gli altri G. DE STEFANI, *La responsabilità civile del direttore d'aeroporto*, in *Trasp.* 1990, 159; T. BALLARINO-S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988, 513; C. TALICE, *Il direttore di aeroporto, organo amministrativo complesso*, in *Riv. amm.*, 1993, 1353; ID., *Responsabilità e ruolo del direttore di aeroporto*, in *Cinquant'anni di codice della navigazione: profili di responsabilità degli operatori del settore aereo* (a cura di B. Franchi), Roma, 1993, 97; F. MORANDI, *Obblighi e responsabilità del direttore di aeroporto*, in *Aeroporti e responsabilità* (a cura di M. Deiana), Cagliari 2005, 33 ss. Relativamente alle funzioni del gestore aeroportuale si rinvia a G. CAMARDA, *La responsabilità del gestore aeroportuale*, in *Dir. trasp.* 2002, 763 ss. M. RIGUZZI, *Il nuovo ruolo del gestore aeroportuale*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 117; V. DOMINICI, *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano, 1982.

⁶ Si veda sul punto M. PIRAS, *Obblighi e responsabilità dell'operatore di handling*, in *Aeroporti e responsabilità*, cit., 138.

vettore, così che la responsabilità del primo nei confronti del secondo sarebbe di natura aquiliana⁷. Parte della dottrina non condivide, invece, questa affermazione, non accettando la ricostruzione per la quale l'aeroporto sia qualificabile come bene pubblico ad utilizzazione indifferenziata, come dimostrerebbe il fatto che il pagamento delle c.d. tasse aeroportuali sia un corrispettivo per l'utilizzazione dell'aeroporto medesimo, creando un legame indissolubile tra aspetto gestorio ed utilizzazione del bene in sé, e conseguentemente escludendo che sia possibile richiamare *tout court* l'art. 2050 c.c. sulla responsabilità extracontrattuale per esercizio di attività pericolosa⁸.

4. *Il ruolo del tour operator.* – Fatte queste indispensabili precisazioni, sembra possibile affrontare il problema relativo al ruolo del *tour operator* che abbia organizzato il pacchetto turistico di cui la prestazione di trasporto aereo costituisce parte integrante.

Nel caso in cui, come nella vicenda in esame, sia applicabile la disciplina racchiusa negli artt. 82 ss. del Codice del consumo, la risposta istintiva a tale interrogativo sembrerebbe essere nel senso che l'organizzatore debba rispondere della cancellazione perché, ai sensi dell'art. 93 comma 2°, egli è responsabile per i danni che il viaggiatore abbia subito a causa dell'inadempimento da parte dei suoi ausiliari o che siano dovuti all'inesatta esecuzione dei servizi compresi nel pacchetto turistico qualora le prestazioni siano state affidate a terzi fornitori dei quali il *tour operator* abbia inteso avvalersi⁹, escludendosi del tutto la possibilità

⁷ Si tratta della sentenza sul *bird strike* del Trib. Genova 5 ottobre 2001, in *Danno e resp.* 2002, 160, con nota di M. DELLA CASA, *Quando il gabbiano investe l'aereo: responsabilità private e pubbliche per mala gestio del servizio aeroportuale*.

⁸ Cfr. G. CAMARDA, *La responsabilità del gestore aeroportuale*, cit., 800 ss. In sostanza si afferma che nei rapporti con il vettore il gestore risponde secondo la disciplina generale di cui all'art. 1218 c.c., mentre nei rapporti con i terzi risponde in via extracontrattuale ex art. 2043 c.c. ma non ai sensi dell'art. 2050 c.c. posto che molte delle attività svolte non potrebbero neppure operando forzature rientrare nel novero delle attività pericolose.

⁹ In tal senso F. MORANDI-M.M. COMENALE PINTO-M. LA TORRE, *I contratti turistici - I contratti di viaggio, Il contratto di trasporto di persone, I contratti di ospitalità*, IPSOA, 2004, 91.

riconosciuta dall'art. 15 par. 1 della CCV di fornire la prova liberatoria di *culpa in eligendo* nella scelta del terzo prestatore del servizio. La responsabilità dell'organizzatore è quindi fondata non più sul dolo o sulla colpa ma sul rischio di impresa, scelto come modello nell'ambito di una tendenza alla progressiva oggettivizzazione della responsabilità. Si tratta di una scelta normativa compiuta a livello comunitario che mira a tutelare il turista consumatore individuando un unico responsabile contrattuale che, in qualità di appaltatore di servizi, sceglie i fornitori degli stessi con i quali il viaggiatore non ha alcun rapporto negoziale¹⁰.

La domanda che si pone nel caso di specie è quindi se il gestore aeroportuale possa essere considerato come terzo fornitore di un servizio che costituisce parte integrante del pacchetto, e del cui inadempimento l'organizzatore risponda.

Il punto di partenza è che, secondo una prospettiva contrattuale, sembra doversi escludere la sussistenza di un rapporto negoziale diretto tra il *tour operator* ed il gestore per la fornitura dei servizi aeroportuali. Il servizio che entra a far parte del pacchetto è costituito, infatti, dal viaggio aereo ossia dal trasporto del passeggero con il suo bagaglio da un luogo ad un altro, il quale si pone come strumentale ai fini della fruizione del bene giuridico-vacanza inteso in senso complessivo. Pertanto, il terzo fornitore del servizio non è il gestore aeroportuale ma il vettore aereo, il quale nell'esecuzione della prestazione si avvale di propri preposti che, ciascuno per la sua parte, concorrono all'adempimento globale della prestazione di trasporto. Il problema sembra, allora, doversi risolvere con riferimento al rapporto che si instaura tra gestore aeroportuale e vettore al fine di comprendere se il primo possa essere qualificato come preposto del secondo.

Come si è evidenziato in precedenza, le attività che fanno capo al gestore aeroportuale sono molteplici: funzioni che possono essere qualificate come servizi di *handling*, ossia come prestazioni accessorie all'approdo, sosta e partenza dell'aeromobile e quindi complementari all'obbligazione contrattuale assunta dal vettore aereo nei confronti del passeggero (e dell'interessato al

¹⁰ Cfr. A. SANTUARI, *I contratti di viaggio «all inclusive» tra fonti interne e diritto transnazionale*, Padova, 2003, 134, nota 11.

carico); attività prive di nesso tecnico–funzionale con il trasporto aereo vero e proprio, come le attività commerciali che rendono più confortevole la permanenza in aeroporto del passeggero e che hanno un collegamento solo occasionale con il trasporto aereo; ed infine attività essenziali allo svolgimento di qualsiasi attività aeronautica, più propriamente strumentali al traffico aereo ed alla sua sicurezza che, per la maggior parte, rientrano tra le funzioni della pubblica amministrazione¹¹.

Nell'ambito di tale tripartizione è evidente che solo per la prima tipologia di attività – qualificabile come assistenza a terra – sussiste un rapporto di preposizione tra vettore e gestore aeroportuale, mentre tale relazione viene a mancare del tutto sia nel secondo ma ancor più nel terzo gruppo di attività. Tale mancanza determina, a sua volta, l'impossibilità di ricondurre il comportamento del gestore al *tour operator* posto che, giova ribadirlo, tra le parti non sussiste alcun vincolo contrattuale, e considerato che la prestazione del primo entra in gioco nella complessa vicenda sottesa all'esecuzione del pacchetto turistico solo quale presupposto indispensabile per l'esercizio *tout court* dell'attività aeronautica¹². L'estraneità della condotta del gestore aeroportuale rispetto al novero delle obbligazioni contrattuali assunte dal *tour operator* trova conferma nel fatto che, come correttamente riconosciuto nella sentenza, lo stesso vettore aereo non può essere ritenuto responsabile perché la cancellazione del volo è stata determinata da un fatto non imputabile ossia dalla mancata autorizzazione da parte dell'ENAC ad effettuare il volo, evento che – così come l'ipotesi di chiusura dell'aeroporto – può essere

¹¹ Sul punto si rinvia *amplius* a M. PIRAS, *Obblighi e responsabilità dell'operatore di handling*, cit., 138.

¹² Si veda in proposito Cass. civ. Sez. III, 25 settembre 2001, n. 12015 dove si è affermato che «*la responsabilità del vettore aereo cessa dal momento in cui, in ragione dell'organizzazione amministrativa del traffico nell'aeroporto, operazioni accessorie a quella oggetto del contratto di trasporto risultano organizzate in modo da essere sottratte alla sua sfera di ingerenza, e si presentano come servizio che lo stesso deve procurare al passeggero; poiché tale servizio è reso da un soggetto diverso dal vettore, che non è da lui scelto ed è sottratto alla sua ingerenza, lo stesso non può considerarsi come un preposto del vettore*» in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2847 con nota di E. ROSAFIO, *Brevi riflessioni sull'applicabilità dell'art. 29 della Convenzione di Varsavia ai preposti del vettore aereo e sulla nozione di "preposto"*.

ricondotto alla forza maggiore ovvero al fatto di un terzo estraneo alla fornitura delle prestazioni previste dal contratto, che presenta un carattere imprevedibile o inevitabile (art. 5 della direttiva CEE 90/314)¹³.

D'altra parte il comportamento tenuto dal vettore nel mettere a disposizione dei passeggeri un trasporto stradale per un diverso aeroporto da cui l'aeromobile poteva partire, si è riverberato sul *tour operator* consentendogli di adempiere appieno agli obblighi imposti dall'art. 96 comma 2° del Codice del consumo, secondo cui l'organizzatore (o il venditore) deve apprestare con sollecitudine ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio. In definitiva così come all'organizzatore sono imputabili quei comportamenti che, in virtù del principio «*cuius commoda eius et incommoda*», determinano il sorgere della responsabilità, allo stesso modo devono ritenersi riferibili al medesimo quei comportamenti che scaturiscono da un corretto adempimento dell'obbligo di diligenza da

¹³ Per le ipotesi di esonero si veda in tal senso Cass. civ. Sez. III, 9 novembre 2004, n. 21343, in Arch. Giur. Circolaz., 2005, 1115. Per un caso di esonero da responsabilità del vettore per la cancellazione del volo determinata dalla nebbia si veda Giudice di Pace di Firenze 17 gennaio 2000 confermata da Cass. civ. Sez. III, 15-giugno 2004, n. 11286 inedita. Diverso è il caso in cui la cancellazione del volo o il ritardo derivino dalla decisione del vettore di non partire a causa delle particolari condizioni atmosferiche. Tale diversa ipotesi è stata oggetto di una controversia risolta dal Giudice di Pace di Milano con la sentenza del 3 settembre 1998, (il cui testo è disponibile nel sito www.diritto.it) scaturita da fatti analoghi. Anche in tale occasione l'aeroporto di Malpensa era stato colpito da una imponente nevicata tanto che il vettore – la cui prestazione si inseriva in un pacchetto turistico avente ad oggetto un viaggio a Santo Domingo – decise di non decollare e di rinviare la partenza al giorno successivo. Il *tour operator* si dichiarò disponibile a rimborsare ai passeggeri la quota della notte perduta ma non acconsentì a rimborsare l'equivalente di una intera giornata di vacanza e ciò perché la decisione di non partire era derivata da una scelta tecnica del pilota motivata dalle avverse condizioni meteorologiche. Il vettore, chiamato in causa dal *tour operator*, argomentò le sue difese sostenendo che la scelta del pilota era inevitabile per non esporre a rischio la vita dei passeggeri così che si configurava una ipotesi di forza maggiore. Il Giudice tuttavia ritenne che la prova della non imputabilità non fosse stata raggiunta non essendosi dimostrato che l'aeroporto fosse chiuso al traffico e pertanto affermò la responsabilità del *tour operator* con obbligo per il vettore di manlevare il primo a causa dell'inesatto adempimento imputabile della prestazione.

parte dei soggetti di cui si avvale nell'esecuzione della prestazione (ossia dei terzi fornitori della cui attività egli risponde).

Pertanto, la scelta di non fruire di tale rimedio è imputabile esclusivamente al viaggiatore, il quale ha preferito aspettare la partenza dall'aeroporto originario, dovendo così rinunciare a due giorni di vacanza e conseguentemente patendo gli innegabili disagi in aeroporto nell'attesa del nuovo volo per la destinazione programmata.

In relazione a tale rifiuto si potrebbe addirittura profilare un'applicazione dei principi racchiusi nel 2° comma dell'art. 1227 c.c. escludendo, quindi, il risarcimento di quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, salva la dimostrazione che il rifiuto sia supportato da giustificato motivo. Se, infatti, il turista non avesse rifiutato la soluzione proposta dal vettore accettando di essere portato in un altro aeroporto, egli non avrebbe perso una parte così consistente della vacanza né avrebbe patito il disagio e la frustrazione legata all'attesa.

5. *Conclusioni.* – La vicenda richiamata evidenzia l'estrema difficoltà nell'individuazione di un soggetto responsabile nel caso in cui intervengano fattori impeditivi della corretta esecuzione del contratto. Il caso richiamato ha trovato una soluzione soddisfacente grazie alla particolare sensibilità del giudice di pace chiamato a decidere la controversia. Ciononostante, il notevole incremento del contenzioso e l'oggettiva difficoltà nel districarsi tra normative con notevoli punti di intersezione rende notevolmente incerto l'esito del giudizio. Proprio per questi casi sembra opportuno ricorrere a strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, idonei ad alleggerire il carico giudiziario ed a consentire in tempi rapidi soluzioni idonee, con un notevole risparmio dei costi.

ANNA MARIA MANCALEONI

LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE ADR

SOMMARIO: 1. Definizione generale e principali tipologie di ADR. - 2. Le clausole vessatorie nel codice civile (artt. 1341-1342, 1370) e nel codice del consumo (art. 33 ss.). Cenni. - 3. La vessatorietà delle clausole ADR: a) ai sensi dell'art. 1341 c.c.. - 3.1 Segue: b) nel codice del consumo. - 3.2. Segue: le clausole arbitrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

1. *Definizione generale e principali tipologie di ADR.* – Per mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, o *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, si intendono una serie eterogenea ed indeterminata di mezzi di soluzione delle controversie accomunati dalla caratteristica negativa di porsi quale alternativa alla giurisdizione ordinaria. Rientrano nella definizione un'infinità di procedure sperimentate nei vari ordinamenti giuridici. In Italia – ordinamento che solo in epoca recente ha avviato una politica di incentivazione delle ADR – si parla più frequentemente di conciliazione o di mediazione, facendosi riferimento ad istituti che assumono connotati differenti di volta in volta, a seconda di quanto stabilito dalla relativa disciplina, che può essere legislativa, regolamentare, auto-regolamentare, lasciata alla libera determinazione delle parti.

Molteplici sono i vantaggi delle ADR: riduzione dei tempi e dei costi della controversia, informalità e segretezza della procedura, possibilità che il soggetto che gestisce la procedura sia dotato di specifica competenza... Anche ragionando dal punto di vista dell'ordinamento giuridico e in un'ottica di politica del diritto, le ADR possono dare un contributo alla riduzione del carico processuale e della durata e costi delle controversie. Tali vantaggi vengono percepiti sia nel contesto del diritto consumeristico (soprattutto, come si evidenzierà, per iniziativa dell'Unione

europea), sia nei rapporti commerciali (c.d. B2B – *business to business* – contrapposto al B2C – *business to consumer*) e, particolarmente, nel contesto delle controversie internazionali: queste, inoltre, presentano delle difficoltà ulteriori sotto il profilo del diritto applicabile (l'incertezza, alla quale non sempre il diritto internazionale privato riesce ad ovviare; problemi di conoscibilità della legge straniera; comunque, i limiti di conoscenza dell'organo giudicante), tali da pregiudicare lo sviluppo del commercio internazionale. Per queste ragioni l'Unidroit (Istituto Internazionale per l'Unificazione del diritto privato) si è fatto promotore della redazione di un codice di regole e principi da applicare negli arbitrati commerciali internazionali (i Principi Unidroit per il commercio internazionale); anche i Principi di diritto europeo dei contratti, redatti dalla Commissione Lando ed applicabili, diversamente dai Principi Unidroit, anche nel c.d. B2C, si propongono, tra l'altro, come strumento per gli arbitri.

Le ADR possono essere ricondotte a diverse tipologie: in particolare si distinguono le ADR facilitative, in cui il terzo gestore della procedura si limita a fare in modo che le parti si incontrino per trovare esse stesse una soluzione consensuale, da quelle aggiudicative, in cui il terzo propone egli stesso una soluzione. Sotto altri profili, le ADR possono essere amministrative, cioè gestite da un organismo istituzionalmente a ciò preposto, oppure gestite direttamente dalle parti in base a quanto previsto nel contratto o concordato a seguito dell'insorgere della controversia; possono essere endoprocessuali, se si svolgono all'interno dell'ordinaria procedura giurisdizionale, o extraprocessuali, se esperite al di fuori di questa. Nei soli casi previsti dalla legge il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tra le ADR viene talvolta annoverato anche l'arbitrato. L'arbitrato è, infatti, un mezzo di risoluzione delle controversie che si colloca al di fuori della giurisdizione ordinaria; tuttavia, diversamente dalle altre ADR, il lodo arbitrale ha efficacia di una sentenza: equivale ad un primo grado di giudizio, con la conseguenza che può essere impugnato – per i motivi previsti dalla legge – davanti al giudice d'appello. L'arbitrato ha una posizione ambigua anche nel diritto comunitario: è escluso dall'ambito di applicazione del regolamento CE 44/2001 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e

commerciale e non è pertanto equiparato alle sentenze; è parimenti escluso dall'ambito di applicazione del Libro verde sulle ADR in materia civile e commerciale¹. Gli arbitri, inoltre, possono rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte costituzionale², ma non anche alla Corte di giustizia³.

Un discorso parzialmente diverso deve farsi per l'arbitrato irrituale (o libero), quale istituto previsto e disciplinato nel nostro ordinamento: il lodo irrituale non sostituisce un grado di giudizio, ha efficacia contrattuale, può essere impugnato dinanzi al giudice di primo grado soltanto per i motivi indicati dalla legge.

Le altre ADR, invece, diversamente dall'arbitrato, non si pongono in rapporto di alternatività alla giurisdizione: le parti, pur dopo l'esperimento della procedura ed in presenza di una decisione resa dal mediatore o dal conciliatore, sono libere di non accettare l'esito e rivolgersi al giudice ordinario.

2. Le clausole vessatorie nel codice civile (artt. 1341-1342) e nel codice del consumo (art. 33 ss.). Cenni. – Le clausole vessatorie sono disciplinate sia nel codice civile, sia nel codice del consumo.

Prima dell'attuazione della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, la disciplina del codice

¹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM (2002) 196 del 19 aprile 2002.

² Corte Cost., 22-28 novembre 2001, n. 376 in *Riv. arbitrato*, 2001, 657, con nota di A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*.

³ CGCE, 23 marzo 1982, C-102/81, *Nordsee*: "l'arbitro che deve pronunciarsi su una lite vertente su un contratto in forza di una clausola inserita nello stesso non può essere considerato una giurisdizione di uno degli stati membri ai sensi dell'art. 177 del Trattato qualora non vi sia alcun obbligo, né giuridico né di fatto, per i contraenti di risolvere le loro liti mediante arbitrato e le pubbliche autorità dello stato membro di cui trattasi non siano implicate nella scelta della via dell'arbitrato, né possano intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro. Se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario che i giudici ordinari potrebbero esaminare, vuoi nell'ambito del contributo che offrono agli organi arbitrali, vuoi in sede di controllo del lodo arbitrale, spetta a questi giudici accertare se debbano rinviare alla corte, a norma dell'art. 177 del Trattato, per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario che essi debbano applicare nell'esercizio di tali funzioni".

civile trovava applicazione a prescindere dalla qualità delle parti, e dunque sia nei rapporti tra professionisti/imprenditori sia nei rapporti tra questi ultimi ed i consumatori: si trattava di una disciplina a tutela dell' "aderente" al contratto predisposto.

L'espressione "clausole vessatorie", assente nel c.c., è stata coniata dalla dottrina e poi mutuata dalla giurisprudenza in riferimento alle clausole indicate nell'art. 1341, co. 2, c.c., in quanto clausole che "vessano" una parte (l'aderente) a vantaggio dell'altra (il predisponente).

Il c.c. inserisce la disciplina delle clausole vessatorie nel contesto della regolamentazione dei contratti stipulati mediante condizioni generali di contratto (art. 1341), o contratti standard, e della *species* dei contratti stipulati mediante moduli o formulari (art. 1342). La finalità perseguita – ragionando in un'ottica consensualistica – è quella di far sì che l'aderente presti validamente il proprio consenso, essendo a tal fine necessario che egli possa prendere conoscenza delle clausole contrattuali e particolarmente di quelle a lui più sfavorevoli. Pertanto l'art. 1341 c.c. subordina l'efficacia delle condizioni generali di contratto al requisito della conoscibilità (co. 1) e l'efficacia delle clausole vessatorie alla presenza di specifica sottoscrizione da parte dell'aderente (co. 2). Il c.c. detta quindi una disposizione in materia di interpretazione delle clausole predisposte (art. 1370: c.d. *interpretatio contra stipulatorem* o *contra proferentem*).

Si ritiene che l'elencazione delle clausole per le quali è richiesta sottoscrizione specifica (art. 1341, co. 2) sia tassativa; si ritiene inoltre che il requisito della specifica sottoscrizione ai fini dell'efficacia delle clausole vessatorie sia rispettato anche qualora figuri un'unica sottoscrizione, purché ulteriore rispetto a quella del contratto, relativa a tutte le clausole vessatorie; non è cioè necessario che le clausole vessatorie vengano riportate singolarmente alla fine del testo contrattuale per essere separatamente sottoscritte, essendo sufficiente un richiamo mediante mero riferimento (normalmente) numerico alla clausola riportata nel testo del contratto, seguito da un'unica sottoscrizione⁴. Rispettate tali modalità minime, le clausole vessatorie, sono efficaci senza an-

⁴ Normalmente compare la dicitura "Ai fini degli artt. 1341-1342 c.c. si sottoscrivono le seguenti clausole: 5, 7, 9 ..." o simili.

che se siano di fatto evidentemente svantaggiose per l'aderente e quest'ultimo non abbia evidentemente avuto la possibilità di negoziarle; ciò che conta, è che sia stato posto in condizioni di conoscerle e di essere "avvertito" del rischio di "vessazioni", tramite la richiesta di un'ulteriore sottoscrizione. La tutela così apprestata è, dunque, di natura eminentemente formale.

Nel 1996 il codice civile è stato novellato per dare attuazione alla direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (intendendosi per "consumatore" la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale); la nuova disciplina è stata inserita negli artt. 1469-*bis* / 1469-*sexies*. Nel 2005, con l'emanazione del codice del consumo (d.lgs. 206/2005) la disciplina è stata "stralciata" dal codice civile e inserita nel codice del consumo (libro III, art. 33 ss.). Sull'opportunità o meno di cambiare la *sedes materiae* della disciplina consumeristica si è svolto un dibattito durante l'*iter* che ha portato alla codificazione settoriale: se da una parte appariva coerente privilegiare il codice del consumo, in quanto la disciplina *de qua*, in quanto concerne i consumatori, risponde al criterio soggettivo di aggregazione normativa su cui si basa il codice ed è oltre tutto disciplina particolarmente significativa nella vita dei consumatori, dall'altra la *sedes* del codice generale avrebbe sottolineato la centralità della materia per tutti i cittadini e – secondo l'auspicio di parte della dottrina – avrebbe facilitato l'applicazione analogica delle norme consumeristiche a tutela di tutti i contraenti, anche se non consumatori, che si trovano in una posizione di inferiorità nei confronti della controparte.

La disciplina di fonte comunitaria – diversamente da quella codicistica di cui agli artt. 1341-1342, 1370 c.c. – non mira a tutelare il consenso contrattuale: se si vuole anche evitare, da una parte, che il consumatore si trovi vincolato a clausole di cui non ha potuto prendere conoscenza (art. 33, co. 2, lett. 1: c.d. clausole "a sorpresa"), o che non ha potuto comprendere perchè oscure o ambigue (v. art. 35), dall'altra si vogliono sanzionare, con la nullità "di protezione" (art. 36), clausole che comunque risultino "sbilanciate" a vantaggio del professionista, in quanto "determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33, co. 1). A tal fine il giudice compie una valutazione che entra nel

merito della clausola e dei contenuti dell'intero contratto; si tratta, pertanto, di un controllo che può definirsi di natura sostanziale, nel raffronto con quello meramente formale previsto dagli artt. 1341-1342 c.c.

Il cod. cons., accanto al criterio generale di valutazione della vessatorietà, prevede un elenco di clausole assistite da presunzione *iuris tantum* di vessatorietà: qualora la clausola contestata rientri in una delle tipologie dell'elenco, il professionista può farne valere la validità dando prova contraria, ciò che può essere fatto sulla base dei criteri specificati dalla stessa disciplina, in particolare dimostrando che lo squilibrio determinato dalla clausola è controbilanciato da altre clausole dello stesso contratto o di altro contratto collegato o che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale (v. art. 34).

Nella trasposizione della disciplina dal c.c. al cod. cons., il testo originario è stato significativamente modificato: le conseguenze derivanti dalla declaratoria di vessatorietà della clausola sono state definite (art. 36) in termini di nullità di protezione (nullità parziale, rilevabile dal giudice nel solo interesse del consumatore).

Può discutersi sulla cumulabilità o meno della disciplina codicistica e di quella consumeristica: se, cioè, in presenza di una clausola non oggetto di trattativa individuale (art. 34, co. 4 cod. cons.) in un contratto tra un professionista ed un consumatore, occorra comunque applicare, oltre alla disciplina consumeristica, l'art. 1341, co. 2, c.c., e dunque richiedere la specifica sottoscrizione ai fini dell'efficacia della clausola se questa rientra tra quelle ivi elencate tassativamente. Sono stati individuati argomenti a sostegno di entrambe le tesi: in senso positivo, può invocarsi il *favor* per il consumatore; in senso negativo, può sostenersi che l'esistenza di una *lex specialis* per i consumatori (artt. 33 ss. cod. cons.) esclude l'applicazione di quella generale (artt. 1341-1342, 1370 c.c.). A nostro avviso, il fatto che la disciplina consumeristica sia ora compresa in un codice separato, se pure di per sé non decisivo, dà maggior forza all'argomento della specialità della disciplina consumeristica e della sua autosufficienza. Il rapporto tra le due discipline, peraltro, è regolato dall'art. 1469 *bis* c.c., secondo cui le disposizioni del titolo II (contratti in genere) del libro IV del c.c., tra cui l'art. 1341 c.c., si applicano ai contratti

con i consumatori ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore; e dall'art. 38 cod. cons., secondo cui le disposizioni del codice civile si applicano ai contratti conclusi con i consumatori soltanto" per quanto non previsto dal presente codice".

3. *La vessatorietà delle clausole ADR: a) ai sensi dell'art. 1341 c.c.* – Prima dell'attuazione della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori tale disciplina si applicava indistintamente a prescindere dalla qualità dei contraenti-aderenti (consumatori o professionisti); attualmente, essa trova applicazione nei rapporti tra professionisti-imprenditori, mentre nei contratti con i consumatori trova applicazione la disciplina del codice del consumo.

Tra le clausole vessatorie elencate nell'art. 1342, co. 2, c.c. figurano le clausole compromissorie, nonché le clausole che comportano deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. Se è pertanto vessatoria la clausola per arbitrato rituale⁵, meno immediata è la soluzione con riferimento all'arbitrato irrituale. La giurisprudenza ne ha escluso la vessatorietà, in quanto la decisione ha natura meramente contrattuale e non preclude il ricorso al giudice⁶. In senso contrario poteva argomentarsi che la clausola determina comunque una deroga alla giurisdizione ordinaria, in quanto implica una parziale rinuncia dell'aderente alla tutela giurisdizionale (visto l'indirizzo giurisprudenziale che negava l'impugnabilità del lodo per manifesta iniquità, salvo dolo dell'arbitro)⁷; analoghe considerazioni possono svolgersi anche a seguito delle

⁵ Diversa è la disciplina per l'arbitrato internazionale: nella disciplina della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 la clausola compromissoria per arbitrato estero non richiede la specifica approvazione per iscritto ex art. 1342 anche se il contratto è stato stipulato in Italia (Cass., sez. un., 22 maggio 1995, n. 5601, *Riv. dir. internaz.*, 1995, 817); v., inoltre, l'attuale art. 833 c.p.c., che sottrae l'arbitrato internazionale ai requisiti di forma della clausola compromissoria previsti dalla normativa di diritto interno.

⁶ Cass. 20 ottobre 1965, n. 2157; 11 dicembre 1978, n. 5832, Trib. Cagliari, in *Riv. giur. sarda*, 1989, 384, con nota di A. LUMINOSO; Cass. 5 settembre 1992, n. 10240.

⁷ G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in Commentario Schlesinger, *sub art.* 1342, Milano, 1993, 389-390.

modifiche che la disciplina dell'arbitrato irrituale ha subito a seguito del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 *"Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato"* (art. 808 *ter*)⁸.

Non è considerata vessatoria la clausola di arbitraggio, né quella con cui le parti affidano ad un terzo l'incarico di predisporre una perizia contrattuale.

3.1 Segue: *b) nel codice del consumo*. – L'art. 33, co. 2, lett. t) del cod. cons. (nel quale è stato trasposto l'abrogato art. 1469 *bis* c.c., co. 3, n. 18) menziona tra le clausole presuntivamente vessatorie quelle che sanciscono a carico del consumatore "decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, *deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*, limitazioni all'allegazione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi".

La disposizione deve essere interpretata alla luce della lettera e dello scopo della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori. Quest'ultima, in allegato, alla lett. q), menziona fra le clausole indicativamente abusive quelle che hanno ad oggetto o per effetto di *"sopprimere o limitare l'esercizio delle azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche*, limitando inde-

⁸ Art. 808 *ter* (Arbitrato irrituale). "Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo.

Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:

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

bitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore, o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto". Il testo comunitario, dunque, non muove da un pregiudizio negativo nei confronti dell'arbitrato di per sé considerato, ma nei confronti del solo arbitrato "non disciplinato da disposizioni giuridiche"⁹.

Per ricostruire la disciplina, occorre considerare anche l'art. 141 cod. cons., norma introdotta *ex novo* nel 2005.

Ciò premesso, deve distinguersi il caso dell'arbitrato rituale, da quello dell'arbitrato irrituale e delle altre ADR.

Rispetto all'arbitrato, si nota che il testo italiano, diversamente da quello comunitario, non menziona espressamente l'istituto. Tale omissione è stata variamente interpretata: come espressione del *favor* assoluto da parte del legislatore nei confronti delle clausole arbitrali; nel senso opposto, quale indicativa della vessatorietà presuntiva di tutte le clausole arbitrali¹⁰.

Una possibile chiave di lettura è stata ricercata nell'interpretazione dell'espressione "competenza dell'autorità giudiziaria", di cui all'art. 33, co. 2, lett. t) cod. cons.: se l'espressione è intesa in senso proprio, la clausola arbitrale non può considerarsi vessatoria, in quanto non comporta una deroga alla competenza; se l'espressione è intesa impropriamente, quale sinonimo di giurisdizione, può pervenirsi alla soluzione opposta di considerare le clausole arbitrali presuntivamente inefficaci in quanto derogative della giurisdizione ordinaria.

Alcuni hanno distinto a seconda della natura rituale o irrituale dell'arbitrato: nel primo caso la clausola sarebbe valida, in quanto l'arbitrato rituale è disciplinato da disposizioni giuridiche, nel secondo caso sarebbe inefficace perché l'arbitrato irrituale non sarebbe disciplinato da disposizioni giuridiche¹¹; in

⁹ Cfr. F. TOMMASEO, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa – S. Patti, Milano, I, 1997, 444; L. SALVANESCHI, in *Commentario alla legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di G. Tarzia, R. Luzzatto, E.F. Ricci, Padova, 1995, 29-30.

¹⁰ Le varie tesi sul punto sono riportate da G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, 422.

¹¹ G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv.dir.civ.*, 1993, I, 555.

senso contrario è stato eccepito che l'arbitrato irrituale non può dirsi non disciplinato da disposizioni giuridiche¹².

Deve a questo punto – prima di esporre le conclusioni sulla vessatorietà o meno delle diverse tipologie di clausole ADR – menzionarsi come, successivamente all'introduzione della disciplina di cui alla direttiva 93/13, la tendenza comunitaria ad incentivare le ADR si sia rafforzata. In particolare, sono state adottate due raccomandazioni: la raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 "riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" e la raccomandazione della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 "sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo"; la seconda ha portata residuale, nel senso che riguarda gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si limitano a far sì che le parti si incontrino per cercare una soluzione extragiudiziale della controversia pur senza proporre essi stessi una soluzione e che sono, in quanto, tali esclusi dal campo di applicazione della precedente raccomandazione.

Le due raccomandazioni, ciascuna nel rispettivo ambito di applicazione, dettano i principi ai quali gli organi di gestione delle ADR dovrebbero uniformarsi, tra i quali, in particolare: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza.

Parallelamente, è stata istituita una rete extragiudiziale per la risoluzione delle controversie consumeristiche ("Rete comunitaria per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (REE)"¹³, formata dagli organismi ADR accreditati presso gli Stati membri in quanto si adeguino ai principi stabiliti nelle due raccomandazioni sopra citate, con il compito di assistere i consumatori nella risoluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere.

Alle due raccomandazioni sopra menzionate il legislatore italiano ha riconosciuto un ruolo significativo quale parametro di

¹² A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, II, 1999, 295-297.

¹³ Risoluzione del Consiglio 25 maggio 2000, in GUCE C 155/1 del 6 giugno 2000. V. I AMBROSI, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: creazione di una Rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005, 208.

riferimento nel giudizio di vessatorietà delle clausole ADR nell'art. 141, cod. cons.: qui si prevede che il Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con il Ministero della giustizia, comunichi alla Commissione europea l'elenco degli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si conformino ai requisiti di cui alle raccomandazioni citate (co. 2); in ogni caso si considerano conformi alle raccomandazioni gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie istituiti presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (co. 3). Si esclude, quindi (co. 4), che siano vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle raccomandazioni comunitarie.

L'art. 141 cod. cons. fa riferimento alla risoluzione extragiudiziale delle controversie: non fa distinzioni fra le varie tipologie di ADR e nulla dice sull'inclusione o meno dell'arbitrato (rituale e irrituale) tra le ADR ai fini della disciplina ivi dettata.

Sul punto, potrebbe considerarsi dirimente l'ultimo comma dell'art. 141: si dice, 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"; e tale affermazione non appare riferibile all'arbitrato (rituale), che si caratterizza proprio – tra l'altro – in quanto il lodo prende il posto della sentenza di primo grado e può essere impugnato nei limiti previsti dal c.p.c.; né appare riferibile all'arbitrato irrituale, che limita, anch'esso per definizione, la possibilità delle parti di rivolgersi al giudice (art. 803 c.p.c.). In senso contrario, è stato ritenuto che le clausole compromissorie non debbano essere considerate presuntivamente vessatorie, in quanto l'art. 141, co. 4, cod. cons. esclude la vessatorietà in tutti i casi in cui si adottino procedure conformi alla raccomandazione del 1998, e quest'ultima è dedicata anche all'arbitrato¹⁴.

Allo stato, la giurisprudenza relativa ai contratti con i consumatori considera vessatoria sia la clausola per arbitrato rituale, sia quella per arbitrato irrituale¹⁵ (quest'ultima – v. *supra*, par. 3 – non

¹⁴ A. Nascosi, Commento all'art. 141 cod. cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di A. Zaccaria e G. De Cristofaro, Padova, 2010, sub art. 141, 994.

¹⁵ Sull'arbitrato irrituale v. Trib. Venezia, 18 luglio 2008, n. 1597; App. Genova, 13 febbraio 2007, in *Obblig. e contratti*, 2007, 765; Trib. Roma, 18

è invece considerata vessatoria ai sensi dell'art. 1341, co. 2, c.c.). Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, si ritiene che esso comporti una *limitazione all'esercizio delle azioni legali o vie di ricorso del consumatore* ai sensi della direttiva 93/13, allegato, lett. q), alla luce della quale deve essere interpretata la normativa di diritto interno; inoltre, a prescindere dalla lettera del sopra citato art. 33, co. 2, lett. t), cod. cons., la clausola per arbitrato irrituale può essere considerata vessatoria in base al criterio generale di controllo della vessatorietà (art. 33, co. 1, cod. cons.: perchè causa a carico del consumatore "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto").

Resta fermo che il professionista può sempre dare prova contraria alla vessatorietà della clausola, in particolare dimostrando che vi è stata, sul punto, trattativa individuale.

Per quanto riguarda le clausole relative ad ADR diverse dall'arbitrato (rituale o irrituale), quali sono quelle che prevedono procedure conciliative, deve concludersi, ex art. 141 cod. cons., che la vessatorietà è esclusa ogniqualvolta tali procedure siano gestite da organismi iscritti nell'elenco di cui al co. 2 (e dunque si tratti di organismi che si conformino ai principi sanciti dalle raccomandazioni comunitarie)¹⁶. L'ult. co. della disposizione chiarisce inoltre che il consumatore "non può essere privato in

giugno 2006, commentata da T. MANCINI, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2008, 110 ss. e in www.judicium.it; App. Lecce, 23 febbraio 2006; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 17 novembre 2005; Trib. Roma, 8 luglio 2004; Trib. Roma, 8 maggio 1998; per altri riferimenti v. A. VENTURELLI, *sub art. 33 cod. cons.*, sez. XVIII, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, 321-322.

¹⁶ Nel caso delle clausole di conciliazione, che non implicano alcuna rinuncia alla giurisdizione ordinaria, la vessatorietà può discendere dal fatto che anche in questo contesto il consumatore potrebbe scontare la propria situazione di debolezza nei confronti del professionista: v. P. BARTOLOMUCCI, in *Commentario al codice del consumo Rossi-Carleo*, Napoli, 2005, 865 ss.; in ogni caso, inoltre, si tratta di procedure che, seppure non alternative alla giurisdizione, comportano un possibile allungamento dei tempi e dei costi processuali (per cui possono considerarsi, in ipotesi, clausole che, in senso ampio, "limitano" l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, ai sensi della lett. q) dell'allegato alla direttiva 93/13, oltre che vessatorie ai sensi della *Generalklausel*).

nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale".

In ogni caso, il mancato rispetto della clausola che prevede una procedura di tipo conciliativo non può che rilevare eventualmente sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale: al di là dei casi in cui la legge stessa prevede la conciliazione a pena di procedibilità, le parti non possono limitare, neppure pattiziamente, il diritto di rivolgersi alla giurisdizione ordinaria¹⁷.

3.2. *Segue: le clausole arbitrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.* – La direttiva comunitaria e la relativa normativa attuativa devono essere integrate con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che, in due occasioni, si è pronunciata in materia di vessatorietà delle clausole arbitrali. Deve premettersi che tali pronunce si inseriscono in un filone giurisprudenziale, ormai consolidato, secondo cui la normativa di diritto interno che non consenta – sia pure per ragioni inerenti alla disciplina di diritto processuale e non al diritto sostanziale – di conseguire i risultati voluti dalle direttive consumeristiche deve considerarsi incompatibile con il diritto comunitario.

Il primo precedente significativo è la sentenza *Océano*¹⁸, nel quale la Corte di giustizia ha sancito la regola, per cui, ai sensi della direttiva 93/13 l'abusività di una clausola contrattuale è rilevabile d'ufficio¹⁹. Con analoghe argomentazioni, nel caso *Cofi-*

¹⁷ F.P. LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *www.judicium.it*, 6; NASCOSI, *op. loc. cit.*

¹⁸ CGCE, 27-6-2000, cause riunite C-240/98/ C-244/98, 27-6-2000, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA c. Rocio Marciano Quinterno e altri*.

¹⁹ V. sentenza, punti 26-27: "26. L'obiettivo perseguito dall'art. 6 delle direttive, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporvi all'applicazione di una clausola vessatoria. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola.

dis²⁰, la Corte di giustizia ha ritenuto che una norma di diritto interno che stabilisca un termine di due anni entro il quale l'abusività di una clausola abusiva può essere rilevata dal giudice o eccepita dal consumatore, è incompatibile con la direttiva 93/13.

Sulla scia di tali precedenti, nel caso *Mostaza Claro*²¹, di fronte al quesito "se il sistema di tutela dei consumatori predisposto dalla direttiva CE 93/13 implica che i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale possano rilevare d'ufficio l'illiceità di una clausola compromissoria ritenuta abusiva, anche quando la relativa eccezione non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale e viene proposta per la prima volta dal consumatore nell'atto che introduce l'impugnazione, *là dove la disciplina nazionale in materia di arbitrato depone in senso contrario*", la Corte di giustizia ha ritenuto che "la direttiva dev'essere interpretata "nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, *anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo*" (corsivi nostri).

Secondo la Corte ed in coerenza con i propri precedenti, l'art. 6, n. 1 della direttiva 93/13 – disposizione che impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni

27. Del resto, come osserva l'avvocato generale al paragrafo 24 delle conclusioni, il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per questo motivo l'art. 7 della direttiva, il quale al n. 1 impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive, precisa al n. 2 che tali mezzi comprendono la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano vessatorie e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato".

²⁰ CGCE, C-473/00, 21-11-2002, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout.

²¹ CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/2005, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL.

nazionali – è norma imperativa, dalla cui violazione consegue la nullità del lodo²²; tale considerazione prevale sull'argomentazione secondo cui il riconoscimento del potere del giudice di valutare la nullità della clausola compromissoria qualora il consumatore non abbia sollevato la relativa eccezione "compromette l'efficacia dei lodi arbitrari"²³.

La seconda pronuncia in materia di vessatorietà delle clausole arbitrali (Asturcom)²⁴ presenta alcuni aspetti comuni al precedente *Mostaza Claro* ed alcune significative differenze: l'ordinamento *a quo* è ancora quello spagnolo e la disciplina di riferimento (sulle clausole abusive e sull'arbitrato) è, pertanto, la stessa, ma qui il consumatore è rimasto contumace ed il dubbio sulla rilevabilità d'ufficio della clausola arbitrale viene sollevato dal giudice dell'esecuzione, quando il lodo arbitrale ha già acquisito efficacia di cosa giudicata.

Il giudice dell'esecuzione spagnolo – considerato che la disciplina nazionale non consente agli arbitri di rilevare d'ufficio l'abusività, né ciò è consentito al giudice dell'esecuzione – chiede alla Corte di giustizia se la direttiva 93/13 debba essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso *in assenza del consumatore*, sia tenuto a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso tra un professionista e detto consumatore²⁵, nonché ad annullare tale lodo.

²² La legge spagnola in vigore all'epoca dei fatti prevedeva, tra le ipotesi di annullabilità del lodo, la contrarietà all'ordine pubblico (v. punto 15 della sentenza *Mostaza Claro*). La Corte di giustizia, nel caso *Eco Swiss* (CGCE, 1° giugno 1999, C-126/97) ha statuito che, nei limiti in cui il giudice nazionale deve, sulla base delle proprie norme di diritto processuale, accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione delle norme comunitarie dello stesso tipo (v. punto 35 sentenza *Mostaza Claro*).

²³ V. punti 33-34 della sentenza.

²⁴ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*.

²⁵ Il giudice dell'esecuzione ritiene che la clausola arbitrale sia abusiva tenuto conto, in particolare, che le spese che il consumatore avrebbe dovuto

La Corte di giustizia ribadisce le argomentazioni utilizzate nei sopra richiamati precedenti²⁶ e valuta come debba essere risolta la questione qualora entrino in considerazione le norme nazionali in materia di cosa giudicata. La Corte esclude che il giudice nazionale abbia l'obbligo di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione di diritto comunitario, di qualsiasi natura essa sia. In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi; esse non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)²⁷. Ciò premesso, la Corte rileva come l'art. 6 della direttiva 93/13 costituisca norma imperativa e come la direttiva debba considerarsi un "provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno" (punto 51). Ne consegue che, poiché il diritto spagnolo consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare la nullità del lodo arbitrale definitivo per contrasto con l'ordine pubblico, allo stesso giudice spetta valutare se la clausola com-

sostenere per recarsi alla sede arbitrale sono superiori all'importo della somma oggetto di controversia; che tale sede si trova a considerevole distanza dal domicilio del consumatore; che è lo stesso l'ente arbitrale ad elaborare i contratti di telefonia utilizzati dall'impresa parte in causa.

²⁶ In particolare le seguenti: alla base della direttiva 93/13 vi è la situazione di inferiorità in cui versa il consumatore rispetto al professionista; per tale ragione, l'art. 6, n. 1, della direttiva vuole che le clausole abusive non vincolino il consumatore; è a tal fine necessario un intervento da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (quali i giudici), cui deve riconoscersi il potere di rilevare d'ufficio l'abusività.

²⁷ Il termine di due mesi, decorso il quale il lodo acquista autorità di cosa giudicata ai sensi della legge spagnola, viene considerato un termine ragionevole.

promissoria sia abusiva e trarne le dovute conseguenze: “la direttiva 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d’ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell’ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola”²⁸.

²⁸ V., anche per un raffronto con il diritto italiano, E. D’ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d’ufficio l’invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in www.judicium.it.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2007, 713-719; E.S. RICCI, *Clausola compromissoria «vessatoria» e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1086-1087.

FRANCESCO SITZIA

RESPONSABILITÀ DEL MEDICO: LINEE EVOLUTIVE E SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE¹

1. Il mio compito è quello d'introdurre il tema di questo pomeriggio, ponendo in evidenza alcune delle grandi linee evolutive del sistema nonché l'estrema complessità delle problematiche che ogni giorno gli operatori sanitari sono chiamati ad affrontare. Forse il nostro è uno dei campi nei quali avvertiamo in modo più evidente la natura "liquida" della postmodernità, con la conseguente difficoltà di fissare in modo stabile e duraturo le linee di un ragionevole bilanciamento tra situazioni giuridiche soggettive in potenziale conflitto tra loro².

Al centro di questo difficile bilanciamento tra diritti fondamentali in conflitto non di rado si pone oggi il medico (e più in generale l'operatore sanitario), il quale è chiamato ad operare le sue scelte, spesso in situazioni di urgenza, in assenza di punti di riferimento precisi che offrano una qualche ragionevole certezza sotto il profilo giuridico. Il problema della responsabilità dell'operatore sanitario, non soltanto di fronte alla propria coscienza, ma altresì dinnanzi all'ordinamento giuridico, è quindi divenuto nelle moderne società occidentali un problema fondamentale, sulle cui cause è opportuno riflettere, anche al fine di prospettare dei, seppur limitati, rimedi.

Una prima linea di tendenza del conflitto medico-paziente, che è possibile evidenziare a livello sociologico, va, a mio avvi-

¹ Il testo riproduce (con un aggiornamento dell'apparato critico) quello della Relazione introduttiva tenuta ad un Seminario di formazione dei dirigenti sanitari dell'Azienda Mista ospedaliero-universitaria di Cagliari.

² Sul punto mi sia consentito rimandare a F. SITZIA, *Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna*, in *Quaderni di conciliazione*, I, 2010, § 3.

so, ricercata in uno dei grandi miti dell'era contemporanea, cioè il mito a lungo coltivato che i progressi della conoscenza e delle tecniche siano tali da escludere, almeno tendenzialmente, ogni possibilità di errore o di insuccesso. La nostra società tende a proporre modelli e stili di vita da cui fallimenti, dolore e morte (eventi con i quali il medico deve confrontarsi quotidianamente) risultano rigorosamente esclusi (o, al massimo, fortemente edulcorati). In ogni campo, ma in particolare nel campo medico, non si tende quindi, in linea di principio, ad individuare le possibili cause di un insuccesso nei limiti intrinseci alla condizione umana, bensì in un errore che qualcuno dovrà pur aver commesso e per il quale dovrà essere chiamato a rispondere.

Si assiste, invero, a questo sconcertante paradosso per il quale, mentre da un lato tende a scomparire nei singoli individui il senso della propria responsabilità personale, dall'altro, dinnanzi ad una lesione, vera o presunta, dei nostri diritti siamo sempre più portati a ricercare d'individuare sempre e comunque la responsabilità di un altro soggetto.

Se ciò è vero, il contenzioso medico (strutture sanitarie) paziente è comunque destinato ad aumentare in maniera esponenziale, indipendentemente dall'esistenza di comportamenti colposi, comportamenti che, peraltro, si registrano con sempre maggiore frequenza anche a causa dell'aumento esponenziale della complessità dell'esercizio delle singole professioni (e di quella medica in particolare), nonché delle difficoltà oggettive nelle quali spesso ci si trova ad operare.

2. Alle considerazioni esposte può forse aggiungersi un ulteriore rilievo che prende le mosse da un fenomeno, certamente non nuovo e per molti versi positivo, che appare però destinato a produrre problematiche di assai difficile soluzione in seguito al progressivo contrarsi delle risorse a disposizione dello Stato sociale. Intendo riferirmi al continuo proliferare di norme che fissano standards di qualità sempre più avanzati, praticamente in ogni settore della vita pubblica, ma in particolare nelle strutture sanitarie.

Si tratta di norme spesso imposte a livello comunitario, assai sovente espressione di grande civiltà, ma non di rado frutto di un'attività di tipo lobbystico esercitata nei confronti degli alti di-

rigenti della U.E. Talvolta l'imposizione di queste norme prescinde totalmente dall'assegnazione alle strutture delle risorse necessarie (in termini di mezzi e di personale) per il puntuale rispetto delle norme stesse e ciò determina l'ampliarsi delle situazioni in cui sul soggetto responsabile della struttura medica viene a gravare una forma di responsabilità che chiamerei "da posizione", cioè un'inaccettabile forma di responsabilità oggettiva che finisce per porre sullo stesso piano colui che persegue in modo diligente il pubblico interesse e colui il cui operato si caratterizza per grave negligenza, entrambi nella pratica impossibilità di rispettare le norme per mancanza di mezzi adeguati.

Se a quanto osservato si aggiunge che una tendenza generale dell'ordinamento, per tanti versi apprezzabile, sia a livello legislativo sia a livello giurisprudenziale, è nel senso di favorire l'utente ed il consumatore nei confronti del professionista, si può ben comprendere come talvolta nella gestione di una struttura sanitaria il problema dell'accertamento delle responsabilità tenda sostanzialmente a trasformarsi in un problema di accollo del rischio, indipendentemente da qualsiasi indagine sulla reale riprovevolezza, in termini sociali, del comportamento tenuto dal soggetto agente.

Si tratta, com'è noto, di un fenomeno comune a molti settori. Si pensi soltanto al fenomeno della circolazione stradale, per il quale è stato calcolato che la pedissequa osservanza da parte della maggioranza degli automobilisti delle massime estrapolate dalle sentenze della Corte di Cassazione determinerebbe nel giro di poche ore la paralisi del traffico di tutte le grandi città.

Il parallelo istaurato con la circolazione stradale non sembra anomalo: anche il medico, al pari dell'automobilista, si trova assai spesso nella condizione di dover assumere decisioni immediate, facendosi carico di rischi che potrebbero essere più attentamente vagliati se avesse a disposizione più tempo.

Si potrebbe, invero, osservare che il fenomeno, almeno per quanto riguarda la responsabilità civile, può ben essere affrontato, come è stato affrontato, attraverso la socializzazione del rischio che si realizza tramite il ricorso all'assicurazione. L'affermazione è senza dubbio corretta, ma non tale da superare oggi i problemi posti dalla contrazione delle risorse a disposizione dello stato sociale ed in primo luogo della sanità. Un aumento con-

siderevole del rischio e conseguentemente del contenzioso non può, infatti, non incidere in modo pesante sui premi da corrispondere alle società assicuratrici.

3. Nell'impossibilità di eliminare il rischio, la via da perseguire sembra quindi quella d'individuare, a livello di organizzazione della struttura sanitaria, così come a livello di prassi comportamentale dei singoli operatori, gli accorgimenti più opportuni per limitare, ove ciò sia possibile, un rischio sistemico comunque elevato.

Per quanto riguarda le strutture, appare opportuno in questa sede limitarsi ad alcuni brevi accenni sulla necessità di dotare, quanto meno le strutture più complesse, di appositi uffici, composti di personale particolarmente qualificato in relazione ai problemi in esame e in grado quindi di offrire, in primo luogo, un valido e tempestivo supporto a tutti gli operatori, ma soprattutto di gestire l'eventuale conflitto potenziale o già insorto col paziente facendo ricorso ai mezzi alternativi di risoluzione delle controversie quali la mediazione.

Ciò determinerebbe, come appare evidente, non solo un abbattimento dei costi del contenzioso, ma altresì una maggiore serenità di tutti gli operatori: si pensi allo stato d'animo di un medico che per anni ed anni si trova sottoposto ad un procedimento giudiziario, anche se questo lo vedrà al termine prosciolto da ogni addebito. Si pensi altresì allo stato d'animo del paziente (o dei suoi familiari in caso di decesso), i quali non devono vedere nella struttura sanitaria l'ente che tenta in ogni caso di coprire le proprie inadempienze e le proprie responsabilità, ma l'ente che collabora per una soluzione ragionevole ed equilibrata del conflitto.

4. Indubbiamente più complesso appare il discorso relativo ai singoli operatori, sul quale è incentrato l'incontro odierno. Ancora una volta, in sede d'introduzione, mi sembra opportuno limitarmi a delineare le grandi linee d'evoluzione del sistema, lasciando ai singoli relatori l'esposizione delle singole problematiche.

Anche in questo caso, il punto di partenza dal quale possiamo prendere le mosse è rappresentato dall'estrema complessità di queste linee evolutive, determinata da fattori, assai spesso positivi, ma difficilmente coordinabili.

Intendo, in particolare riferirmi alle problematiche determinate dal progressivo ampliamento dei diritti della persona. Ora, appare a tutti evidente che questo positivo ampliamento della sfera dei diritti di ciascuno moltiplica in modo esponenziale le ipotesi di conflitto in quanto, anche se talvolta non ce ne rendiamo pienamente conto, ad ogni posizione giuridica di vantaggio del singolo corrispondono necessariamente posizioni di svantaggio di tutti i soggetti potenzialmente in grado di interferire con quella posizione di vantaggio.

Il conflitto talvolta è risolto in modo chiaro dall'ordinamento, in particolare quando al portatore di un valore si contrappone il portatore di un disvalore. Ma diventano sempre più frequenti i casi in cui il conflitto insorge tra due portatori di valori e non sempre l'ordinamento individua in modo chiaro la posizione prevalente e quella recessiva. Il problema riguarda ovviamente tutte le attività umane (si pensi al caso del giornalista chiamato a rivelare la sua fonte), ma la necessità di individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco si prospetta in tutta la sua drammaticità proprio nell'esercizio della professione medica, per il legame inscindibile che da sempre esiste tra questa professione e la tutela di quei valori di fondo di tutti gli ordinamenti civili che una tradizione giuridica secolare (oggi messa in discussione, forse senza piena consapevolezza di tutte le possibili conseguenze) configura come diritti indisponibili della persona, in primo luogo il diritto che sta alla base di ogni altro diritto, cioè il diritto alla vita e il diritto alla salute³.

5. Alla luce delle considerazioni formulate possiamo ora affrontare le problematiche poste dal Decreto Legs. 4/3/2010 n. 28 in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Il primo rilievo sul quale occorre incentrare la nostra attenzione è che la materia del "risarcimento del danno derivante da

³ Ovviamente non tutto appare problematico e privo d'indicazioni sicure. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento ormai unanime della prevalenza del diritto del paziente di autodeterminarsi in ordine alle cure mediche ed ai correlati obblighi di astensione e di corretta informazione che gravano sul medico. In questo campo alcune linee di tendenza appaiono sostanzialmente consolidate, anche se, come vedremo dalle relazioni che seguiranno, i problemi non mancano.

responsabilità medica" è stata inserita tra quelle per le quali il nostro Decreto legislativo prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 5.1). Il legislatore stabilisce, infatti, che nel nostro, come in numerosi altri casi⁴, "l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

Nonostante la chiarezza della formulazione della norma, ci si potrebbe interrogare su quali siano i confini precisi di applicazione della stessa: appare, infatti, evidente che essa non si estende a tutte le prestazioni previste dal contatto atipico di spedalità⁵.

Non è questo però l'aspetto sul quale intendo soffermare la mia attenzione. Mi preme, invece, assai più sottolineare che, in forza delle disposizioni dell'art. 18, "i consigli degli ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, organismi speciali, avvalendosi di proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilità".

Si può quindi ragionevolmente ipotizzare che anche i Consigli dell'ordine dei medici richiedano al Ministero della giustizia l'autorizzazione ad istituire un proprio organismo speciale, la cui competenza dovrebbe riguardare proprio la materia della responsabilità medica.

Occorre subito sottolineare che, a mio avviso, un tale organismo presenterebbe indubbiamente caratteristiche tali da differenziarlo, in termini assai netti, da analoghi organismi istituiti presso altri ordini professionali. Si pensi, ad esempio, ad un organismo speciale istituito presso l'ordine degli ingegneri⁶, per le materie di competenza degli appartenenti all'ordine. Indubbiamente questo organismo potrebbe svolgere la sua attività in relazione a nume-

⁴ Sul punto mi sia consentito rimandare a F. SITZIA, *Alcune riflessioni problematiche sul D.Lgs. 4/3/2010 n. 28 e ordini professionali*, in *Quaderni di conciliazione*, I, 2010, § 2. In particolare per il carattere troppo ampio, poco meditato ed eterogeneo dell'elenco di materie per cui è prevista la mediazione obbligatoria vedi la bibliografia citata alla nt. 5.

⁵ Per il quale vedi, ed esempio, la sentenza della Suprema Corte di Cass. n. 8826 del 13/4/2007.

⁶ Ovviamente non prendo in considerazione, in quanto generano problematiche totalmente diverse, gli organismi a competenza generale che possono essere istituiti presso i tribunali (art. 18) dai consigli dell'ordine degli avvocati.

rose controversie per le quali appare opportuna una figura di mediatore dotato di particolari competenze tecniche⁷ legate all'esercizio di quella professione. Si può certo ipotizzare che talvolta una delle parti coinvolte nella lite sia un appartenente all'ordine, ma questa ipotesi dovrebbe presentarsi come del tutto eventuale. Non così, invece, per un organismo istituito presso l'ordine dei medici che sarebbe chiamato a svolgere le sue funzioni pressoché esclusivamente in relazione a conflitti in cui una delle parti è un medico⁸. Non solo, si tratterebbe di controversie in relazione alle quali in una lite giudiziaria il medico stesso rivestirebbe di norma la posizione del convenuto, mentre la veste di attore sarebbe assunta dal paziente che chiede il risarcimento dei danni.

6. Alla luce di quanto osservato mi sembra che possano cogliersi alcune criticità di funzionamento di un organismo speciale di mediazione istituito esclusivamente dall'ordine dei medici.

Nell'esame di queste criticità è forse opportuno distinguere a seconda che la domanda di mediazione sia presentata dal medico o dal paziente, ricordando preliminarmente che, in forza dell'art. 4.1 del D.lgs. 28/2010, il procedimento di mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda⁹.

⁷ Chiaramente il mediatore dovrà possedere, oltre alle competenze tecniche che gli derivano dalla sua preparazione professionale, anche le specifiche competenze in materia di mediazione acquisite attraverso i corsi di formazione previsti dal legislatore.

⁸ Ovviamente possono ipotizzarsi anche casi in cui la controversia non veda coinvolto un medico. Si pensi, per restare nell'ambito delle materie per le quali l'art. 5 prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione, all'ipotesi di una controversia relativa al risarcimento del danno all'integrità fisica di un soggetto derivante da circolazione di veicoli e natanti. Non penso si possa però negare che tali ipotesi appaiano marginali rispetto all'ipotesi in cui la lite abbia ad oggetto il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e una delle parti sia appunto un medico.

⁹ Sul punto vedi L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 580, il quale osserva che "la data di ricezione della comunicazione, dalla quale si determina la pendenza del procedimento, dovrebbe riferirsi al momento in cui l'istanza è comunicata alla controparte, a norma dell'art. 8, primo comma, secondo il quale la do-

Prendiamo in primo luogo in considerazione l'ipotesi che la prima domanda sia presentata dal medico¹⁰, il quale potrebbe avere un reale interesse ad una soluzione concordata della controversia, ma anche ad evitare di essere coinvolto in un procedimento di mediazione attivato dal paziente presso un organismo diverso¹¹ da quello istituito dal suo ordine professionale¹². È verosimile che dinnanzi ad una simile domanda il paziente sia portato a vedere con una certa diffidenza la scelta operata dalla controparte, diffidenza che potrebbe incidere negativamente sul risultato finale del procedimento.

In particolare, si può ipotizzare che il paziente non partecipi al procedimento e si limiti ad attendere che esso si chiuda con la constatazione del fallimento del tentativo. Un tale comportamento non sarebbe però esente da rischi: si consideri, infatti, che, ai sensi dell'art. 8.5 del nostro D.lgs., "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, secondo comma, del codice di procedura civile". Potrebbe, invero, porsi il problema d'individuare un giustificato motivo della mancata partecipazione pro-

manda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurare la ricezione, anche a cura della parte istante".

¹⁰ Prendo in considerazione per prima l'ipotesi in cui sia il medico a presentare la domanda in quanto più problematica in relazione al nostro tema, anche se, nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, è pensabile che il più delle volte sia la parte destinata a rivestire il ruolo di attore nel futuro processo (in caso di mancata conciliazione) ad attivarsi.

¹¹ Si consideri che, come abbiamo già osservato, la materia del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica è compresa tra quelle per le quali in nostro legislatore richiede il tentativo obbligatorio di conciliazione. Qualora il medico non presenti una domanda di mediazione, il paziente che intende citarlo in giudizio dovrà quindi necessariamente presentare la domanda di mediazione presso l'organismo da lui scelto.

¹² Si consideri che, non avendo il legislatore fissato alcuna regola in ordine alla competenza dell'organismo, il medico (professionista) potrebbe presentare la domanda presso l'Organismo istituito dal suo ordine nella sua città di residenza, diversa dalla città di residenza del paziente. Sul punto vedi DITTRICH, *Il procedimento*, cit., 580, il quale prospetta proprio l'ipotesi del "professionista che agisce avanti all'organismo di mediazione istituito dal proprio ordine professionale di appartenenza".

prio nella circostanza che la controparte ha scelto un organismo espressione del suo ordine professionale, ma l'argomento non sembra dotato di particolare forza persuasiva: se il legislatore ha previsto l'istituzione di organismi speciali presso i consigli degli ordini professionali, individuando una serie di garanzie e di controlli atti a garantirne l'imparzialità, non si vede come la scelta di uno di questi organismi possa poi penalizzare la parte che la compie. Può, piuttosto, osservarsi che una simile scelta potrebbe inserirsi in un comportamento complessivo dell'istante tale da indurre il giudice a considerare non ingiustificata la non partecipazione della controparte al procedimento: si pensi, ad esempio, al medico il quale presenti la domanda presso un organismo istituito dal suo ordine professionale in un luogo diverso da quello dove risiede il paziente e a lui difficilmente accessibile.

Si potrebbe, invero, obiettare che un tale comportamento, tendente a far fallire il tentativo di conciliazione, appare difficilmente configurabile se la domanda è presentata da colui che rivestirà il ruolo del convenuto nel futuro processo: l'unico risultato sarebbe, infatti, quello di rimuovere la condizione di improcedibilità, con esclusivo vantaggio della controparte. Una possibile motivazione di un tale atteggiamento potrebbe forse risiedere nel tentativo di riuscire ad ottenere dal mediatore una proposta di conciliazione che, non accolta dalla controparte, potrebbe esporre questa ultima alle sanzioni di cui all'art. 13 in tema di spese processuali¹³: ovviamente un simile tentativo potrebbe avere un senso solo nell'ipotesi in cui il regolamento dell'organismo preveda la possibilità di una proposta di conciliazione in assenza di una delle parti¹⁴. Si porrebbe quindi per gli organismi

¹³ Si vedano, in particolare, le disposizioni dell'art. 13.1 del nostro decreto legislativo.

¹⁴ L'ottica di colui che presenta la domanda (futuro convenuto) potrebbe appunto essere quella di radicare il procedimento presso un organismo che preveda la possibilità di una proposta di conciliazione anche in assenza di una delle parti per evitare che la controparte (futuro attore) presenti la domanda presso un organismo che non prevede tale possibilità, mettendosi così al riparo dalle sanzioni previste dall'art. 13 del nostro Decreto legislativo. Una tale ipotesi non appare esclusivamente teorica se pensiamo che l'attuale regolamento di Mediazione di Unioncamere del 17/11/2010 all'art. 7 prevede la possibilità di una proposta del mediatore solo nell'ipotesi in cui tutte le

speciali istituiti dagli ordini dei medici un problema regolamentare che non appare privo di rilevanti ricadute pratiche.

Proseguendo nella nostra analisi, possiamo, invece, ipotizzare che il paziente partecipi al tentativo di conciliazione. In questo caso la maggiore o minore possibilità di riuscita del tentativo dipenderà, oltre che dalle capacità del mediatore, anche dalla reale convinzione del paziente: se costui, infatti, partecipa al solo scopo di evitare possibili conseguenze negative derivanti dall'assenza, ma senza aver rimosso una comprensibile (anche se non giustificata) diffidenza di fondo nei confronti di un organismo istituito dall'ordine cui appartiene la controparte, una soluzione concordata del conflitto mi sembra difficilmente ipotizzabile.

Il discorso cambia radicalmente se a presentare la domanda di mediazione sia, invece, il paziente. In questo caso l'unica osservazione che può formularsi è che le ragioni di diffidenza che abbiamo già segnalato potrebbero indurre, il più delle volte, lo stesso paziente a presentare la domanda presso un organismo diverso da quello istituito dall'ordine dei medici. Ove ciò non dovesse avvenire, non mi sembra però che insorgano particolari problemi.

7. Le osservazioni formulate mi sembra abbiano posto in evidenza che, al di là dei problemi giuridici che abbiamo già segnalato e di altri, relativi all'imparzialità del mediatore (art. 14), che potrebbero risolversi con opportune previsioni normative contenute nel regolamento dell'organismo¹⁵, il problema più grave posto da un organismo di mediazione istituito dall'ordine dei medici sia, in buona misura, un problema di opportunità. Ciò non signi-

parti la richiedano e mette quindi il futuro attore, poco disposto a mediare, nella condizione di non incorrere, in ogni caso, nelle sanzioni previste dall'art. 13. Anche alla luce del funzionamento in concreto del nostro istituto occorrerà quindi riflettere sull'opportunità di mantenere una norma regolamentare che potrebbe indurre i futuri attori a operare la scelta dell'organismo presso il quale radicare un tentativo di conciliazione (nel quale sostanzialmente non credono) sulla base di considerazioni opportunistiche.

¹⁵ Ad esempio, il regolamento dell'organismo di mediazione dovrebbe prevedere che non possano essere nominati mediatori medici appartenenti alla stesso Ente ospedaliero o che svolgano la loro attività professionale nella stessa clinica privata di una delle parti in conflitto.

fica, ovviamente, che i consigli dell'ordine dei medici debbano disinteressarsi delle problematiche relative alla mediazione, significa invece che l'acquisita consapevolezza delle criticità che abbiamo rilevato, dovrebbe indurre gli stessi consigli dell'ordine a ricercare forme di collaborazione con tutti i possibili soggetti interessati alla riuscita della riforma.

Ovviamente le modalità e i contenuti di queste forme di collaborazione dipenderanno in concreto dalla disponibilità dei singoli interlocutori; in questa sede mi sembra quindi opportuno limitarmi ad alcune considerazioni di carattere generale, con particolare riguardo alla situazione sarda.

Il primo rilievo che mi sembra opportuno formulare è che i Consigli dell'ordine dei medici dovrebbero ricercare la collaborazione delle associazioni a tutela dei malati concretamente operanti nel territorio: se, infatti, l'organismo di mediazione apparirà non come frutto di un'iniziativa unilaterale dei medici, ma come il risultato di un accordo che ha visto coinvolte le associazioni a tutela dei malati, l'organismo stesso apparirà all'esterno come dotato di quel carattere d'indipendenza e di terzietà che sarà in grado di superare quelle forme di diffidenza, forse non giustificate, ma sicuramente comprensibili, che, come abbiamo sottolineato, potrebbero costituire l'ostacolo più grave ad un corretto svolgimento dei tentativi di conciliazione.

Per quanto riguarda, in particolare, la situazione sarda, occorre sottolineare che la limitatezza delle risorse umane e materiali impegnate sul fronte della mediazione induce a ritenere opportuno un coordinamento di carattere generale tra tutti i soggetti interessati. In particolare, se si considera che, allo stato, la sola iniziativa che sembra essere ad un livello avanzato di realizzazione è quella risultante dalla collaborazione tra la Camera di CCAA di Cagliari e il Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università di Cagliari, appare opportuno prevedere un sistema a rete in cui le ulteriori iniziative siano in grado di superare le inevitabili criticità legate alla nascita di un nuovo organismo attraverso uno stretto rapporto di collaborazione con l'organismo pilota.

In questo senso un tavolo di riflessione comune è stato già aperto con i notai e i commercialisti e momenti di dialogo e di confronto sono stati realizzati anche con l'ordine degli avvocati che, più d'ogni altro, ha formulato critiche, non di rado fondate e

F. Sitzia

comunque stimolanti, nei confronti dell'impianto complessivo della nostra riforma. L'auspicio che mi sento di formulare al termine del mio discorso è che questo tavolo di riflessione comune si apra ad altre categorie professionali, in particolare che ad esso partecipino anche i medici, il cui fattivo contributo appare assolutamente necessario per la riuscita di un progetto riformatore destinato ad incidere profondamente, come abbiamo tentato di dimostrare, sul funzionamento complessivo del sistema sanitario regionale.

CARLO PILIA - ERNESTO D'ALOJA

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA NEL NUOVO SISTEMA CONCILIATIVO

SOMMARIO: 1. Il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio civile.
- 2. Gli organismi di mediazione accreditati: indipendenza e professionalità. - 3. L'articolazione interna e i collegamenti degli organismi di mediazione. - 4. La mediazione nella responsabilità medica.

1. *Il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio civile.*
– Tra le più significative novità introdotte dalla recente riforma del processo civile (legge n. 69/2009)¹, si segnala quella che impone a chi intende esercitare in giudizio un'azione a tutela dei diritti disponibili in numerose materie civili e commerciali di esperire prima la procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione davanti ad uno degli organismi all'uopo costituiti da enti pubblici o privati ed iscritti nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia (art. 60)². L'esperimento del procedimento di mediazione, in particolare, costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 5, decreto legisla-

¹ Legge 18 giugno 2009 n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

² Art. 60 (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali), con il quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, nei sei mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, fissando i principi e i criteri direttivi indicati al comma 3: in argomento v., in particolare, F.P. Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1258 ss. La delega è stata attuata con il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, al quale ha fatto seguito il decreto del Ministro della giustizia n. 180 del 18 ottobre 2010 contenente la normativa regolamentare attuativa.

tivo 4 marzo 2010 n. 28), che risponde a finalità deflattive del contenzioso e di facilitazione dell'accesso alla giustizia³.

L'esperimento del procedimento mediazione (c.d. mediazione obbligatoria), più precisamente, è normativamente prescritto nelle seguenti 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 finanziari⁴. Fuori dalle richiamate materie, inoltre, nei contratti, negli statuti o negli atti costitutivi degli enti possono essere convenzionalmente inserite clausole di mediazione o conciliazione con le quali si assume il vincolo negoziale ad esperire il tentativo di conciliazione davanti ad un organismo accreditato prima di promuovere la lite giudiziaria (c.d. mediazione volontaria)⁵. Ancora, il procedimento di mediazione può trovare applicazione non solo per le nuove liti, ma anche per quelle già pendenti in sede giudiziaria. Per esse, infatti, il giudice, anche in fase d'appello, valutata la natura della causa,

³ Tra i primi commenti dedicati alla riforma sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (D.lgs. n. 28/2010) si segnalano i seguenti contributi, ai quali si rimanda in relazione ai singoli argomenti trattati: G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, 626 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, 616 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 437 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, *ivi*, 209 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss.; R. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse)*, in *Giur. merito*, 2010, 2156 ss.; G. MARZOCCHI, *Il nuovo procedimento di mediazione*, in *Imm. propr.*, 2010, 309 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Corr. merito*, 2010, 593 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 619 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, *ivi*, 631 ss.

⁴ Art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

⁵ Art. 5, comma 4, D.lgs. n. 28/2010.

lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione (c.d. mediazione demandata dal giudice).

L'utilizzo della mediazione è favorito anche attraverso la previsione di una pluralità di misure incentivanti, anche sul piano fiscale⁶, che segnalano la crescente utilità, se non la necessità, della diffusione dei meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie nella moderna società. La mediazione, infatti, non soddisfa solo esigenze private riferibili alle parti in contesa, ma realizza altresì finalità di rango pubblicistico aventi carattere generale, che sono legate alla necessità di supportare lo sviluppo e la competitività dell'ordinamento italiano per garantire l'effettività della tutela delle situazioni soggettive, per tanti versi, solo nominalmente riconosciute nelle varie discipline civilistiche. In questo senso, la nuova normativa organica sulla mediazione assume una valenza generale che travalica la dimensione nazionale per aprirsi a scenari e prospettive europee e internazionali, rispetto alle quali l'ordinamento italiano è costretto ad aprirsi ed adeguarsi per rispondere alle esigenze sollecitate dalla globalizzazione dei rapporti giuridici nella società moderna.

2. Gli organismi di mediazione accreditati: indipendenza e professionalità. – La mediazione, come accennato, non si svolge davanti all'Autorità giudiziaria, ma è affidata ad appositi organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione⁷, costituiti da enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, nel rispetto dei criteri e dei requisiti specificati nel D.lgs. n. 28/2010⁸ e nel d.m. n. 180/2010⁹.

In questa cornice giuridica, peraltro, accanto alle regole più generali riferibili a tutti gli organismi di conciliazione-mediazione, la riforma ha dedicato specifiche disposizioni per la costituzione

⁶ Art. 17 D.lgs. n. 28/2010.

⁷ Art. 60, comma 3, lett. b), legge n. 69/2009.

⁸ Artt. 16-19, costituenti il Capo III (Organismi di mediazione), D.lgs. n. 28/2010.

⁹ Artt. 3-16, costituenti i Capi II (Registro degli organismi), III (Servizio di mediazione e prestazione del mediatore) e IV (Indennità), D.lgs. n. 180/2010.

semplificata di alcuni organismi qualificati. Segnatamente, quelli più risalenti istituiti presso le camere di commercio¹⁰ e quelli in prima linea costituiti dai consigli degli ordini degli avvocati presso i Tribunali¹¹, che sono iscritti di diritto nel registro ministeriale e hanno una competenza generale per tutte le controversie civili e commerciali, a differenza degli organismi di conciliazione, parimenti rilevanti, ma costituiti dai consigli di altri ordini professionali e che possono conoscere solamente delle controversie in particolari materie¹². In ogni caso, per tutti gli organismi di mediazione-conciliazione e, comunque, per tutte le controversie civili e commerciali, si pone il problema delle conoscenze giuridiche e tecniche e delle competenze specialistiche occorrenti per svolgere correttamente la procedura di mediazione nel rispetto delle normative vigenti. Ciò assume particolare rilievo con riferimento alla formulazione di una proposta di conciliazione da sottoporre alle parti¹³ nonché al compimento degli accertamenti che risultino opportuni per favorire la bonaria composizione della vertenza.

Sul piano strettamente giuridico, l'accordo conciliativo raggiunto dalle parti davanti al mediatore, che lo recepisce in apposito processo verbale, per essere omologato dal presidente del tribunale ai fini dell'esecutività del relativo titolo, deve superare un vaglio di tipo sia formale, di rispetto di regolarità formale e procedurale, sia sostanziale, di non contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative¹⁴.

Il problema legato alla legittimità e correttezza della mediazione non è di facile soluzione se si considera che per svolgere l'attività di mediatore non occorre una professionalità giuridica particolarmente elevata. Malgrado le sollecitazioni in tal senso provenienti dal mondo forense, la normativa di attuazione ha fissato il requisito minimo del possesso di un titolo di studio non

¹⁰ Art. 60, comma 3, lett. c), legge n. 69/2009 e art. 19, comma 2, D.lgs. n. 28/2010.

¹¹ Art. 60, comma 3, lett. e), legge n. 69/2009 e art. 18 D.lgs. n. 28/2010.

¹² Art. 60, comma 3, lett. g), legge n. 69/2009 e art. 19, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

¹³ Art. 11 D.lgs. n. 28/2010.

¹⁴ Art. 12 D.lgs. n. 28/2010.

inferiore alla laurea triennale, non necessariamente conseguita in campo giuridico e non necessariamente afferente ad insegnamenti del diritto, ovvero, in alternativa, l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale, anche essi non necessariamente inerenti alle attività giuridiche¹⁵.

Invero, non pare fugare i dubbi sulla professionalità giuridica del mediatore la prescrizione¹⁶ dell'ulteriore requisito del possesso di una specifica formazione, della durata di cinquanta ore¹⁷, e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, della durata di diciotto ore¹⁸, acquisiti presso gli enti di formazione dei mediatori¹⁹. Siffatti percorsi, peraltro, appaiono non del tutto adeguati alla preparazione giuridica dei mediatori allorquando essi siano del tutto privi di una pregressa formazione ed esperienza legata alla dimensione privatistica del diritto in generale, nonché alle specifiche materie civili e commerciali da trattare.

Con riferimento alle conoscenze specialistiche e alle competenze tecniche, inoltre, si prevede che, per le controversie in particolari materie, soprattutto quelle di significativo valore economico, di notevole complessità e difficoltà, ovvero per quelle vertenti su materie specialistiche e molto tecniche, il mediatore abbia facoltà di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti dei tribunali²⁰. Sul punto, tuttavia, non è facile garantire l'adeguata competenza e professionalità richiesta per la migliore trattazione delle controversie civili e commerciali a fronte del sistema indennitario dei compensi tabellari fissati tanto per i mediatori, quanto per gli esperti di cui ci si avvalga nello svolgimento della procedura²¹.

¹⁵ Art. 4, comma 3, lett. a), d.m. n. 180/2010.

¹⁶ Art. 4, comma 3, lett. b), d.m. n. 180/2010.

¹⁷ Il percorso formativo è delineato dall'art. 18, comma 2, lett. f), d.m. n. 180/2010.

¹⁸ Il percorso di aggiornamento è indicato all'art. 18, comma 2, lett. g), d.m. n. 180/2010.

¹⁹ Artt. 17-19, costituenti il Capo IV (Enti di formazione e formatori), d.m. n. 180/2010.

²⁰ Art. 60, comma 3, lett. l), legge n. 69/2010.

²¹ In proposito, v. l'art. 16 (Criteri di determinazione dell'indennità) del d.m. n. 180/2010 e l'allegata Tabella A contenente gli importi applicabili agli organismi di mediazione costituiti dagli enti pubblici.

L'importanza e la delicatezza delle questioni legate alla garanzia dell'indipendenza, della professionalità, oltre che della riservatezza, dell'attività di mediazione è dimostrata, più di ogni altro elemento, dall'imposizione normativa a carico di ciascun organismo di conciliazione del possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità civile a qualunque titolo derivante proprio dallo svolgimento dell'attività di mediazione²². Le risposte a tali difficoltà, tuttavia, devono ricercarsi sul piano organizzativo e del funzionamento dei singoli organismi di conciliazione, da valutare sia al loro interno e sia nei collegamenti e nei rapporti esterni.

3. *L'articolazione interna e i collegamenti degli organismi di mediazione.* – Con riferimento alla classificazione degli organismi abilitati allo svolgimento della mediazione, nel registro ministeriale risultano espressamente annotate, accanto alla suddivisione legata alla natura pubblica o privata dell'ente, l'articolazione tematica relativa agli elenchi dei mediatori esperti nella materia internazionale e nella materia dei rapporti di consumo²³. L'ampiezza e l'indeterminatezza delle materie e, comunque, la presenza di profili di interdisciplinarietà in numerose controversie, lasciano intendere che l'annotazione in questione (presente nel registro pubblico degli organismi, accessibile al pubblico)²⁴ non sia un elemento decisivo ai fini della valutazione della professionalità nello svolgimento dell'attività di mediazione.

Più significative, invece, sono altre distinzioni relative sia alla competenza e all'articolazione per sezioni tematiche degli organismi di conciliazione abilitati, sia alle regole interne di selezione e designazione del mediatore, in composizione individuale o collegiale, nonché all'assistenza tecnica del mediatore nelle singole procedure.

Quanto al primo profilo, agli organismi di mediazione aventi una competenza generale a conoscere tutte le controversie civili e commerciali, quali sono quelli istituiti dalle camere di commercio e dai consigli degli ordini degli avvocati presso i Tribuna-

²² Art. 4, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

²³ Art. 3, comma 3, d.m. n. 180/2010.

²⁴ Art. 3, comma 6, d.m. n. 180/2010.

li, si contrappongono tendenzialmente quelli aventi una competenza specifica in singole materie. Il riferimento è agli organismi istituiti dai consigli degli altri ordini professionali, che possono trattare le controversie relative alle materie di loro competenza, ovvero agli altri organismi che interverranno sulle materie per le quali, in sede di costituzione e registrazione presso l'elenco ministeriale, dimostrino di possedere professionalità ed efficienza, oltre che indipendenza²⁵. Il problema della professionalità, quindi, si risolve nella valutazione della articolazione e composizione degli organismi.

A tal fine, la normativa recepisce la tendenza più ampia e generale all'articolazione e alla specializzazione settoriale della formazione, dell'attività legata al diritto e, quindi, degli organismi e delle professioni in campo giuridico, così come è ampiamente accaduto negli stessi uffici giudiziari in campo civile e commerciale, oltre che della professione forense. In tal senso, è previsto che con il regolamento organizzativo dell'organismo di mediazione siano chiaramente definite le materie di competenza trattate, nonché un'articolazione per sezioni tematiche, con elenchi di mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche²⁶. In questo senso, a seguito della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo dovrebbe individuare la sezione tematica e il mediatore maggiormente in grado di assicurare l'adeguata trattazione della vertenza. In particolare, la controversia può essere affidata ad un mediatore singolo ovvero ad un collegio e, per le controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari²⁷. In alternativa alla designazione di un collegio di mediatori, che costituisce la soluzione preferibile, è previsto che il singolo possa avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali²⁸.

Sul piano dei costi, peraltro, si osservi come il sistema tariffario dei compensi, tra i criteri di determinazione dell'indennità a

²⁵ Art. 4, comma 2, d.m. n. 180/2010 e art. 16, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

²⁶ Art. 7, comma 2, lett. d), d.m. n. 180/2010.

²⁷ Art. 8, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

²⁸ Art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010.

carico delle parti della procedura, disponga che le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, precisando che tale importo è indipendente dal numero di incontri svolti e che le spese rimangono fisse tanto nel caso di mutamento del mediatore, quanto nei casi di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari ovvero di un diverso mediatore per la formulazione della proposta conciliativa²⁹. L'importo fisso delle spese e degli onorari, quindi, porterà gli organismi di mediazione a preferire, nei regolamenti e nelle designazioni, la soluzione organizzativa interna della nomina del mediatore-tecnico, ossia di un mediatore esperto che abbia anche le conoscenze specialistiche e tecniche per affrontare adeguatamente la vertenza. In tal senso, com'è evidente, spinge un'esigenza di contenimento dei costi e, comunque, dei tempi di svolgimento della procedura, che si deve concludere nel termine massimo di quattro mesi³⁰. In proposito, quanto all'ammontare dell'indennità spettante all'organismo, si osserva pure come l'importo tabellare fissato per scaglioni di valore è suscettibile di essere ampliato in misura non superiore ad un quinto tenendo conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare. La durata massima del procedimento, tuttavia, è rigida e neppure in questi casi può superare i quattro mesi; ragion per cui si richiedono adeguate soluzioni da parte dell'organismo di mediazione.

Per ovviare alle eventuali difficoltà organizzative e di funzionamento legate alla trattazione di particolari materie, infine, la normativa prevede che gli organismi di mediazione possano costituirsi anche in forma associata, per esempio all'interno del sistema delle camere di commercio o dei consigli degli ordini professionali³¹, in tal modo variamente integrando e ripartendo le loro competenze in ragione delle professionalità di cui ciascuno dispone. Accanto all'associazione stabile tra organismi, peraltro, la normativa ipotizza pure la possibilità di stipulare appositi accordi per avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori

²⁹ Art. 16, comma 10, d.m. n. 180/2010.

³⁰ Art. 60, comma 3, lett. g), legge n. 69/2009 e art. 6 D.lgs. n. 28/2010.

³¹ Art. 4, comma 4, d.m. n. 180/2010.

di altri organismi relativi alla trattazione di determinate tipologie di controversie ovvero di singoli affari di mediazione³².

Siffatte opzioni permettono all'organismo abilitato di far fronte comunque all'obbligo di trattare in maniera adeguata, ossia imparziale, professionale, riservata e tempestiva, le domande di mediazione che gli sono rivolte e alle quali, tendenzialmente, non può sottrarsi³³. Le eventuali difficoltà interne, infatti, possono essere superate mediante la previsione e l'applicazione dei richiamati meccanismi di gestione della mediazione. L'associazione e la collaborazione tra organismi, così costituiti in rete, permette di ovviare alle difficoltà legate alla trattazione di talune particolari materie specialistiche o tecniche, ovvero di garantire un servizio conciliativo adeguato nei casi in cui esso non possa essere occasionalmente svolto all'interno del singolo organismo. La collaborazione, tra l'altro, potrebbe essere stretta degli organismi al fine di realizzare una rete per aree geografiche e per aree tematiche.

4. *L'accertamento in materia di danni derivanti da responsabilità medica.* – Nell'ambito delle materie civili sottoposte alla mediazione obbligatoria, come accennato, nell'area della responsabilità civile, è stata inserita l'azione di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica³⁴.

La scelta normativa vorrebbe attenuare la conflittualità accesa ed esasperata che caratterizza questo tipo di contenzioso e, in particolare, favorire il recupero in termini fisiologici del rapporto medico-paziente. Sono noti gli effetti devastanti che gli episodi di malasanità comportano sia per le parti contraenti e sia per l'intero sistema, colpito da una crescente diffidenza se non aggressività verso i medici e le stesse istituzioni sanitarie. I riflessi negativi di siffatti episodi, specie di quelli più eclatanti denunciati dalla cronaca quotidiana, si colgono nelle condotte autoprotettive dei medici riconducibili alla c.d. medicina difensiva, che comportano un incremento esponenziale dei costi del siste-

³² Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010.

³³ Art. 9, comma 1, d.m. n. 180/29010.

³⁴ Art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

ma sanitario per dover sostenere numerosi accertamenti diagnostici, non necessari ai fini del trattamento del paziente, ma giustificati unicamente in chiave di assillante precostituzione di una prova documentale che il sanitario possa invocare a proprio discapito qualora venga trascinato in giudizio.

L'assoggettamento della responsabilità medica alla mediazione obbligatoria, tuttavia, pone numerosi problemi organizzativi e di concreta gestione delle controversie all'interno del delineato sistema della mediazione. Le peculiarità della materia e del contenzioso tra i pazienti e i medici, infatti, impongono misure adeguate, che la flessibilità del sistema permette di adottare.

Senza poter approfondire le complesse problematiche, in termini generali e schematici, si segnala la complessità delle controversie in materia di responsabilità medica, solitamente involgenti profili non solo civilistici, ma anche penalistici di tutela, per affrontare i quali sono costituite delle apposite unità (se non sezioni) all'interno degli uffici giudiziari. In ogni caso, la gestione del contenzioso è in gran parte affidata alla valutazione dei periti, che accertano la sussistenza dei vari presupposti integranti la responsabilità medica. A tal proposito, la continua evoluzione della disciplina in materia, in gran parte affidata al formante giurisprudenziale, ha comportato un ampliamento dell'area delle fattispecie illecite rilevanti e, quindi, dei danni risarcibili.

Nell'attuale sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, per un verso, assumono rilievo plurime condotte e posizioni, riferibili ai diversi soggetti ed enti a vario titolo coinvolti nell'attività e tutti solidalmente avvinti dal vincolo della solidarietà nel risarcimento dei danni alla vittima. Accanto alla condotta del medico, in particolare, assumono rilievo quelle dei colleghi, degli altri professionisti della salute e, comunque, di tutti gli ausiliari coinvolti nella prestazione sanitaria che viene svolta ed organizzata all'interno di complesse strutture e organizzazioni pubbliche o private, che solitamente hanno plurime coperture assicurative dei relativi rischi. La tendenza all'oggettivazione della responsabilità medica, peraltro, non esclude affatto la necessità di valutare la colpevolezza, la rilevanza causale e l'entità dei danni imputabili a ciascuno dei vari soggetti, quantomeno ai fini di una ripartizione interna dell'ammontare dei danni e, comunque, per l'attivazione dei vari meccanismi protettivi indiretti verso l'ester-

no (regresso, rivalsa, manleva, etc.). Quanto ai danni risarcibili, inoltre, la responsabilità medica (meglio denominata "sanitaria" per le ragioni richiamate) ha conosciuto un'estensione della natura ed entità dei pregiudizi, patrimoniali e non patrimoniali, diretti ed indiretti di cui la vittima può chiedere il ristoro. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, è oramai un dato acquisito che il risarcimento del danno non è riferibile unicamente al paziente, ma si estende spesso anche ai familiari (coniuge, genitori, figli, etc.) e, comunque, a tutti coloro che risentono di un pregiudizio personale o patrimoniale significativo tra quanti sono legati al paziente da una stabile relazione affettiva (conviventi).

Nelle controversie della responsabilità medica, infine, l'ausilio di un perito tecnico in grado di svolgere l'accertamento medico legale della complessa vicenda è strumento indispensabile per supportare (C.T.U.) la decisione del giudice e per l'assistenza (C.T.P.) delle parti a vario titolo coinvolte. A tal fine, per la tempestività ed incisività della procedura di mediazione, sarebbe opportuno che le parti accompagnino l'illustrazione delle rispettive posizioni mediante una prospettazione tecnica delle rispettive ragioni.

Nella procedura di mediazione, con riferimento all'azione del risarcimento dei danni per responsabilità medica, in particolare, l'organismo abilitato deve riuscire a garantire la professionalità della trattazione nel rispetto del termine massimo di quattro mesi. A tal fine, la scelta della vittima si rivolgerà verso gli organismi aventi competenza in materia, che dispongano al proprio interno, ovvero all'esterno in associazione mediante convenzione, di mediatori professionali e degli eventuali ausiliari da utilizzare nella procedura di mediazione. In questa cornice, quindi, sarebbe meglio prevedere un organismo dedicato, collegato in rete con gli altri organismi generali (delle camere di commercio e dei consigli dell'ordine degli avvocati presso i tribunali), che garantiscano la gestione corretta e tempestiva delle procedure.

Il responsabile dell'organismo, a seconda dei casi, dovrebbe designare un mediatore esperto della materia che operi singolarmente o all'interno di un collegio i mediatori, ovvero far assistere il mediatore da un esperto che svolga le funzioni di C.T.U. La diversa natura e complessità della controversia orienterà la scelta del responsabile dell'organismo. In termini di economia di risorse

se e, soprattutto di tempi, sarebbe auspicabile l'impiego di mediatori con esperienza e abilità nel favorire la composizione bonaria della vertenza che dispongono delle conoscenze giuridiche, psicologiche e medico-legali. La figura del medico legale, probabilmente, in molti casi è in grado di gestire efficacemente le procedure di mediazione, anche formulando una proposta tecnica suscettibile di trovare l'accordo delle parti. Il medico legale, inoltre, potrebbe garantire l'autorevolezza, l'autonomia e l'indipendenza dell'organismo, al contempo assicurando l'efficienza dello svolgimento delle sue funzioni.

MASSIMO DEIANA - VALENTINA CORONA

REGOLAMENTO (CE) N. 261/04 E TUTELA
DEL PASSEGGERO AEREO:
VERSO UNA PIÙ EFFICACE TUTELA STRAGIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Il guasto tecnico. - 2. La compensazione per il ritardo prolungato. - 3. L'effettività della tutela e gli strumenti stragiudiziali di composizione delle controversie.

La tutela del passeggero nell'ambito del trasporto aereo si è arricchita, com'è noto, a seguito dell'emanazione del reg. CE n. 261/2004 dell'11 febbraio 2004, il quale disciplina le fattispecie del negato imbarco, della cancellazione del volo e del ritardo prolungato alla partenza, per i voli di linea e non di linea in partenza da un aeroporto comunitario o anche da un aeroporto extra-comunitario (purché, in tal caso, il vettore sia comunitario). Tali strumenti di protezione sono stati precisati, rafforzati ed ampliati attraverso l'attività interpretativa della Corte di giustizia europea, che già all'indomani dell'entrata in vigore del regolamento è stata impegnata a chiarirne il significato. In tale contesto particolare attenzione meritano due sentenze. La prima è stata emanata il 22 dicembre 2008 nella causa C-549/07 relativamente alla possibilità per il vettore di invocare il guasto tecnico ai fini dell'esonero dall'obbligo di pagamento della compensazione pecuniaria in caso di cancellazione del volo. La seconda, invece, è la sentenza del 19 novembre 2009 nelle cause riunite C-402/07 e C-432/07 ed estende al passeggero vittima di ritardo prolungato il diritto alla compensazione pecuniaria.

1. *Il guasto tecnico.* – Con la sentenza 22 dicembre 2008 la Corte di giustizia europea ha offerto una nuova interpretazione del regolamento CE n. 261/04 che istituisce regole comuni in mate-

ria di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato, affermando alcuni principi in merito alla possibilità che il vettore si esoneri dall'obbligo di pagamento della compensazione pecuniaria nel caso in cui la cancellazione sia stata determinata da un guasto tecnico¹.

La questione interpretativa principale è stata sollevata al fine di chiarire se il guasto tecnico possa rivestire il carattere della eccezionalità alla luce del quattordicesimo «considerando» del regolamento e se le cause di esonero previste dall'art. 5 n. 3 del medesimo debbano essere interpretate alla luce della Convenzione di Montreal del 1999.

Dalla soluzione del quesito sono dipese le ulteriori questioni sottoposte alla Corte ed in particolare se, nel caso in cui il vettore presenti un tasso di cancellazione superiore alla media per avarie tecniche, tale frequenza integri di per sé l'eccezionalità della circostanza, e se il rispetto dei requisiti minimi previsti per la manutenzione dell'aeromobile sia sufficiente a dimostrare che il vettore abbia preso tutte le «misure del caso». Infine, nel caso in cui il guasto tecnico sia ritenuto inidoneo ad esonerare il vettore, si chiede di chiarire se le circostanze eccezionali si riferiscano solo ai casi di forza maggiore ed agli eventi naturali che ricadono al di fuori della sua sfera d'azione.

¹ Le altre sentenze interpretative del regolamento n. 261/04 sono quella del 10 gennaio 2006 nella causa C-344/04 che si può leggere in *Dir. trasp.* 2006, 851, con nota di V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, e la sentenza 10 luglio 2008 nella causa C-173/07 che si può leggere in *Dir. trasp.* 2009, 157, con nota di B. BIANCHINI, *Sull'ambito di applicazione del reg. (CE) n. 261/2004 su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*. Interessanti spunti critici sulle tre sentenze si trovano in L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, in *Dir. trasp.* 2009, 367. È interessante notare che l'interpretazione del significato del termine «circostanze eccezionali» di cui all'art. 5 n. 3 del regolamento CE n. 261/04 era già stato oggetto di attenzione da parte dei giudici comunitari, ma la questione era rimasta irrisolta perché, essendo intervenuta una transazione in corso di causa, la Corte non è giunta a pronunciare la sentenza. La vicenda mostra comunque un notevole interesse nella parte relativa alle conclusioni dell'Avvocato Generale, e si può trovare in *Dir. Tur.* 4/2008, 378 ss. con nota di M. STUCCHI, *Cancellazione del volo e diritto del passeggero*.

Il problema dei rapporti tra il regolamento CE n. 261/04 e la Convenzione di Montreal del 1999 è agevolmente superato dall'interpretazione della Corte².

Il dubbio nasce dalla formulazione del quattordicesimo «considerando» – ripresa anche dall'art. 5 n. 3 – che non solo richiama espressamente la Convenzione di Montreal ma è tale da rievocarne l'art. 19.

In realtà, come rilevato dai giudici comunitari, le due fattispecie sono incompatibili non solo perché in un caso si tratta di cancellazione del volo e nell'altro di ritardo, ma soprattutto perché le due norme sono profondamente diverse. In caso di cancellazione, infatti, la prova liberatoria verte esclusivamente sull'esistenza di circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare anche laddove fossero state adottate tutte le misure del caso, senza alcun riferimento alla normale diligenza o all'impossibilità per il vettore di adottare eventuali misure impeditive. Al contrario la Convenzione non presuppone la dimostrazione di una circostanza eccezionale ma si limita all'adozione di misure ragionevoli³.

Chiarito questo aspetto, la questione principale del giudizio interpretativo si incentra sul significato da attribuire ai fattori di esonero dall'obbligo di compensazione pecuniaria in caso di cancellazione.

Il problema si pone perché il quattordicesimo «considerando» sembra includere il guasto tecnico nel novero delle circostanze eccezionali, laddove dispone che «*siffatte circostanze possono, in particolare, ricorrere in caso di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un*

² Tale problema è stato oggetto di diverse pronunce della Corte di giustizia. Si vedano sul punto la sentenza 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA e ELFAA c. Department of Transport*, in *Dir. trasp.* 3/2006, 866 ss.; e la sentenza 10 luglio 2008, causa C-173/07, *Emirates Airlines e Direktion für Deutschland c. Dietther Schenkel*.

³ Secondo L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, cit. 373, ulteriore differenza sta nel fatto che le misure contemplate dalla Convenzione devono essere volte non solo ad evitare il fatto dannoso ma anche il danno.

vettore aereo operativo»⁴, ma non indica quale sia il parametro che possa guidare l'interprete nel caso concreto⁵. Secondo la Corte in queste evenienze si deve tener conto del senso abituale delle parole nel loro linguaggio corrente, del contesto nel quale tali termini sono impiegati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte. Infine, i termini che compaiono in disposizioni che derogano a principi generali devono essere interpretati in modo restrittivo, specie quando tali principi sono costituiti dalla tutela del consumatore.

La soluzione adottata nel caso di specie desta, tuttavia, qualche perplessità, non tanto per i risultati cui perviene quanto per l'impiego del canone ermeneutico dell'interpretazione restrittiva⁶, posto che, per la Corte, l'art. 5 n. 3 «*costituisce deroga ... a*

⁴ Nella relazione alla proposta di regolamento presentata dalla Commissione il 21/12/2001 COM(2001) 784 definitivo 2001/0305 (COD), la cancellazione era qualificata come rifiuto di prestare il servizio al pari del negato imbarco, salvo che in caso circostanze straordinarie «*che esulano della sua responsabilità*» come l'instabilità politica, le avverse condizioni meteorologiche, un adeguato livello di sicurezza o «*impreviste avarie tecniche*». È altresì interessante ricordare che con la Raccomandazione del 13 giugno 2003 per la seconda lettura sulla posizione comune definita dal Consiglio, PE 314.782/DEF A5-0221/2003, si proponeva un emendamento al considerando n. 14 che sostituisse l'espressione «*circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso*», con «*circostanze eccezionali estranee al controllo del vettore*», che però non venne approvato.

⁵ L'incertezza del legislatore è il probabile frutto della difficoltà di contemperare l'esigenza di codificare un principio generale di irresponsabilità del vettore per eventi estranei alla sua sfera di controllo, con la necessità di impedire che i problemi di sicurezza potessero essere impiegati per aggirare l'efficacia del regolamento. Questa eventualità era stata considerata dalla Commissione europea in sede di proposta di regolamento, ma era stata agevolmente superata ricordando che, in base alla licenza di esercizio, il vettore è tenuto a registrare gli incidenti tecnici ed a sottoporsi alle ispezioni delle autorità competenti, giungendo alla conclusione che in tal modo il sistema «*garantisce in tal modo un controllo efficace che dovrebbe limitare le pratiche abusive*». Si veda in tal senso la relazione del 21/12/2001 COM(2001) 784 definitivo 2001/0305 (COD).

⁶ A dire il vero la Corte ricorre solo agli ultimi due parametri. Al contrario, l'Avvocato generale, nelle conclusioni formulate nella causa C-396/06 sopra richiamata (*Dir. Tur.* 4/2008, 376), si sofferma anche sull'interpretazione letterale perché nel regolamento l'espressione «*circostanze eccezionali*» è im-

norme comunitarie dirette a tutelare i consumatori». L'affermazione non può essere condivisa perché il regolamento n. 261/04 non tutela il consumatore ma il passeggero, inteso quale utente del servizio di trasporto, a prescindere dal fatto che la prestazione sia utilizzata nell'ambito della sua attività professionale o imprenditoriale. È vero che se il passeggero è qualificabile come consumatore potranno trovare applicazione anche le ulteriori norme comunitarie in materia, ma si tratta di una disciplina distinta ed ulteriore.

A parte tale rilievo, l'interpretazione restrittiva troverebbe la sua giustificazione nel fatto che l'art. 5 n. 3 sarebbe una disposizione in deroga rispetto a principi generali.

Secondo la definizione dell'art. 2 lett. l del regolamento n. 261/04, la cancellazione è «*la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto*». Il legislatore non parla di rifiuto di eseguire il servizio, né di inadempimento ma lascia aperta la possibilità che la cancellazione derivi anche da eventi non imputabili.

È innegabile che tra le principali cause di cancellazione vi siano le decisioni di carattere commerciale, ma possono esservi anche eventi non riconducibili alla sfera di controllo del vettore.

La disciplina della cancellazione, però, non rispecchia le normali regole sull'inadempimento e sulla causa non imputabile. L'art. 5, infatti, codifica una sorta di *tertium genus*, costituito dalle cancellazioni che derivano da una decisione commerciale – e quindi imputabili perché volute dal vettore – ma che tuttavia non danno diritto ad alcuna compensazione se sono state comunicate al passeggero secondo una precisa scansione temporale, unitamente all'offerta di un volo alternativo che presenti determinate caratteristiche⁷. In sostanza non ogni inadempimento imputabile genera una responsabilità dal momento che, anche nell'am-

piegata in modo atecnico. Il termine «eccezionale» quindi deve essere inteso nel senso letterale di «fuori dell'ordinario», ossia fatti che, in ambito commerciale, normalmente non si verificano nell'esercizio di un'attività.

⁷ Che in questi casi la cancellazione sia commerciale discende dalla considerazione per la quale la capacità per il vettore di prevedere la mancata effettuazione del volo con due settimane di anticipo sembra presupporre che alla base vi sia una sua precisa scelta economica.

bito delle cancellazioni commerciali, non rileva la diligenza del vettore ma il fatto che la cancellazione sia stata previamente comunicata al passeggero.

A ben vedere le norme del regolamento n. 261/04 possono creare notevoli sperequazioni se si considera che situazioni simili dal punto di vista sostanziale ricevono un diverso trattamento a seconda che sia stato rispettato l'obbligo di comunicazione.

Se il passeggero riceve comunicazione della cancellazione il giorno prima della partenza, ma non ha alcun interesse ad accettare il volo alternativo perché, nonostante rispetti i requisiti richiesti, è inidoneo a soddisfare l'utilità sottesa all'originario programma di viaggio, la compensazione non è dovuta perché il vettore ha rispettato i requisiti formali previsti dall'art. 5 n. 1 lett. iii).

Se invece il passeggero apprende della cancellazione direttamente in aeroporto e viene riprotetto con un volo che giunga a destinazione meno di due ore dopo l'originario programma di viaggio, egli matura il diritto alla compensazione, svincolato dalla prova di aver subito un danno, solo perché il vettore non ha rispettato i tempi di informazione previsti dal regolamento.

È quindi legittimo interrogarsi su quale sia l'interesse perseguito dal regolamento n. 261/04, posto che in entrambi i casi il diritto al puntuale adempimento è stato frustrato. Di conseguenza non sembra opportuno propugnare un'interpretazione restrittiva in rispetto del principio generale di protezione del consumatore, proprio perché non è chiaro quale, tra il diritto all'informazione ed il diritto all'adempimento, costituisca il bene primario tutelato dalla disciplina comunitaria⁸.

Più utile ed opportuna sembra invece l'interpretazione letterale e sistematica, in base alla quale si può affermare che gli eventi menzionati dal quattordicesimo considerando producono l'effetto esonerativo solo se, in quanto eccezionali, esulano dal normale esercizio dell'attività del vettore e sfuggono al suo controllo per la loro natura od origine, considerato che l'evento non

⁸ Si noti che l'informazione ha per oggetto non l'impossibilità di adempiere quanto la volontà del vettore di non adempiere, la cui importanza è tale da determinare una presunzione legale *iuris et de iure* che non sussistano disagi e fastidi in capo al passeggero che, in assenza di comunicazione preventiva, giustificano l'attribuzione patrimoniale. Si veda in tal senso il parere dell'Avvocato Generale nelle conclusioni nell'ambito della causa C-396/06, punto 36.

si sarebbe potuto evitare anche attraverso l'adozione di tutte le misure del caso.

Secondo la Corte, quando il problema tecnico si manifesta in occasione di una manutenzione o è determinato da una carenza nei controlli non lo si può ritenere eccezionale perché tale qualificazione è riservata agli eventi che non ineriscono al normale esercizio dell'attività del vettore e che sfuggano al suo effettivo controllo, come ad esempio l'avviso divulgato dal costruttore o da una competente autorità su un vizio occulto di fabbricazione che incide sulla sicurezza dei voli, o i danni cagionati agli aeromobili da atti di sabotaggio o terrorismo. Tutte le ipotesi di guasto sembrano ricondotte all'interno dei normali rischi dell'impresa aeronautica, escludendosi ogni rilevanza alla condotta del vettore, sia nel corso dell'esecuzione della prestazione sia nella fase successiva al verificarsi del guasto. Ci si chiede tuttavia se sia giusto estendere questa qualificazione anche ai problemi tecnici che, pur non derivando da eventi assolutamente straordinari, non siano comunque determinati da una carenza nella manutenzione.

A tal fine si deve evidenziare che, se è vero che ai fini della compensazione non rileva alcun giudizio sulla diligenza del vettore – che non si può liberare provando di aver preso le misure per evitare il danno – ciò non esclude che la valutazione di ciò che doveva e poteva essere fatto sia importante ai fini della qualificazione di un evento come eccezionale. Se un guasto tecnico è anomalo si deve verificare se si sarebbe potuto evitare con l'adozione delle misure del caso⁹, sia con riferimento alla fase precedente al suo verificarsi (prevenzione del fatto dannoso) sia alla fase successiva al ritiro dell'aeromobile (prevenzione del danno).

Tra le prime misure rientra il rispetto del programma di manutenzione e verifica dell'aeromobile previsto dalla legge, il cui rigore è tale che sarebbe arbitrario pretendere dal vettore dei controlli e delle manutenzioni aggiuntive¹⁰. Le misure successive

⁹ Più che l'imprevedibilità dell'avaria rileva la sua anomalia per natura e frequenza, così che se il guasto si presenta su tutti gli aeromobili in maniera periodica o si manifesta diverse volte sulla stessa tipologia di macchina non può essere eccezionale.

¹⁰ Cfr. il parere dell'Avvocato Generale al punto 58 e 59.

alla comparsa del problema tecnico sono, invece, identificabili in tutti quei provvedimenti che potevano ragionevolmente essere presi in quelle circostanze per risolvere il problema ed evitare il ritiro dell'aeromobile, anche attraverso la sua sostituzione laddove tale esigenza potesse essere giustificata dalla passata esperienza.

La Corte di giustizia analizza il problema delle «misure del caso» solo nella soluzione al terzo quesito interpretativo, e tale frammentazione di giudizio sembra produrre l'equivoco che le uniche ipotesi di guasto tecnico rilevanti ai fini dell'esonero siano costituite da eventi assolutamente straordinari e rari.

Al contrario, da una lettura coordinata delle tre massime emerge che il giudizio espresso non è così rigido come potrebbe sembrare. Secondo la Corte, infatti, il vettore non può esonerarsi dall'obbligo di pagare la compensazione semplicemente provando di aver rispettato le manutenzioni previste dalla normativa sulla sicurezza, ma può e deve provare che, anche avvalendosi di tutti i mezzi a disposizione (personali, materiali e finanziari), non avrebbe potuto evitare, se non a costo di sacrifici insopportabili per la sua impresa in quel momento, che circostanze eccezionali comportassero la cancellazione del volo.

Nell'interpretazione della norma, quindi, la Corte soggettivizza il giudizio sull'apprestamento delle misure idonee ad evitare l'insorgere di eventi che impediscano l'esecuzione della prestazione proprio perché tali misure sono solo quelle che, nel momento in cui si è verificato l'evento, si potevano tecnicamente ed economicamente chiedere al vettore.

In conclusione l'interpretazione del regolamento n. 261/04 è tale per cui non esistono automatismi in base ai quali il vettore si libera dall'obbligo risarcitorio semplicemente allegando il guasto tecnico e sostenendo di aver ottemperato alle manutenzioni richieste, ma non è escluso che, anche a prescindere da ipotesi del tutto straordinarie, egli possa dimostrare di aver posto in essere lo sforzo tecnico ed organizzativo che si poteva pretendere da lui in quel momento e che ciononostante l'esecuzione della prestazione si è resa impossibile per circostanze eccezionali¹¹.

¹¹ L'equivoco per il quale il vettore sembra potersi liberare solo in ipotesi limitate – ossia richiamo del produttore e atto di sabotaggio – sembra essere già presente nella nuova edizione della Carta dei diritti del passeggero, redatta dal-

2. *La compensazione per il ritardo prolungato.* – La seconda sentenza, invece, racchiude una delle interpretazioni più importanti ed innovative in merito al regolamento CE n. 261/04¹², ed ancora una volta oggetto di attenzione è il ritardo aereo¹³.

Senza dubbio il ritardo aereo costituisce una categoria problematica già nella sua definizione, posto che nessuna norma internazionale o nazionale impone espressamente al vettore l'obbligo di rispetto dei tempi indicati per l'esecuzione della prestazione. Tuttavia l'esistenza di una disciplina della responsabilità per il ritardo lascia desumere che il vettore sia tenuto ad eseguire il trasporto entro un certo ambito temporale¹⁴, data la essenzialità dell'elemento temporale ai fini della definizione del contenuto dell'obbligazione del vettore¹⁵.

Il marcato empirismo che accompagna la configurazione della fattispecie ha portato a ritenere che non sia sufficiente il

l'ENAC ed in distribuzione dal 19 marzo 2009. In particolare nella pagina 9 si schematizzano i rimedi per la cancellazione del volo e si precisa che la cancellazione non è dovuta se «*la compagnia aerea possa provare che la cancellazione del volo sia stata causata da circostanze eccezionali: ad esempio avverse condizioni meteorologiche, allarmi per la sicurezza, scioperi*». Scompare del tutto il guasto tecnico.

¹² Per una disamina generale della portata degli interventi della Corte di giustizia si veda L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) n. 261/2004*, in *Dir. trasp.* 2009, 367.

¹³ Con la sentenza del 10 gennaio 2006 nella causa C-344/04, in *Dir. trasp.* 2006, 851, con nota di V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, la Corte ha chiarito che il vettore non può esonerarsi dagli obblighi di assistenza anche nel caso in cui il ritardo non sia imputabile. Gli altri interventi interpretativi si trovano nella sentenza 10 luglio 2008 nella causa C-173/07, in *Dir. trasp.* 2009, 157, con nota di B. BIANCHINI, *Sull'ambito di applicazione del reg. (CE) n. 261/2004 su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, e nella sentenza 22 dicembre 2008 nella causa C-549/07, in *Dir. trasp.* 2009, 801, con nota di V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*.

¹⁴ L. TULLIO, *Overbooking, cancellazione e ritardi*, in *Studi su: Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di M. Deiana, Cagliari, 2005, 16 ss.

¹⁵ Si veda per tutti S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, Commento alla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, a cura di L. Tullio, Napoli 2006, 156 ss.

mero superamento dei tempi di volo ma occorre un notevole scostamento tra il tempo impiegato per giungere a destinazione ed il tempo indicato negli orari pubblicati dal vettore o comunque dai tempi normalmente necessari per eseguire quel trasferimento¹⁶. Mancando un parametro oggettivo per definire l'adempimento puntuale o inesatto, si lascia alla discrezionalità del giudice il compito di individuare quanto tempo deve trascorrere per potersi affermare l'esistenza di un ritardo¹⁷.

L'approvazione del regolamento (CE) n. 261/2004, pur non dando una definizione del ritardo, ha contribuito a delineare alcuni elementi ai fini della sua rilevanza, quantomeno ai fini degli obblighi di assistenza e del diritto alla risoluzione del contratto¹⁸, mancando del tutto la previsione di un obbligo di compensazione pecuniaria, in ragione del fatto che «*i ritardi sono infatti spesso imputabili al sistema di gestione del traffico aereo e alla insufficiente capacità degli aeroporti ... la Commissione ritiene che nelle circostanze attuali gli operatori non debbano essere tenuti ad indennizzare i passeggeri vittime di ritardi*»¹⁹.

Pertanto, nella disciplina del ritardo, che – come espressamente affermato dalla Commissione – è stata «*la più difficile da risolvere*»²⁰ senza dubbio la mancata previsione di un obbligo di compensazione non costituisce un *lapsus calami* ma sia il frutto di una scelta ben ponderata.

È innegabile, tuttavia, che gli effetti della cancellazione del volo e del ritardo siano molto simili, ed era prevedibile che la Corte di giustizia sarebbe stata chiamata a chiarire se un ritardo

¹⁶ G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, 237; S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, cit., 151 ss.; S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Studi su: Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., 89 ss.

¹⁷ L. TULLIO, *Overbooking, cancellazione e ritardi*, cit. 16; S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, cit., 159 ss.

¹⁸ Si ricorda che ex art. 6, la rilevanza del ritardo varia (2, 3 o 4 ore) in rapporto alle tre fasce chilometriche di distanza. Ai fini della risoluzione del contratto è, invece, necessario un ritardo di 5 ore.

¹⁹ Cfr. la relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento COM(2001) 784 def. 2001/0305 (COD), punto 23.

²⁰ Relazione finale in terza lettura del 4 dicembre 2003 A5-0464/2003.

particolarmente qualificato possa trasformarsi in una cancellazione.

Nonostante il regolamento ometta una precisa definizione di ritardo, i giudici comunitari non hanno alcun dubbio sul fatto che si tratti di due categorie «*ben distinte*»²¹. Il volo, infatti, è un'operazione di trasporto realizzata sulla base di un programma prefissato. Poiché nel regolamento la nozione di ritardo è considerata con riferimento all'orario di partenza, da ciò si desume che si è in presenza di un ritardo solo quando, fermi restando tutti gli altri elementi del programma, la partenza avviene dopo l'ora prevista. La cancellazione, invece, è la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto, e non si concretizza quando la partenza, che viene solo posticipata, avviene in conformità alla programmazione originariamente prevista. Solo se quest'ultima viene abbandonata, ed i passeggeri vengono uniti a quelli di altro volo – con differente programmazione – è possibile parlare di cancellazione²².

La ricostruzione non è del tutto infondata, salvo qualche perplessità sul fatto che il regolamento disciplini solo il ritardo alla partenza. L'art. 6, infatti, si riferisce alla partenza solo perché è in relazione a tale momento che si valuta la necessità di offrire l'assistenza ai passeggeri, mentre il momento dell'arrivo non è contemplato perché rileva solo ai fini della compensazione, come dimostra l'art. 7 che espressamente si riferisce al «*ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto*»²³.

Chiarite le differenze ontologiche tra cancellazione e ritardo, la Corte passa ad analizzare la seconda questione, relativa al-

²¹ Cfr. punto 33 della sentenza.

²² Cfr. punti 37-38. In particolare si afferma che tutto ciò non strettamente attinente alle caratteristiche del volo sia irrilevante, come le indicazioni date in aeroporto dal personale del vettore, la circostanza che i passeggeri ritirino i loro bagagli o ottengano nuove carte di imbarco, il mutamento della compagnia dei passeggeri.

²³ Rileva S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, cit., 170 ss., che il ritardo disciplinato nel regolamento n. 261/04 non è solo quello alla partenza ma anche il ritardo effettivo o potenziale nell'arrivo a destinazione. Allo stesso modo si veda M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria*, in *Studi su: Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., 174.

l'esistenza di un diritto alla compensazione anche in caso di ritardo.

Nonostante la presa d'atto che dal testo del regolamento «*non emerge espressamente che ai passeggeri di voli ritardati spetti un siffatto diritto*», la soluzione è affermativa e si fonda sui principi generali che informano l'attività ermeneutica dalla Corte: interpretazione fondata sul contenuto e sugli scopi perseguiti dalla normativa e sui motivi che hanno portato all'adozione dell'atto²⁴.

A dire il vero, tutta la ricostruzione si incentra su una discutibile interpretazione testuale del quindicesimo «considerando» nel quale si precisa che dovrebbe essere considerata come circostanza eccezionale una «*decisione di gestione del traffico aereo ... [che] provochi un lungo ritardo, un ritardo che comporti un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile*»²⁵.

Secondo la Corte, sebbene le circostanze eccezionali rilevano solo ai fini dell'esonero dall'obbligo di compensazione in caso di cancellazione ai sensi dell'art. 5, n. 3 del regolamento, il riferimento al «lungo ritardo» nel contesto del quindicesimo «considerando» non potrebbe che essere indice della volontà del legislatore di collegare il diritto alla compensazione pecuniaria al ritardo.

Il ragionamento non è condivisibile. La ragione per la quale il quindicesimo «considerando» mette insieme circostanze eccezionali e ritardo deriva da un suo mancato adeguamento alle modifiche apportate alla proposta di regolamento. La formulazione originaria, infatti, prevedeva che le circostanze eccezionali rilevassero anche per l'esonero dagli obblighi di assistenza, sia in caso di cancellazione che di ritardo. Successivamente, la possibilità di esimersi dagli obblighi di assistenza è stata soppressa

²⁴ Si noti che gli stessi principi ermeneutici erano stati posti alla base della sentenza 22 dicembre 2008 nella causa C-549/07, in *Dir. trasp.* 2009, cit., punti 17 e 18.

²⁵ Questa previsione costituisce una specificazione del quattordicesimo «considerando» in cui il legislatore comunitario afferma i principi generali relativi alle circostanze eccezionali che liberano il vettore dall'obbligo di compensazione.

*tout court*²⁶, ed ogni riferimento alle circostanze eccezionali per tale finalità è stato espunto dal testo del regolamento. Tuttavia poiché tali circostanze ancora rilevano per evitare la compensazione in caso di cancellazione, si è creata una inevitabile confusione e si è tralasciato un refuso nel quindicesimo «considerando».

Per suffragare l'assunto non vale certo il richiamo ai primi quattro «consideranda» in cui, genericamente, si afferma che il regolamento intende offrire un elevato livello di protezione ai passeggeri vittime di negato imbarco, cancellazione e ritardo²⁷.

Ancor meno persuasivo è l'iter in base al quale si computa l'entità del ritardo per il sorgere del diritto alla compensazione. Per mantenere un parallelismo con la disciplina della cancellazione, si rileva che, ai sensi dell'art. 5, se il vettore intende evitare il pagamento deve offrire un volo alternativo che parta non più di un'ora prima e giunga a destinazione non più di due ore dopo rispetto al programma originario. Pertanto, la perdita di tempo assumerebbe rilevanza superate le tre ore complessive, e questo sarebbe il parametro da utilizzare anche per il ritardo, senza alcuna differenziazione sulla base della distanza chilometrica della tratta.

Inoltre, poiché ex art. 7 n. 2 la compensazione può essere ridotta del 50% se l'orario d'arrivo del volo alternativo è contenuto entro determinati limiti temporali, si ritiene che, trasponendo tale principio al ritardo, l'importo della compensazione possa essere dimezzato quando il ritardo sia inferiore, ai sensi dell'art. 7 n. 2 lett. c), alle quattro ore.

²⁶ Cfr. relazione finale in terza lettura del 4 dicembre 2003 A5-0464/2003, cit. nella quale si afferma che «*la delegazione del Parlamento è riuscita far eliminare qualsiasi riferimento a "circostanze straordinarie" quale scusa da parte dei vettori aerei per non offrire alcun tipo di assistenza immediata ai passeggeri, garantendo in tal modo che questo tipo di assistenza venga loro offerta in ogni caso, a prescindere dal motivo che ha causato il ritardo o la cancellazione del volo. Al fine di garantire un approccio coerente, le medesime condizioni vengono applicate quindi anche nel caso di cancellazione di un volo*».

²⁷ Si noti che la stessa Corte non sembra attribuire un valore fondante a tale richiamo laddove, al punto 44, afferma che «*Tale deduzione è implicitamente corroborata dalla finalità del regolamento ...*».

Il risultato è assolutamente abnorme e suscettibile di generare più sperequazioni di quelle a cui la Corte vorrebbe porre rimedio. In palese violazione dello spirito del regolamento – incentrato su una diversa graduazione dei diritti dei passeggeri in rapporto alla distanza chilometrica da percorrere – si ritiene che il medesimo *quantum* di ritardo rilevi allo stesso modo per tutte le tratte, e quindi che un ritardo superiore alle tre ore abbia la stessa consistenza e le medesime conseguenze nei voli a breve, medio e lungo raggio. La penalizzazione dei passeggeri dei voli a breve raggio si accentua ancor di più se si considera che la misura della compensazione loro spettante è inferiore, a parità di attesa, rispetto a quella dei passeggeri di voli a lungo raggio.

La soluzione inoltre comporta il paradosso che, decorse tre ore si ha diritto alla compensazione, ma per poter chiedere la risoluzione del contratto e la restituzione del prezzo occorre attendere cinque ore.

Riconoscere l'obbligo di compensazione anche in caso di ritardo ha infine delle gravi conseguenze di compatibilità con la convenzione di Montreal, la quale esaurisce compiutamente la disciplina della responsabilità del vettore per il ritardo, e prevede un regime inconciliabile con la soluzione interpretativa proposta²⁸.

Fino a quando si è ritenuto che la compensazione rilevasse solo in caso di cancellazione e di negato imbarco, il problema è stato superato con la considerazione che la convenzione disciplina solo il ritardo²⁹. Parimenti, è stato possibile affermare che la previsione degli obblighi di assistenza in caso di ritardo è compatibile perché non si tratta di misure risarcitorie ma di rimedi

²⁸ Cfr. V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, cit., 869. Nel regolamento l'esonero opera solo in caso di circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, senza che rilevi la normale diligenza o l'impossibilità di adottare eventuali misure impeditive. Nella convenzione è, invece, sufficiente l'adozione di misure ragionevoli o l'impossibilità di adottarle. Rileva L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, cit., 373, che le misure contemplate dalla convenzione devono essere volte non solo ad evitare il fatto dannoso ma anche il danno.

²⁹ Si veda la sentenza 22 dicembre 2008 (causa C-549/07), cit., punti 30 e 31.

che costituiscono attuazione degli obblighi di protezione, come tali non disciplinati dalla normativa internazionale³⁰.

Il discorso muta se al ritardo si ricollega la compensazione, la cui natura è, per la stessa Corte, di carattere risarcitorio/indennitario, senza che valga a risolvere l'aporia il suo discutibile inquadramento tra le misure collettive che si aggiungerebbero a quelle individuali disciplinate a livello internazionale³¹.

Se poi aderisce alla opinione per la quale la compensazione non ha natura risarcitoria ma è una sorta di pena privata, è ancora più evidente che l'interpretazione propugnata dai giudici in materia di ritardo si scontra con l'art. 29 della convenzione di Montreal, che esclude la risarcibilità di danni puntivi, esemplari o comunque non risarcitori³².

In conclusione, la soluzione interpretativa offerta dalla Corte genera un certo sconcerto, anche perché promana da un'istitu-

³⁰ Cfr. V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, cit., 862 ss. Si ricorda che la Corte giustificava la compatibilità distinguendo i danni da ritardo in due tipologie ed affermando, nei punti 43-48, che «*un ritardo eccessivamente prolungato determina danni quasi identici per tutti i passeggeri, il cui risarcimento può assumere la forma di un'assistenza o di un supporto standardizzati e immediati a tutti gli interessati, attraverso la fornitura, ad esempio, di bevande, pasti, sistemazione in albergo e telefonate. Dall'altro, i passeggeri possono subire danni individuali, dovuti al motivo del loro spostamento, il cui risarcimento richiede una valutazione caso per caso dell'entità del danno causato e può, di conseguenza, essere oggetto solo di una compensazione a posteriori e su base individuale*».

³¹ Cfr. L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, cit., 371. Precisa la Corte che in ogni caso, il bilanciamento degli interessi sarebbe preservato perché i vettori possono a loro volta agire nei confronti del soggetto responsabile, attenuando o cancellando l'onere finanziario conseguente agli obblighi che derivano dal regolamento.

³² Secondo L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, cit., 371-372, la compensazione si avvicina ai *punitive damages* la cui entità è stabilita dalla legge e non rimessa al giudice. In senso conforme M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria*, cit., 177. Nega tale qualificazione S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, cit., 175 ss. perché la compensazione prescinde dall'allegazione di un danno, laddove il divieto posto dell'art. 29 della convenzione si riferisce alle azioni in risarcimento di un danno almeno lamentato come conseguenza degli eventi ivi previsti. Per tale ragione la compensazione pur non avendo la tipica funzione risarcitoria si avvicina alla stessa perché è assimilata dal regolamento ad un anticipo di pagamento del risarcimento (art. 12).

zione che non può dispensare giustizia secondo equità, ma che invece, surrogandosi al legislatore, ha cercato di rimediare ad un regolamento che, nato con l'ambiziosa finalità di risolvere i problemi emersi dalla non gloriosa esperienza del precedente regolamento n. 295/1991, nella sua applicazione si è rivelato decisamente imperfetto.

La Corte non nasconde tale consapevolezza laddove richiama l'esistenza del principio ermeneutico generale di conservazione, tramite interpretazione, della validità di un atto comunitario, unitamente a quello per il quale, in caso di più interpretazioni, deve essere preferita quella maggiormente idonea a salvaguardare un effetto utile³³.

Quella seguita non era l'unica opzione.

Si poteva, infatti, cercare di accrescere la tutela dei passeggeri contro gli abusi dei vettori offrendo un'interpretazione con una portata meno dirompente, almeno dal punto di vista formale.

Ad esempio si poteva dare una risposta positiva al primo quesito interpretativo, stabilendo che il ritardo particolarmente protratto è suscettibile di trasformarsi in cancellazione. L'appiglio testuale poteva essere proprio il quindicesimo «considerando» posto che per la sua formulazione letterale sarebbe possibile leggere il termine cancellazione come complemento oggetto del verbo «comporti» (riferito al ritardo) e non del verbo «provochi» (riferito invece alla decisione di gestione del traffico aereo)³⁴. La soglia di rilevanza per trasformare il ritardo in cancellazione poteva essere fissata partendo dal momento in cui finisce la tutela per il ritardo, ossia le cinque ore, ritenendosi che oltrepassato tale termine, il ritardo si trasformi in cancellazione se il passeg-

³³ Il principio violato sarebbe quello della parità di trattamento perché situazioni simili sono trattate in modo diverso. In V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*, cit., 811, dove in relazione alla sentenza 22 dicembre 2008 nella causa C-549/07, si evidenziava che «A ben vedere le norme del regolamento n. 261/04 possono creare notevoli sperequazioni se si considera che situazioni simili dal punto di vista sostanziale ricevono un diverso trattamento a seconda che sia stato rispettato l'obbligo di comunicazione».

³⁴ La formulazione testuale è la seguente «... decisione di gestione del traffico aereo ... [che] provochi un lungo ritardo, un ritardo che comporti un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile».

gero non sia condotto a destinazione entro due, tre o quattro ore a seconda della distanza chilometrica, ai sensi dell'art. 7 n. 2.

In alternativa, e forse sarebbe stato meglio, si poteva ribadire che, rispetto alle altre fattispecie contemplate, in caso di ritardo entrano in gioco diverse variabili che esulano dalla sfera di controllo del vettore, le quali rendono oggettivamente diverse le situazioni e quindi giustificano la differenziazione nella tutela.

3. *L'effettività della tutela e gli strumenti stragiudiziali di composizione delle controversie.* – La tenacia dimostrata dalle parti in causa ed in particolare dai passeggeri che hanno dato vita al contenzioso fino a portare all'attenzione della Corte di giustizia i problemi interpretativi connessi al regolamento n. 261/04 ha sortito evidentemente un risultato positivo generale dal momento che le interpretazioni offerte dai giudici comunitari sono vincolanti per tutte le controversie vertenti sul medesimo oggetto. Da un punto di vista più personalistico, però, è evidente che il lungo iter giudiziario non è proporzionato all'entità del *quantum* controverso che, nella prima vicenda, era pari a 250 euro, e nella seconda a 600 euro. L'opportunità di trovare sedi alternative per la risoluzione delle controversie in materia di trasporto aereo è evidente se solo si raffrontano i costi di giudizio e le peculiarità tecniche della materia trattata con l'entità dei risarcimenti in questione. Tale convenienza si esplica sia con riferimento ai passeggeri, che per ottenere entità pecuniarie decisamente modeste devono anticipare i costi necessari per l'assistenza legale tecnica ed attendere i lunghi tempi per la risoluzione giudiziale delle controversie, sia con riferimento alle compagnie aeree le quali, di fronte al panorama normativo ed interpretativo a loro non particolarmente favorevole, devono approntare strenue difese con il prevedibile rischio di dover sopportare le spese di tre gradi di giudizio.

BRUNO TROISI

LA VIOLENZA NEL MONDO GIOVANILE E TECNICHE DI MEDIAZIONE

Come da molti è avvertito, da alcuni anni la violenza giovanile rappresenta un fenomeno estremamente preoccupante, tanto da essere al centro di dibattiti, di studi e di progetti istituzionali.

Certo, è una costante della storia l'atteggiamento critico delle vecchie generazioni nei confronti delle nuove, sempre caratterizzate da fermenti e ribellione, da insofferenza e trasgressione. Ma le cronache degli ultimi anni sono ricche di episodi di particolare gravità che testimoniano un accresciuto disagio giovanile.

Al riguardo, occorre, peraltro, non sottovalutare il fenomeno di amplificazione svolto dai *mass media*, posto che quando un episodio di violenza raggiunge la cronaca giornalistica è come se passasse sotto una lente d'ingrandimento che lo trasforma in un preoccupante segnale di degrado sociale.

Dico questo, non certo per sottovalutare il fenomeno della violenza giovanile, ma per evitare che essa diventi un fuorviante ancorché rassicurante luogo comune, per mezzo del quale la violenza, in quanto generazionale, viene relegata in un mondo a noi estraneo, sì che il fenomeno tende ad essere generalizzato ed attribuito alla condizione stessa di adolescente, in qualità di imputato collettivo, a scapito di una lucida e obiettiva analisi – oltre che dei problemi individuali dei giovani – della realtà sociale, in vista della previsione di concrete politiche di intervento.

Ma cosa s'intende per violenza, e cosa s'intende, in particolare, per "violenza giovanile"?

È bene precisare che una definizione univoca di violenza appare assai difficile da elaborare, essendo molteplici e differenti le

sue manifestazioni, a partire dagli autori, dalle cause, dai meccanismi che ne sono alla base, nonché rispetto alle circostanze, alle modalità e all'ambito di esercizio di essa, alle vittime, alle conseguenze, al grado di riprovazione sociale.

Secondo l'autorevole definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, per violenza si intende "l'uso intenzionale della forza fisica o del potere, minacciato o reale, contro se stessi, altre persone o contro un gruppo o una comunità, da cui conseguono – o da cui hanno un'alta probabilità di conseguire – lesioni, morte, danni psicologici, compromissioni nello sviluppo o deprivazioni".

Esistono, dunque, diverse tipologie e manifestazioni del fenomeno "violenza", difficilmente riconducibili ad unità e difficilmente classificabili in modo esauriente (violenza auto inflitta e violenza verso altri; violenza emotiva e violenza predatoria; violenza individuale e violenza di gruppo; violenza virtuale e violenza reale, e così via).

Così come non esiste una definizione unitaria che sintetizzi l'identità del "ragazzo violento" come paradigma astratto. È, piuttosto, individuabile una pluralità di tipologie di violenza giovanile, a partire da quelle rappresentate dai ragazzi che abitano in territori ad alta densità criminale, e che spesso sono indotti ad assumere comportamenti violenti come proprio stile di vita (qui è l'ambiente a possedere potenzialità criminogene); a quelle tipologie connesse a fenomeni imitativi di gruppo (qui ci si imbatte spesso in ragazzi provenienti da contesti sociali non devianti, ma che hanno trovato modo di esercitare nel gruppo una violenza impensabile al di fuori di esso: dalle aggressioni agli stupri al teppismo per noia: si pensi ai lanci di sassi dai cavalcavia, considerati dai loro autori alla stregua di un videogioco: qui, violenza virtuale e violenza reale vengono a confondersi, per una sorta di incapacità di distinguere l'una dall'altra), fino a quelle definite di "devianza leggera" [angherie in casa o fuori casa (a scuola, ecc.), piccoli furti, ecc.], che hanno sempre caratterizzato la preadolescenza di molti ragazzi, mantenendo caratteristiche occasionali ed esprimendo una trasgressione fisiologica alle norme sociali, ma che oggi si vanno sempre più diffondendo e aggravando, a riprova dell'accresciuto disagio giovanile; fino a quelle tipologie caratterizzate da disturbi psichiatrici della condotta nelle diffe-

renti sfumature possibili, difficilmente inquadrabili in una casella diagnostica unitaria.

Da non ignorare, però, è il rischio, avvertito da autorevoli studiosi, di attivare con tali definizioni il meccanismo di amplificazione e, perfino, di produzione della devianza. Secondo la c.d. teoria dell'etichettamento¹, infatti, attraverso l'assegnazione – da parte delle istituzioni, dei media e della società in generale – dell'etichetta di violento all'autore di un comportamento antisociale (in termini, ad esempio, di bullo, deviante, piccolo criminale, ecc.), si produrrebbe un effetto-paradosso, si innescherebbe cioè un processo in grado di trasformare l'autore di un singolo comportamento deviante in un delinquente cronico. Influirebbero su questo processo sia la diffidenza, l'ostilità e la riprovazione della collettività, in grado di ristrutturare la percezione di sé da parte del diviso "criminale" (per così dire, "convincendolo"), sia l'emarginazione sociale che le istituzioni e la società fatalmente provocano. L'etichettamento produrrebbe, quindi, effetti deleteri sia sul piano della rappresentazione sociale e dell'autopercezione sia, conseguentemente, su quello della possibilità di recupero.

Per quanto riguarda, ancora, gli autori degli atti di violenza, anche se le statistiche mostrano che i comportamenti violenti sono molto più frequenti nei maschi che nelle femmine, queste ultime sono tutt'altro che esenti da condotte antisociali.

Negli ultimi tempi, infatti, si nota una tendenza sempre più diffusa di omologazione delle condotte devianti, nel senso che sembrano progressivamente cadute le barriere che differenziavano nettamente l'identità femminile da quella maschile, con l'effetto che le ragazze imitano i ragazzi anche nella manifestazione dell'aggressività (c.d. bullismo in rosa, altro che "angeli del ciclostile" di sessantottina memoria).

Aspetto ancor più delicato e complesso è quello riguardante il piano dei rimedi: come intervenire, cioè, per gestire costruttivamente il fenomeno "violenza giovanile".

Non è mancato quel filone di pensiero che pone l'accento su una maggiore responsabilizzazione dei genitori, ritenuti protagonisti nel processo di formazione e socializzazione dei propri figli (si pensi al progetto di intervento sociale del primo ministro in-

¹ H.S. BECKER, *Outsiders*, New York, 1963.

glese Gordon Brown, il quale ha introdotto una formula abbastanza inedita, obbligando i genitori ad assumersi la responsabilità del recupero dei loro ragazzi, se vogliono continuare ad usufruire di benefici sociali).

Fondamentale appare, poi, il ruolo della scuola il cui obiettivo prioritario – una volta riconquistata l’antica autorevolezza – dev’essere quello di far prendere coscienza del proprio “io” e della propria emotività ai giovani, sempre più affogati in un mare di insoddisfazione, alla ricerca di un’identità che non trova espressione se non nell’ambito dei modelli offerti dalla moda e dalla pubblicità. Occorre, cioè, ridare ai giovani fiducia in un futuro che a molti non appare più come una promessa, ma come una minaccia.

A tal fine, occorre favorire la comunicazione ampliando le capacità di ascolto, occorre favorire il senso di fiducia in se stessi, sviluppare le capacità vitali essenziali per una sana crescita, e in particolare curare l’educazione sentimentale, arricchire la sfera emotiva e la relazionalità.

Naturalmente, per ridare fiducia ai giovani, è necessario che accanto all’opera della scuola e della famiglia, vi sia anche quella, fondamentale delle Istituzioni, chiamate ad offrire ai giovani concrete prospettive per il loro avvenire.

Sul piano, poi, dei meccanismi di risposta alla violenza, accanto agli strumenti tradizionali, sicuramente utile può essere considerato quel modello che solo da pochi anni ha iniziato a diffondersi nella nostra cultura, incentrato sulle tecniche di mediazione quale gestione alternativa dei conflitti nascenti dall’assenza di comunicazione che di solito si accompagna al comportamento violento; secondo i fautori delle tecniche di mediazione, la violenza – se non seguita dalla comunicazione, dal dialogo, dal confronto – avrebbe come conseguenza un insanabile conflitto, dovuto proprio a malintesi, a pre-giudizi, a emozioni negative inesprese (rabbia, delusione, umiliazione, paura) e così via.

Il fondamento di questo approccio educativo è rappresentato dal c.d. processo di accompagnamento, consistente in strategie di guida, di sostegno e apprendimento, e basato sull’esempio di modelli comportamentali diversi dall’uso della violenza, al fine di far “disimparare” ai giovani l’uso della violenza come modalità ordinaria di relazione.

Il presupposto su cui si basa la mediazione è che la vita sociale sia regolata da conflitti di diversa origine e natura e che questi possano risolversi attraverso un terzo soggetto, scelto e legittimato dalle parti, che in modo "neutro" favorisca una soluzione condivisa e alternativa agli interessi della singola parte.

In particolare, la cornice normativa che fa da sfondo alla mediazione penale minorile² è il D.P.R. 448/88 all'interno del quale è esplicitamente prevista l'opportunità della riconciliazione fra autore e vittima di reato con l'art. 28 ("sospensione del processo e messa alla prova"). All'interno di questa misura il minore viene inserito in un percorso di responsabilizzazione centrato su alcune attività educative e risocializzative. A seguito dell'analisi di fattibilità è possibile per alcuni casi, che il minore partecipi ad un percorso di riconciliazione con la vittima del reato.

Un'altra esplicita opportunità è data dall'art. 564 c.p.p. in cui, per reati perseguibili a querela, il pubblico ministero, anche prima delle indagini preliminari, può tentare la riconciliazione tra querelante e querelato. Anche all'interno del procedimento che regola l'affidamento in prova ai servizi sociali della giustizia, è previsto che l'autore di reato si adoperi in favore della vittima.

Altre misure del D.P.R. 448/88 vengono utilizzate come possibili ambiti di operatività della mediazione anche se non espressamente prevista. Gli indici normativi sono l'art. 9 ("accertamenti di personalità del minore"), in cui la mediazione è utilizzata per valutare la responsabilità del minore e la consapevolezza delle conseguenze della sua azione; l'art. 27 ("assoluzione per irrilevanza del fatto"), dove la mediazione viene utilizzata dal giudice per la valutazione del danno prodotto dal minore nei confronti della vittima; l'art. 30 ("libertà controllata") che è una misura alternativa alla detenzione in cui il giudice può prevedere come attività prevalente che il minore svolga un percorso di mediazione, dopo averne valutato la sua disponibilità insieme al gruppo di mediazione.

Entrando nel merito della mediazione penale, possiamo definirla come un'attività il cui obiettivo è quello di ricomporre il conflitto tra vittima ed autore del reato, attraverso un mediatore

² In argomento, v., diffusamente, STRANO, DI GIANANTONIO, DE RISIO, *Manuale di Criminologia Clinica*, Marcello Rossini Editore, Città di Castello, 2000.

che in modo diretto o indiretto mette in comunicazione le domande e i vissuti dei due attori in riferimento all'azione-reato e ai suoi effetti sul piano giudiziario e psicologico³. Questa forma di intervento si è diffusa, a partire dagli anni settanta, negli Stati Uniti, in Canada, in Australia e in nord Europa, con numerosi programmi che hanno avuto un notevole successo.

I punti fondamentali su cui si basa la mediazione⁴ riguardano: a) il reato inteso come conflitto tra parti; b) il sistema-autore vittima come punto focale dell'intervento; c) l'accordo tra le parti come risoluzione del conflitto; d) la flessibilità di attuazione delle mediazione dentro e fuori il sistema penale.

Per quanto riguarda il punto *sub a)*, il reato è considerato come il risultato di un *conflitto tra le parti*, di cui una subisce un danno che ha implicazioni simboliche e materiali. Questa impostazione si differenzia da quella dei tradizionali modelli di giustizia come quello c.d. educativo-trattamentale, che considera il reato come il risultato di problemi di personalità da cui la società deve proteggersi, o come quello c.d. retributivo in cui il reato è visto come una infrazione delle regole penali che produce un danno alla società.

Quanto al punto *sub b)*, l'intervento è centrato sul confronto fra le parti. In questo modo, l'autore del reato può confrontarsi con la vittima rendendosi conto delle conseguenze della sua azione, attivandosi in senso responsabilizzante verso di lei. La vittima può non solo comprendere i motivi del reato, ma anche comprendere meglio le proprie strategie personali e di azione, inoltre può essere parte attiva nel chiedere direttamente all'autore del reato cosa questi può fare per lei. L'intervento assume un'ottica "sistemica", superando l'orientamento centrato sull'autore di reato.

Quanto al punto *sub c)*, l'accordo è il principale obiettivo della mediazione: esso rappresenta la ricomposizione del conflitto. L'accordo può essere relativo ad un risarcimento economico, alla riparazione delle conseguenze del reato o alla riconciliazione tra vittima ed autore di reato. Il risarcimento economico viene utilizzato per reati lievi, come piccoli furti; la riparazione delle conseguenze del reato, invece, consiste nello svolgimento

³ Sul punto, v., ancora, STRANO, DI GIANANTONIO, DE RISIO, *op. cit.*

⁴ In argomento, v., perspicuamente, STRANO, DI GIANANTONIO, DE RISIO, *op. cit.*

di un'attività pertinente nei suoi significati simbolici al danno commesso e viene svolta in favore della vittima. La riconciliazione consiste, per quanto riguarda l'autore di reato, nel confronto diretto con le conseguenze del reato, nel riconoscimento della propria responsabilità, in un ruolo più partecipe nel sistema della giustizia. Per quanto riguarda la vittima, l'obiettivo è la rielaborazione del reato, il contenimento della paura di subire altri reati, il recupero di un ruolo attivo nel sistema della giustizia.

Quanto al punto *sub d)*, un aspetto che, segnatamente nei paesi anglosassoni, ha favorito ed incrementato la partecipazione ai programmi di mediazione è il fatto di potere essere svolta in sostituzione del procedimento giudiziario, come forma di depenalizzazione applicata a reati lievi. La mediazione è prevista durante l'esecuzione del programma risocializzativo della giustizia per i minori autori di reato o come alternativa alla misura penale.

Attraverso la mediazione viene ricomposta la comunicazione fra autore di reato e parte lesa, e quest'ultima viene rivalutata nel proprio ruolo potendo partecipare attivamente alla ricomposizione del conflitto, superando l'esigenza retributiva nei confronti di chi ha commesso il reato. La mediazione penale si integra bene con l'ottica risocializzativa della risposta penale che avrebbe in questo modo un suo rafforzamento e un reale compimento rispetto alla logica retributiva e punitiva⁵.

Anche in tale prospettiva la mediazione rappresenta, senza dubbio, una potenziale risorsa per la cultura del cambiamento della giustizia nel nostro paese, anche se queste potenzialità sono difficili da sviluppare a causa del consolidamento dei sistemi tradizionali di tipo retributivo e sanzionatorio. Anche se ci sono delle difficoltà, vale la pena investire nella direzione della mediazione, in termini di sensibilizzazione culturale ed operativa verso chi intende operare nel settore della giustizia, non solo in campo minorile ma anche in quello degli adulti, per favorire questa opportunità innovativa per il sistema della giustizia.

⁵ In questi termini, v. ancora STRANO, DI GIANANTONIO, DE RISIO, *op. cit.*

CRISTIANO CICERO

RIFLESSIONI SU *TRUST* E CATEGORIE CIVILISTICHE
(CON UNA CHIOSA SULLA CLAUSOLA
DI CONCILIAZIONE OBBLIGATORIA)*

SOMMARIO: 1. Tradizione civilistica continentale e proprietà. Il *trust* quale rapporto giuridico fondato sulla fiducia. - 2. Lo stato giurisprudenziale. - 3. La Convenzione dell'Aja e gli elementi costitutivi del *trust*. - 4. Il *trust* e gli istituti domestici. Sua compatibilità con il principio dell'unità del patrimonio. - 5. Il *trust* è negozio di durata?. - 6. *Trustee* e soggetto fiduciario. Le tecniche redazionali. - 7. La clausola di conciliazione obbligatoria.

1. *Tradizione civilistica continentale e proprietà. Il trust quale rapporto giuridico fondato sulla fiducia.* – La tradizione civilistica continentale enfatizza l'assolutezza della proprietà e la tipicità dei diritti reali rispetto agli ordinamenti di *common law* che certamente ammettono la frammentazione della *res* a favore di una pluralità di soggetti¹.

Il *trust*, conosciuto nella giurisprudenza e nella letteratura italiana da quasi un secolo², ha ricevuto una particolare atten-

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione presentata a Cagliari il 20 novembre 2009 nell'ambito del corso su *Conciliazione e contratti d'impresa* diretto dai professori F. Sitzia e C. Pilia, organizzato dalla locale Camera di Commercio e dal Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Univ. di Cagliari.

¹ S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2009, 109; G. VETTORI, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, vol. V, Torino, 2002, 110.

² R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, *passim*; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548.

zione da parte degli interpreti a partire dalla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ormai divenuto oggetto di disciplina positiva dell'ordinamento³. Si può probabilmente riferire, di più, che l'istituto abbia quasi monopolizzato il panorama degli studi comparatistici contemporanei⁴.

Le prime indagini italiane sul tema, probabilmente in ritardo rispetto alla letteratura tedesca (ROTH) e francese (LEPAULLE), erano arrivate alla definizione di *trust* nell'accezione di rapporto fiduciario. Rapporto, più precisamente, derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui che ha su determinati beni o diritti la proprietà formale o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale che non è in lui, a custodirli e (o) ad amministrarli, o comunque a servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può anche essere compreso, o di uno scopo. La definizione divergeva non poco rispetto a quella pacificamente accettata nella letteratura francese, che qualificava il trust come *patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public*.

È noto che le parti possono adottare per contratto il diritto di uno stato terzo, salvo il limite delle norme imperative interne⁵. Il *trust* è istituto tipico della *common law* che, per versatilità e flessibilità, si presta alle finalità più ampie. È opportuno considerare che non esiste una specifica tipologia di *trust* e che, ai fini dell'analisi dei profili civilistici e fiscali, dopo aver individuato i tratti comuni ed essenziali della relativa disciplina occorre cogliere volta per volta, nei casi concreti, le peculiarità dei singoli *trusts*.

Il *trust* si sostanzia in un rapporto giuridico fondato sul rapporto di fiducia tra *settlor* e *trustee*. Il disponente, di norma, trasferisce, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, taluni beni o diritti a favore del *trustee* il quale li amministra, con i diritti e i poteri del

³ C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323.

⁴ V. l'opinione di M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, 256 ss.; da ultimo, v. A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010, 1 ss.

⁵ Rileva GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 87, che il limite delle norme imperative interne può essere superato, "come è accaduto con la Convenzione dell'Aja del 1985".

proprietario, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo pre-stabilito⁶.

L'effetto principale dell'istituzione di un *trust* è la segregazione patrimoniale, in virtù della quale i beni conferiti in *trust* costituiscono un patrimonio separato rispetto al patrimonio del *trustee*, con l'effetto che non possono essere escussi dai creditori del *trustee*, del disponente o del beneficiario⁷. Caratterizzato da una *dual ownership*, vale a dire da una doppia proprietà, l'una ai fini dell'amministrazione – in capo al *trustee* – e l'altra, ai fini del godimento – in capo al beneficiario –, il *trust* esprime un concetto di proprietà non allineato a quello conosciuto nei paesi di *civil law*. È evidente come, in base ai canoni tradizionali del nostro ordinamento, non sia agevole comprendere un simile sdoppiamento di proprietà, né la compressione del diritto di godimento dei beni affidati al *trustee* che pure ne è il proprietario. In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto è invece limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

Il *trust* viene tendenzialmente istituito con un negozio unilaterale, cui si affiancano uno o più atti dispositivi. Se è lo stesso disponente ad essere designato quale *trustee*, si dà luogo a un *trust* c.d. autodichiarato; in tal caso, il vincolo di destinazione sui beni si forma all'interno dello stesso patrimonio del disponente. Qualora il *trustee* sia soggetto diverso dal disponente, il trasferimento al *trust* dei beni, così come la "perdita di controllo" da parte del disponente sui medesimi beni, sono requisiti qualificanti del *trust*. Il disponente può conservare alcuni poteri (come quello di sostituire il *trustee* o nominare altri beneficiari), salva-

⁶ In argomento, si rimanda in generale a M. LUPOLI, *Trusts*, 2^a ed., Milano, 2001, e Id., *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005.

⁷ D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 292, osserva che la funzione economica della segregazione, «tanto quando ci si limita a distaccare dalla garanzia patrimoniale generale un bene od un diritto specifico, quanto nei casi in cui si dà vita ad una vera e propria partizione patrimoniale, consiste nell'incentivo al finanziamento che viene fornito a certi creditori (quelli relativi alla parte di ricchezza segregata). Essi infatti ricevono l'assicurazione che potranno limitarsi a monitorare l'attività e lo stato relativi alla partizione, non potendo le vicende relative al patrimonio generale influire sulla propria garanzia».

guardando in ogni caso l'effettività dell'attribuzione e l'esercizio dei poteri di amministrazione da parte del *trustee*.

Il *trust* può in concreto presentarsi come *trust* liberale, con il quale si dispone di assetti familiari e non, oppure come *trust* commerciale, utilizzabile, ad esempio, per disporre la segregazione di attività dell'impresa, spesso a titolo di garanzia; ancora, come *trust* revocabile (*grantor trust*), quando il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al *trustee* o vincolati nel *trust*⁸, diritti che, con l'esercizio della revoca, rientrano nella sua sfera patrimoniale. È evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di *trust*, pure ammesso in alcuni ordinamenti, ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente; ai fini delle imposte indirette, non si differenzia dagli altri *trusts*.

Avuto riguardo alla struttura, il *trust* può considerarsi come *trust* di scopo, se funzionale al perseguimento di un determinato fine (es. il *trust* di garanzia); *trust* "con beneficiario", quando i beni in *trust* vengono gestiti nell'interesse di un determinato soggetto. Il beneficiario può essere "beneficiario di reddito" e godere delle utilità dei beni in *trust* (ad esempio, percepire periodicamente delle somme) oppure "beneficiario finale" dei beni che gli verranno devoluti al termine del *trust*.

I beneficiari possono essere individuati nell'atto istitutivo o in un secondo momento, direttamente dal disponente o da un terzo designato (*protector*); inoltre, possono essere designati nominativamente o quali appartenenti ad una determinata categoria. Essi hanno azione verso il *trustee* per rivendicare i loro diritti.

2. *Lo stato giurisprudenziale*. – Va rilevato che la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi in argomento già in tempi molto anteriori rispetto alla Convenzione dell'Aja⁹. La prima giurispru-

⁸ Nel caso in cui il disponente sia anche *trustee*.

⁹ App. Cagliari, 12 maggio 1898, in *Giur. it.*, 1898, 612; App. Napoli, 22 aprile 1908; Cass., 21 febbraio 1899, in *Foro it.*, 1899, I, 333; Cass., 29 marzo 1909.

denza di merito che si sofferma sulla qualificazione del *trust* lo riconduce alle categorie civilistiche domestiche e specificamente al negozio fiduciario¹⁰. Il *trust* viene così definito come un negozio giuridico facente parte della categoria dei negozi fiduciari, che può sorgere per volontà di un soggetto privato denominato *settlor* ed in virtù del quale ad un soggetto di diritti denominato *trustee* viene attribuita la proprietà legale su una determinata cosa, e ad un altro soggetto denominato *cestui que trust* la proprietà sostanziale della stessa, ed il primo è tenuto a custodire amministrare ed usare la cosa in *trust* esclusivamente a vantaggio del secondo¹¹. Ad avviso della giurisprudenza richiamata era chiaro come l'istituto del *trust*, con la sua caratteristica essenziale dello sdoppiamento del diritto di proprietà fra due soggetti, non potesse trovare il minimo riscontro nel nostro ordinamento¹².

La più recente giurisprudenza, in senso molto differente, afferma che a seguito della ratifica in Italia della Convenzione dell'Aja, l'istituto del *trust* – che in precedenza era stato osteggiato da qualche isolato precedente di merito – è entrato a far parte dell'ordinamento, quale strumento di segregazione del patrimonio o di parte dei beni di un soggetto (disponente o *settlor*) posto sotto il controllo di un *trustee*¹³. Più precisamente, si afferma, per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona (...) con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico¹⁴. In conseguenza dell'istituzione del *trust*, che deve essere stipulato con il solo onere della forma

¹⁰ V. nota precedente. Sull'argomento, v. almeno N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, *passim*; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 51 ss. Nella vigenza del cod. 1865, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, Cedam, 1933.

¹¹ Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1020.

¹² Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in motivazione.

¹³ Trib. Milano, ord. 10 giugno 2009.

¹⁴ L'espressione, rinvenibile a livello di *obiter* in Trib. Milano, ord. 10 giugno 2009, riporta pressoché testualmente il testo dell'art. 2 conv. Aja; App. Firenze, 9 agosto 2001, ha ritenuto essere valido "il testamento che nomina un *trustee* erede di tutto il patrimonio del testatore, affinché questi lo gestisca e attribuisca rendite periodiche ai beneficiari indicati dal *de cuius*".

scritta *ad probationem*¹⁵, i beni conferiti in *trust* beneficiano della segregazione patrimoniale, non fanno parte del patrimonio del *trustee* e quest'ultimo è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge¹⁶. Nel qual caso, unico legittimato a tutelare le ragioni dei beni conferiti nel patrimonio segregato è il *trustee*, presentando i beneficiari soltanto un interesse, nei confronti di quello, alla corretta attuazione del programma delineato nell'atto di affidamento del disponente.

In tempi abbastanza recenti, la giurisprudenza di merito¹⁷ ha ritenuto che devono essere riconosciuti all'interno dell'ordinamento italiano, in virtù della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, non soltanto i *trusts* internazionali – che presentino cioè elementi di estraneità rispetto a detto ordinamento (residenza del disponente, del *trustee*, dei beni a segregarsi) – ma anche i *trusts* interni, che non presentino alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti in *trust*), né di carattere soggettivo (in relazione alla persona del disponente ovvero a quella del *trustee*), ad eccezione della legge applicabile al *trust*.

3. *La Convenzione dell'Aja e gli elementi costitutivi del trust.* – La Convenzione dell'Aja sui *Trusts* è stata siglata il 1° luglio 1985. L'Italia, insieme a Lussemburgo¹⁸ e Paesi Bassi, è stata la prima firmataria. La Convenzione – ratificata dal Regno Unito il 17 novembre 1989, anche con effetto nei confronti dell'area del *Commonwealth*, e dall'Italia il 17 ottobre 1991 – è entrata effettivamente in vigore il 1° gennaio 1992 in seguito alla terza ratifica ex art. 30 Convenzione. Ancora oggi non hanno provveduto alla ratifica importanti stati come la Francia (che ha provveduto all'emanazione di una legge interna in tema di fiducia, mediante

¹⁵ Trib. Milano, ord. 10 giugno 2009, che riporta l'art. 3 conv. cit.

¹⁶ Trib. Milano, ord. 10 giugno 2009, che riporta l'art. 2, par. 2 conv. cit.

¹⁷ Trib. Milano, 16 giugno 2009.

¹⁸ SASSO, *Trust e fiducie nella nuova legge lussemburghese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1007.

novellazione del codice civile attraverso la previsione nel *livre III* del *titre XIV de la fiducie*¹⁹) e gli Stati Uniti. Il Principato di Monaco ha aderito alla Convenzione a far data dal 1° settembre 2008.

Si reputa che la Convenzione dell'Aja abbia carattere universale, sicché l'Italia è tenuta a riconoscere tutti i *trusts* cui sia applicabile il diritto di uno Stato che li preveda, quand'anche tale Stato non sia tra quelli contraenti²⁰.

L'intenzione perseguita è evidentemente di creare un ponte tra i paesi di *civil law* e di *common law*. La Convenzione si divide in cinque capitoli: 1) campo di applicazione; 2) legge applicabile; 3) riconoscimento; 4) disposizioni generali; 5) clausole finali.

Va evidenziato che la Convenzione all'art. 2 fornisce una definizione di *trust*, perché istituto estraneo alla tradizione degli ordinamenti di tipo romano-germanico. L'art. 2, precisamente, non parla espressamente di contratto, ma sembra piuttosto riferirsi ai *trusts* da atto unilaterale (una sola parte partecipa alla costituzione del trust). La norma all'ult. co. permette la valida costituzione del *trust* anche qualora la qualifica di costituente di *trustee* o di beneficiario confluiscono nella medesima persona.

Il necessario controllo da parte del *trustee* dei beni in *trust* impone la considerazione della sua volontà per la stessa costituzione del *trust*. La ricostruzione in termini di accordo bilaterale è propria del giurista di *civil law* e non di quello di *common law*. Va subito precisato tuttavia che è sbagliato porre il contratto quale fonte del *trust*, giacché potrebbe essere un testamento o addirittura mancare un disponente. In questo senso, si può fondamentalmente affermare che l'atto istitutivo del *trust* sia unilaterale.

¹⁹ Loi n. 2007-211 du 19 Février 2007. Sull'argomento v. soprattutto MEUCCI, *op. cit.*, 324.

²⁰ Ma v. in argomento Trib. Cassino, 8 gennaio 2009: «Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione de L'Aja è possibile negare il riconoscimento di un *trust* interno (quello cioè il cui "centro di gravità" non presenti elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, sebbene la disciplina sia costituita da una legge regolatrice straniera) nel caso in cui il ricorso all'istituto e alla disciplina straniera appaia fraudolento, volto, cioè, a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare. In tal caso, il giudice dovrà valutare se l'atto istitutivo del *trust* sia o meno portatore di interessi meritevoli di tutela senza limitarsi alla semplice definizione dello scopo, ma estendendo l'analisi al programma che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al *trust*».

Il *trust* da luogo ad un istituto certamente curioso per i giuristi continentali, ovvero lo sdoppiamento del diritto originario di proprietà in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei²¹. Vi è allora la creazione di due diritti di proprietà, di diversa natura²², o comunque la coesistenza di diritti reali diversi (ma si valuti il principio – sempre più contestato stante l'assenza nel nostro ordinamento di una norma corrispondente all'art. 543 *Code Civil* secondo cui *on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* – di tipicità dei diritti reali²³) laddove nel nostro diritto civile è noto come non sia dato al proprietario di separare i suoi poteri sulla cosa se non creando diritti reali limitati²⁴.

4. *Il trust e gli istituti domestici. Sua compatibilità con il principio dell'unità del patrimonio.* – Il nostro ordinamento ha in sé indubbiamente molti istituti che presentano analogie con il *trust* [negozio fiduciario²⁵ (fiducia romanistica e di tipo germanico); ne-

²¹ In argomento v. ora R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2009, 37.

²² In argomento, v. almeno L. SANTORO, *Il trust in Italia*, 2^a ed., Milano, 2009, 135 ss.

²³ M. COMPORTE, *I diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1980, 214.

²⁴ Sarebbe in questo senso decisamente auspicabile un intervento legislativo, ricordiamo i non pochi disegni di legge di disciplina del *trust*, nessuno dei quali a quanto consta prende posizione in merito alla natura giuridica del *trustee*. Al contrario non mancano i fraintendimenti, v. ad es. il d.d.l. n. 5494, presentato nella tredicesima legislatura, ove nella relazione di accompagnamento si legge testualmente che "la figura del *trustee* è equiparabile a quella del tutore, a differenza del quale acquista la proprietà dei beni anche se vincolata allo scopo".

²⁵ In argomento, di recente v. almeno C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozio fiduciario*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, Cedam, 2010, 2313; in giurisprudenza, Trib. Cagliari, ord. 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 661, con nota di CICERO: «La categoria del negozio fiduciario da inquadrarsi nell'ambito più generale della fattispecie di interposizione reale di persona, ricomprende sia l'accordo con cui un soggetto trasferisce ad un altro la titolarità di un bene con il patto che ne faccia un uso determinato nel suo interesse, ed eventualmente lo ritrasferisca a lui stesso o ad un terzo (fiducia dinamica), sia l'accordo cui il fiduciario acquista

gozio indiretto; mandato; fondazione, per l'intreccio tra scopo e patrimonio che la caratterizza, intreccio tale da imprimere ad alcuni beni un vincolo di destinazione; fondo patrimoniale; sostituzione fedecommissaria; atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela²⁶.

L'art. 2740, 1° co., c.c., afferma il principio della responsabilità patrimoniale del debitore con tutti i suoi beni presenti e futuri. Il 2° co. dell'art., che risolve un problema assai dibattuto sotto l'impero del cod. 1865, vieta limitazioni convenzionali atte a determinare l'oggetto della responsabilità del debitore²⁷. L'art. 11 della Convenzione dell'Aja, laddove stabilisce che i creditori personali del *trustee* non possano rivalersi sui beni in *trust*, e che i beni in *trust* siano segregati rispetto al patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento, viene invocato quale violazione del principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., perché limiterebbe con fonte pattizia la responsabilità (illimitata) del debitore.

in nome proprio da un terzo un bene con danaro fornito anche in parte dal fiduciante e con l'intesa di riconoscerlo successivamente come titolare del bene acquistato (fiducia statica)». Nella giurisprudenza tributaria, Commis. Trib. Prov. Veneto Treviso, 30 aprile 2009, n. 47, ha stabilito che «Il negozio fiduciario del *trust* soggiace alla disciplina dell'art. 20, D.P.R. n. 131/1986 e, conseguentemente, soltanto laddove siano esso riconducibili effetti traslativi reali le relative imposte indirette dovranno essere computate secondo l'aliquota proporzionale dovendosi, in difetto, riscuotere da parte degli Uffici la sola imposta fissa».

²⁶ S. MEUCCI, *op. cit.*, 104; R. CLARIZIA, *L'art. 2645 ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 545; in giurisprudenza, Trib. Trieste, decr. 7 aprile 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 524, con nota di CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale*, ha stabilito che «mentre la costituzione di un trust interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto del limite dell'ordine pubblico, il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ. dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse».

²⁷ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, 2ª ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Art. 2740, Bologna-Roma, 1955, 12; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1050, e *Id.*, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 19, 2ª ed., Torino, Utet, 1997, 485 ss.

Va rilevato che la nostra dottrina ha fornito una nozione di patrimonio fondata sul principio dell'unità dello stesso²⁸ e tesa a designare la fattispecie della disciplina comune della responsabilità patrimoniale. Il codice civile italiano in realtà non fornisce una disciplina giuridica del patrimonio, e si limita ad utilizzare il termine in norme sparse, ad es. in materia di associazioni e fondazioni (artt. 16, 21, 24, 30, 33), in materia di comunione legale (art. 192), di esercizio della tutela (art. 366), ecc. Il patrimonio è un'universalità giuridica, distinta dai singoli elementi che la compongono. Lo stesso riferimento al termine patrimonio è nella logica del codice polivalente, e attinente di volta in volta al conflitto di interessi patrimoniali, alla situazione patrimoniale, al regime patrimoniale, al danno patrimoniale, alle disposizioni patrimoniali, ai rapporti patrimoniali, ai diritti ed alle azioni aventi contenuto patrimoniale, alla garanzia patrimoniale, alla responsabilità patrimoniale, ecc.

Va tuttavia considerato che il nostro ordinamento conosce ipotesi di separazione patrimoniale. Risalgono già ad alcuni decenni le ricerche sui patrimoni c.d. autonomi e separati²⁹ (eredità giacente; fondo patrimoniale; società fiduciarie; società di investimento mobiliare; fondi speciali per la previdenza; ecc.), con tale locuzione evidenziando il distacco (da un patrimonio) di una massa patrimoniale per dare luogo ad un'unità particolare con una propria destinazione. Caratteristica del patrimonio separato dovrebbe in particolare essere la concentrazione della responsabilità per le obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione³⁰.

La nostra tradizione non ha mai consentito la creazione di vincoli reali non previsti dalla legge³¹. La crescente utilizzazio-

²⁸ V.M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 271 ss.; B. BIONDI, voce *Patrimonio*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 616.

²⁹ V. già L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 280 ss.

³⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1997, 86.

³¹ G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di Bianca, Milano, 2007, 172;

ne del legislatore dei patrimoni separati impone di certo un ripensamento della compatibilità del *trust* con l'art. 2740 c.c. (basta il riferimento ai patrimoni di destinazione, *species* del patrimonio separato, già presenti nel codice, ad es. all'art. 32, in tema di fondazioni, all'art. 1707 in tema di mandato senza rappresentanza, e ora soprattutto all'art. 2447 *bis* sui patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare). Il principio di indivisibilità del patrimonio è così oggi assai ridimensionato. Il principio della responsabilità patrimoniale illimitata non è più di ordine pubblico.

5. *Il trust è negozio di durata?* – Nei contratti di durata (*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro*) il sinallagma sussiste fra il complesso delle prestazioni cui le parti sono rispettivamente tenute l'una verso l'altra, e fra le singole prestazioni reciprocamente dovute per ogni singolo periodo³². Il *trust* quale rapporto giuridico fondato sul rapporto di fiducia tra *settlor* e *trustee* potrebbe forse essere inquadrato tra i negozi di durata. È scontato rilevare, a tale riguardo, che non ogni contratto la cui esecuzione si prolunghi nel tempo vada senz'altro compreso nel concetto negoziale *de quo*. Allo stesso modo non è univocamente contratto ad esecuzione istantanea quello in cui l'obbligo di prestazione si esaurisce *uno actu*.

La durata dell'esecuzione può dare luogo ad una pluralità di atti di esecuzione scaglionati nel tempo oppure ad un "contegno continuativo di esecuzione protratto per un certo tempo"³³. Il *trust* è dunque negozio di durata? Una prima considerazione dev'essere attinente alla terminologia adoperata. Discorro di negozio, infatti, perché si è già rilevato (*supra*, § 1) essere la fonte del *trust* (il più delle volte) un atto unilaterale e non già contrattuale. Vero è, per altri versi, che l'importanza della durata si riflette

G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391, e *Id.*, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, *ivi*, 2000, I, 155.

³² In termini, G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 497.

³³ Testualmente, OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 206, e già in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss., ed *ibidem*, 1944, I, 18 ss.

particolarmente sul rapporto (di durata) e non sull'atto. L'obiezione ulteriore, sollevabile in confronto all'interrogativo proposto, e inerente alla sua stessa utilità, sul presupposto che il *trust* quale istituto di *common law* non può essere indagato secondo le nostre categorie interne, può essere respinto sol che si consideri che comunque il *trust* si trova in concreto a esplicitare gli effetti suoi propri all'interno dell'ordinamento domestico, sì che bisogna inevitabilmente interrogarsi come i nostri istituti si rapportino con esso.

È di tutta evidenza come il fattore tempo possa corrispondere all'interesse alla soddisfazione continuativa di un bisogno durevole. Finora la problematica dei contratti di durata è stata studiata prendendo in considerazione particolarmente l'assicurazione, la fideiussione, il mutuo, la *locatio operis*, ecc. Se prendiamo in considerazione il *trust*, mi vien da pensare particolarmente a quello in ambito familiare istituito magari a favore e a tutela di una persona debole. E così ad es., si rifletta sulla posizione che assume un determinato amministratore di sostegno, nominato a tempo indeterminato, il quale viene autorizzato dal giudice tutelare a istituire un *trust* interno in favore del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Non mi pare che si possa porre in dubbio come nell'ipotesi la determinazione della prestazione sia in funzione del tempo. Determinazione della prestazione in funzione del tempo che ad avviso della migliore dottrina è caratteristica esclusiva dei rapporti di durata.

6. *Trustee e soggetto fiduciario. Le tecniche redazionali.* – Nel negozio fiduciario, fondato nella contrapposizione tra risultato giuridico (trasferimento della proprietà) ed intento economico (risultato ulteriore), può nitidamente distinguersi l'effetto reale rispetto al rapporto obbligatorio. Proprio l'intento economico del negozio fiduciario, individuabile nello scopo per il quale è stato attuato il trasferimento del diritto al fiduciario, deve necessariamente estrinsecarsi in vincoli consistenti sia in obblighi negativi (divieto di distrazione del diritto dallo scopo) sia in obblighi positivi (custodia e gestione dei beni). In quest'ottica, il fiduciario acquista una proprietà piena i cui limiti rivestono efficacia per così dire interna³⁴.

³⁴ A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, II, Padova, 1985, 31.

Appaiono al riguardo evidenti per chiunque le profonde similitudini con il *trust*. Né è possibile porre l'accento sulla distinzione sostanziale tra i due istituti – riscontrabile nell'individuazione della controparte (il fiduciante nel negozio fiduciario e il beneficiario nel *trust*) – per negare la loro analogia. In questo senso, non appare particolarmente agevole sotto il profilo redazionale distinguere il negozio fiduciario rispetto al *trust*. Detto altrimenti, vanno indagati gli elementi di differenziazione in concreto tra i due istituti.

In via esemplificativa, consideriamo la fattispecie classica di negozio fiduciario: A, titolare di un rilevante pacchetto azionario, della cui gestione non vuole o non può temporaneamente occuparsi personalmente, lo "intesta" a un fiduciario (società o persona fisica). Il fiduciario in tal modo diviene titolare del pacchetto azionario, e assume sia l'obbligo di gestirlo nell'interesse di A sia di ritrasferirlo su sua richiesta³⁵. In altri termini, se un soggetto fiduciante cede a scopo di amministrazione fiduciaria un ipotetico diritto di piena e perfetta proprietà, è scontato rilevare come il fiduciario acquisti il controllo e la disponibilità del diritto in questione; altresì appare chiaro come al fiduciario spetterà l'esercizio dei diritti afferenti alla stessa proprietà. Rispetto al *trust* emerge una differenza fondamentale, individuabile credo nella segregazione patrimoniale. Il *trustee* infatti è necessariamente obbligato a tenere i beni in *trust* separati sia dai propri sia da qualsiasi altro bene o diritto a lui intestato. E per conseguenza, si solleva l'esigenza per il *trustee* – ogni volta che si tratti di beni o diritti iscrivibili in registri – di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* del *trust*; a nome del *trust*; oppure infine in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*.

7. *La clausola di conciliazione obbligatoria*. – L'atto istitutivo del *trust* può certamente prevedere una specifica clausola di conciliazione obbligatoria³⁶. E così prevedere che ad es. "il beneficia-

³⁵ L'esempio è tratto da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2001, 681.

³⁶ In argomento, di recente v. G. BERNINI, *L'arbitrato nella composizione delle trust disputes: un valore aggiunto*, in *Notariato*, 2009, 520 ss. Non si può evitare il riferimento, a questo proposito, al recente D.lgs., 4 marzo 2010, n. 28, in

rio, il *trustee*, il guardiano o il disponente, prima di adire l'autorità giudiziaria, siano tenuti a richiedere l'espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione. L'esito della conciliazione è riportato dal conciliatore in una scrittura privata autenticata e da lui sottoscritta".

Spesso si rinviene la clausola che distingue tra "controversie inerenti alla validità del *trust*, regolate dalla legge dello Stato estero scelto dal disponente" (ad es. Gran Bretagna) "e controversie relative alla istituzione o agli effetti del *trust* da deferire alla decisione di un arbitro da nominarsi su istanza di una delle parti".

Dubbi si pongono probabilmente per il *trust* testamentario, a causa del difficile rapporto tra il testamento e la presenza di una clausola arbitrale o comunque di deroga giurisdizionale; se, in altri termini, i successori nel diritto devoluto in arbitri possano opporre la regola della relatività del patto compromissorio oppure siano vincolati all'arbitrato per il fatto della successione.

L'avvocato coinvolto nell'assistenza legale di un progetto relativo all'istituzione di un *trust*, può trovarsi ad assumere diversi ruoli: a) può essere consulente del disponente, del *trustee* e dei beneficiari, cioè di tutti i soggetti che vedono nella costituzione del *trust* la soluzione ad un problema magari di successione ge-

materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: «Art. 5. Condizione di procedibilità e rapporti con il processo: 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza»; sul tema, v. da ultimo I. LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2010, 8 ss.

nerazionale all'interno della famiglia; b) può essere consulente di uno soltanto dei soggetti partecipanti al *trust*; c) può essere infine consulente dello stesso *trust*.

Nel tentativo di conciliazione, in ognuno dei ruoli indicati, la condotta del professionista dovrà essere condotta nel rigoroso rispetto delle norme deontologiche. Tenendo particolarmente a mente l'art. 5 (doveri di probità, dignità e decoro); art. 6 (doveri di lealtà e correttezza), art. 8 (dovere di diligenza); art. 7 (dovere di fedeltà); art. 9 (dovere di segretezza e riservatezza); art. 10 (dovere di indipendenza); art. 16 (dovere di evitare incompatibilità); art. 37 (conflitto di interessi); art. 51 (assunzione di incarichi con precedenti clienti).

CARLO PILIA - ERNESTO D'ALOJA

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E LE CONTROVERSIE INTERESSATE DALLA MEDIAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Il tentativo di conciliazione nella responsabilità medica. - 2. La materia del risarcimento danni derivanti da responsabilità medica. - 3. I soggetti tra i quali intercorre la procedura di mediazione. - 4. Le fattispecie rilevanti ai fini della responsabilità medica.

1. *Il tentativo di conciliazione nella responsabilità medica.* – La recente legge 18 giugno 2009 n. 69, nella parte relativa alla riforma del processo civile, contiene la nuova disciplina della mediazione-conciliazione in materia di contenzioso civile e commerciale (art. 60)¹. L'intervento legislativo si presenta di estrema importanza e riveste un'indubbia valenza sistematica, come è segnalato dalla circostanza che, per un verso, recepisce indicazioni normative sovranazionali che provengono dalle istituzioni europee (Direttiva n. 2008/52/CE)² e, per altro verso, si impone come il testo normativo quadro che non enuncia solamente i

¹ Legge 18 giugno 2009 n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che all'art. 60 ha previsto la Delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, attuata con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e il decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010 n. 180 (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).

² Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale: Sulla direttiva europea in materia di mediazione e conciliazione, e sulla precedente Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo del

principi generali, ma delinea pure le principali regole sostanziali e procedurali dell'istituto giuridico tradizionalmente indicato conciliazione e oggi rinominato mediazione. La rinnovata prospettiva è segnalata anche sul piano lessicale dall'utilizzo del vocabolo "mediazione"³, oramai invalso a livello europeo e internazionale per delineare il procedimento di componimento consensuale della vertenza, riservandosi alla conciliazione la funzione di denominare l'accordo in cui si sostanzia l'eventuale esito positivo della vicenda⁴. In questo contesto transazionale di tutela dei diritti, quindi, la mediazione-conciliazione si colloca nel vasto campo delle tecniche alterative di risoluzione delle controversie che si sono diffuse praticamente in tutti i settori di mercato e delle relazioni giuridiche⁵.

Tra le principali novità introdotte dalla riforma del codice di rito, in particolare, si segnala la prescrizione dell'obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione (conciliazione obbligatoria)⁶, da proporre davanti ad organismi all'uopo costituiti e disciplinati in base alla normativa di attuazione (D.lgs. n. 28/2010⁷ e d.m. n. 180/2010⁸).

2004, v., *ex plurimis*, M.E. DE BONIS, *La proposta di direttiva sulla mediazione nell'ambito delle politiche comunitarie in tema di cooperazione giudiziaria*, in *Contr. impr. eur.*, 2005, 439 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo a dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; N. GIUDICE, *Dalla commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in *Contratti*, 2005, 102 ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1957 ss.; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr. eur.*, 2005, 427 ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.

³ Dall'inglese "mediation".

⁴ Art. 1 D.lgs. n. 28/2010 e art. 1 d.m. n. 180/2010.

⁵ Per le quali è invalso l'acronimo inglese A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*).

⁶ Art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

⁷ Per un approfondito commento sistematico degli articoli del D.lgs. n. 28/2010, tra gli altri, v. A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*,

Le relative disposizioni fissano i contenuti dei criteri generali di professionalità e indipendenza che devono connotare gli organismi, nonché i puntuali requisiti occorrenti per conseguire l'iscrizione nell'albo ministeriale necessaria all'ottenimento dell'abilitazione allo svolgimento dell'attività di mediazione civile e commerciale. Più precisamente, si prescrive che chi intenda agire per la tutela dei diritti disponibili in una serie ampia ed articolata di materie civili e commerciali, prima di adire l'autorità giudiziaria, debba esperire un tentativo di bonario componimento della controversia rivolgendosi ad un organismo accreditato. Il ricorso alla mediazione, peraltro, è incentivato mediante varie facilitazioni anche di ordine fiscale, che hanno la finalità di diffondere l'utilizzo dello strumento stragiudiziale compositivo dei conflitti non solo nei casi e nelle materie in cui è reso obbligatorio per legge, ma anche nelle altre fattispecie per le quali le parti ritengono di avvalersene (mediazione volontaria)⁹, ovvero sia il giudice a invitare le parti all'esperimento del tentativo di conciliazione in relazione alle cause già pendenti (mediazione delegata)¹⁰.

Nell'ambito delle controversie civili oggetto della mediazione assumono un particolare rilievo quelle concernenti la materia della responsabilità medica.

2. La materia del risarcimento dei danni derivanti dalla responsabilità medica. – Il procedimento di mediazione, avente un'uniforme disciplina semplificata quanto alle sequenze, alla durata e ai

Padova, 2010. In relazione ai singoli profili della disciplina v., in particolare, M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, 2010, 616 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 437 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 619 ss.

⁸ Per un primo commento sistematico delle disposizioni del d.m. n. 180/2010, v. AA.VV., *Guida alla mediazione civile*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 11, 2010; A. IANNINI, *Guida alla nuova mediazione e conciliazione. Commento sistematico al D.M. 180/2010*, 2010.

⁹ Art. 5, comma 5, D.lgs. n. 28/2010.

¹⁰ Art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28/2010.

costi limitati¹¹, è normativamente prescritto per un rilevantissimo ambito del contenzioso civile e commerciale. Più precisamente, ai sensi del primo comma dell'art. 5 D.lgs. n. 28/2010, le azioni normativamente assoggettate alla mediazione obbligatoria sono quelle relative alle materie di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante da 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. Le aree conflittuali interessate sono molteplici e presentano tutte una notevole rilevanza sociale, che giustifica l'intervento legislativo deflattivo del contenzioso giudiziario, ma ciascuna di esse, al tempo stesso, risulta caratterizzata da significative peculiarità. Accanto all'osservanza dei principi generali, comuni a tutte le procedure di mediazione rese obbligatorie dalla riforma, pertanto, si impongono regole organizzative e di funzionamento differenziate e adeguate alle singole tipologie di controversie da tentare di conciliare. Soltanto in tal modo, infatti, si riuscirebbe ad attuare la riforma e a dare efficienza al sistema della mediazione in tutti gli ambiti di contenzioso civile e commerciale richiamati.

La flessibilità del sistema, quindi, si impone come elemento indispensabile per scongiurare la paralisi della riforma e, comunque, per evitare che gli auspicati effetti benefici siano limitati a determinati settori dell'intervento normativo, così frustrando le finalità complessive di impatto generale avute di mira dal Parlamento con l'ampia delega conferita al Governo in materia di mediazione civile e commerciale.

In questo senso, tra le varie materie contemplate, particolari attenzioni e regole organizzative e di funzionamento sono richieste dalla responsabilità medica, oggetto di notevole interesse da parte degli studiosi e degli operatori chiamati ad elaborare ed applicare soluzioni giuridiche adeguate ai valori di rango costituzionale contemplati in materia¹². L'assoggettamento alla media-

¹¹ Artt. 3 – 15 D.lgs. n. 28/2010.

¹² Tra i più recenti contributi in tema di responsabilità medica si segnalano, *ex plurimis*, R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 541 ss.; F.R. FANTET-

zione delle controversie relative alla mala sanità ha rappresentato una piacevole novità, che rischia di lasciare profondamente delusi qualora non si riescano a superare le evidenti difficoltà di calare questo tipo di contenzioso complesso e, per tanti versi, esasperato nello spirito, prima che nei meccanismi elastici della riforma processuale.

Sarebbe stato preferibile dare un avvio settoriale alla riforma o quantomeno far precedere la sua applicazione generalizzata da una sperimentazione per gruppi di materie, verificando in concreto le difficoltà di funzionamento della riforma stessa, prima di metterla a pieno regime. Il legislatore avrebbe avuto modo di intervenire e graduare, anche mediante rimodulazioni e successivi adattamenti la disciplina, in considerazione dell'impatto concreto avuto tra gli operatori.

A fronte della differente scelta di sistema operata dal legislatore, in ogni caso, gli interpreti, così come gli operatori pratici, non possono sottrarsi, specialmente in questa fase iniziale di impostazione e avvio della riforma, dall'evidenziarne le criticità, ma anche dal prospettare e tentare di adottare le soluzioni più adeguate, tra quante sono compatibili con l'articolato ordito normativo. Per la responsabilità medica, come per le altre aree del contenzioso, pertanto, si impongono delle puntuali valutazioni ricostruttive.

Per tentare di offrire un contributo pratico alla riflessione occorre prendere le mosse dalla richiamata locuzione utilizzata dalla riforma per individuare la materia della responsabilità medica e, quindi, definire esattamente l'ambito delle controversie oggetto di mediazione. L'art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010 si riferisce testualmente a "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa

TI, *Consenso informato e responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2010, 92 ss.; M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, *ivi*, 2010, 665 ss.; A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Corr. giur.*, 2010, 365 ss.; S. MEANI, *La clinica privata risponde dei danni derivanti da intervento chirurgico anche quando l'operazione è stata eseguita dal medico di fiducia del paziente: osservazioni critiche*, *ivi*, 2010, 199 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno resp.*, 2009, 703 ss.; S. SCIACCA e S. SCOVAZZO, *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica*, *ivi*, 2010, 989 ss.

ad una controversia in materia di (...) risarcimento del danno da (...) responsabilità medica (...).

Nella previsione normativa, quindi, rientra parte significativa del contenzioso relativo alla responsabilità medica, che deve essere puntualmente definito nei termini soggettivi ed oggettivi. Al riguardo, si impone una considerazione unitaria del fenomeno che si sviluppa attraverso un complesso intreccio di posizioni e di condotte rilevanti rispetto alle quali non è sempre possibile e, forse, neppure opportuno, distinguere le azioni che andrebbero promosse o trattate congiuntamente, tanto in sede giudiziaria quanto in sede di mediazione.

3. *I soggetti tra i quali intercorre la procedura di mediazione.* – Sul piano soggettivo è stato chiaramente segnalato come alla locuzione responsabilità medica sia da preferire quella più ampia e comprensiva della responsabilità sanitaria, in quanto maggiormente idonea a segnalare le posizioni di quanti sono, a vario titolo, coinvolti nella erogazione della prestazione sanitaria. Il paziente, sempre più di frequente e, comunque, nella normalità dei casi, per la propria cura non si rivolge al singolo medico, che opera come professionista slegato da una più complessa e strutturata organizzazione. In questo senso, nella cura del paziente il medico è sovente affiancato da altri medici, da altri professionisti della salute coinvolti nell'*equipe* sanitaria e, comunque, dal restante personale normalmente adibito ai vari compiti materiali preparatori, collaterali e successivi alla prestazione sanitaria, ma anch'essi rilevanti ai fini della sua corretta esecuzione. In questa cornice organizzativa complessa occorre pure considerare che sovente l'attività sanitaria è svolta avvalendosi di apposite strutture, che sono in grado di fornire il personale, le attrezzature, i locali e quant'altro occorre per svolgere le prestazioni sanitarie, da quelle più semplici e di *routine* a quelle complesse e specialistiche. In questi casi, l'ente presso il quale viene erogata la prestazione e che spesso intrattiene la relazione giuridica con il paziente può avere la più varia natura (pubblica o privata) e più varia tipologia (enti personificati o non personificati), oltre che dimensione (multinazionali, colossi del settore o piccole unità medico-sanitarie). Solitamente, a tutela delle varie posizioni soggettive coinvolte nella complessa prestazione sanitaria sono stipulate delle polizze

assicurative che intervengono per manlevare gli operatori dai danni provocati agli stessi dipendenti oltre che ai pazienti.

In base ai principi generali della solidarietà debitoria¹³, le posizioni di quanti sono coinvolti nella causazione del danno sono parimenti rilevanti verso la vittima e perciò, da un tale coacervo di rapporti non è possibile prescindere. Malgrado la solidarietà verso la vittima, che può chiedere l'intero risarcimento nei confronti di ciascuno dei coautori del danno, infatti, rimangono da definire i rapporti interni a costoro, ai fini di un riparto di responsabilità in ragione dell'entità della colpa e della gravità delle conseguenze riferibili a ciascuno. Non è quindi ipotizzabile che la procedura di mediazione possa essere promossa dalla vittima della responsabilità sanitaria per ottenere il risarcimento soltanto nei confronti di alcuni, ma debbano piuttosto ipotizzarsi meccanismi di coinvolgimento di tutti i responsabili e di valutazione comparative delle loro posizioni. A tal fine, assume rilievo la disposizione che considera la proposizione di una pluralità di domande relative alla medesima controversia (art. 4, D.lgs. n. 28/2010). Le maggiori difficoltà di coordinamento, tuttavia, attengono alla differente natura e regime dei soggetti passivi e, comunque, alla difficoltà di esaurire la procedura nei quattro mesi di durata massima (art. 6, D.lgs. n. 28/2010). In questo senso, pertanto, occorre che chi intende promuovere la mediazione abbia cura di coinvolgere tutti i soggetti passivi della responsabilità sanitaria e, inoltre, le loro posizioni siano già compiutamente illustrate mediante relazioni tecniche fin dall'avvio della procedura. In questo senso, si potrebbero utilizzare la mediazione volontaria e quella delegata per stringere tutti i soggetti responsabili interessati alla composizione della vertenza, non solo nei confronti della vittima danneggiata, ma anche nei loro rapporti interni. La mediazione, pertanto, potrebbe facilitare la risoluzione dell'intera vicenda, essendo difficilmente percorribile una definizione conciliativa parziale di alcune solamente delle posizioni, se le altre, ad esse variamente collegate, sono lasciate libere nello sfogo giudiziario.

Infine, dall'altro lato della relazione soggettiva si pongono colui o coloro che intendono promuovere l'azione per il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica. Di regola,

¹³ Artt. 1292 ss. e 2055 cod. civ.

la vittima danneggiata è il paziente, che non ha correttamente ricevuto la prestazione sanitaria. Tuttavia, è consolidata nel nostro ordinamento la tendenza ad allargare il novero dei soggetti protetti, ripercuotendosi le conseguenze negative della prestazione sanitaria anche sugli altri soggetti variamente legati al paziente, quali familiari e persone unite da vincoli affettivi anche non formalizzati nel matrimonio.

In presenza di una pluralità di vittime, quindi, sarebbe auspicabile che tutte possano partecipare alla mediazione, possibilmente alla medesima procedura. Questo sarebbe un importante elemento che faciliterebbe la composizione bonaria della vertenza, essendo oltremodo difficile che i responsabili accettino una definizione parziale delle posizioni. La conciliazione con alcune vittime, infatti, costituirebbe un possibile *vulnus* rispetto alla difesa in sede giudiziaria verso le altre vittime. Pur essendo la mediazione improntata alla riservatezza, infatti, non è da escludere che, specie nel caso in cui le vittime siano avvinte da reciproci legami familiari o affettivi, le informazioni sull'esito della procedura possano comunque essere portate all'esterno e, di fatto, rappresentate al giudice.

In ogni caso, la definizione bonaria delle posizioni di alcune vittime, ma non di tutte, determinerebbe rilevanti ripercussioni anche sulle altre. Per un verso, la conciliazione parziale deporrebbe per l'ammissione di responsabilità nei confronti degli autori della condotta lesiva, per modo che gli stessi difficilmente potrebbero in giudizio affermare la propria estraneità ai fatti, specie nei casi in cui la condotta illecita sia la medesima o, comunque, involga una vicenda unitaria. Per altro verso, in sede giudiziaria le altre vittime potrebbero non avere interesse a contenere la loro pretesa nella misura concordata in sede di mediazione. E' verosimile che le vittime possano pretendere e ottenere la condanna degli autori al pagamento dell'intero danno sofferto.

Sul piano procedurale, in conclusione, per evitare questi inconvenienti che possono minare alla radice l'efficienza della mediazione in materia di responsabilità sanitaria, sarebbe auspicabile che tutti i soggetti coinvolti, sia dal lato passivo e sia dal lato attivo, partecipino effettivamente alla procedura. In tal modo, si offrono maggiori possibilità di raggiungere la conciliazione mediante una soluzione concordata e condivisa da tutti,

senza che rimangano aperte pericolose situazioni potenzialmente in grado di stravolgere quell'accordo e le sottese valutazioni. La partecipazione di tutti alla procedura, anche in caso di insuccesso, sarebbe comunque rilevante nella sede contenziosa, ai fini del giudizio sulle spese processuali¹⁴. La possibile valutazione giudiziaria negativa della condotta di chi si sottragga alla definizione bonaria della vertenza offertagli in sede di mediazione ovvero non ritenga neppure di partecipare alla procedura¹⁵ dovrebbe spingere tutti i soggetti coinvolti nella vicenda della responsabilità sanitaria ad un atteggiamento positivo e collaborativo verso la mediazione.

4. Le fattispecie rilevanti ai fini della responsabilità medica. – La responsabilità medica è suscettibile di provocare danni in conseguenza di una pluralità di condotte variamente lesive delle posizioni dei pazienti e, comunque, dei soggetti interessati.

In primo luogo, si può osservare come la condotta dei medici coinvolga valori di primaria rilevanza costituzionale, legati ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.). In particolare, il diritto alla vita, alla libertà personale¹⁶ e alla salute¹⁷, che godono di una tutela pubblicistica e di tipo penale, prima che civile. A tal fine, la mediazione è limitata alla definizione dei profili civilistici legati alle conseguenze risarcitorie dell'illecito in cui si sostanzia la responsabilità medica. In siffatti limitati ambiti, quindi, si deve intendere circoscritta la tutela dei diritti disponibili¹⁸ nelle controversie civili relative alla responsabilità medica. In questo senso è rilevante l'espressa precisazione normativa per la quale la mediazione non si pone come condizione di procedibilità nell'azione civile esercitata in sede penale¹⁹. La disposizione, di contro, sembrerebbe ribadire la necessità, per la vittima, di esperire il tentativo di conciliazione ogni qual volta, pur integrando

¹⁴ Art. 13 D.lgs. n. 28/2010.

¹⁵ Art. 8, comma 5, D.lgs. n. 28/2010.

¹⁶ Art. 13 Cost.

¹⁷ Art. 32 Cost.

¹⁸ Art. 2, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

¹⁹ Art. 5, comma 4, lett. f), D.lgs. n. 28/2010.

un illecito anche penale, la condotta della responsabilità medica sia invocata per chiedere il risarcimento direttamente in sede civile. In questi casi, infatti, la vittima promuoverà la procedura di mediazione per poter adire il giudice civile. Peraltro, potrebbe essere l'autore dell'illecito a percorrere la via della mediazione per ottenere una definizione bonaria della vertenza civile da portare all'attenzione del giudice penale quale circostanza attenuante della condanna²⁰.

Del resto l'accertamento svolto in sede penale, anche prima della sentenza definitiva del relativo giudizio, potrebbe avere chiarito aspetti importanti della vicenda della responsabilità medica, la cui conoscenza favorisce la positiva e pronta definizione della procedura di mediazione senza dovere necessariamente passare per l'intero sviluppo del processo civile. In altri termini, anche per le cause civili già pendenti in materia di responsabilità medica, qualora dall'istruttoria siano emersi elementi utili ai fini della definizione bonaria della controversia, il giudice potrebbe sollecitare la mediazione delegata, che in breve termine è suscettibile di trovare soluzione.

La disponibilità di materiale probatorio formato in sede giudiziaria, sia penale che civile, in pratica, costituisce un elemento significativo che, supportando le posizioni delle parti, è in grado di garantire il rispetto dei brevi termini della procedura di mediazione e, comunque, di favorirne l'esito positivo. Nelle controversie in materia di responsabilità medica, infatti, solitamente è richiesto un complesso accertamento che riguarda la verifica di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi in cui si sostanzia la condotta illecita e le conseguenze lesive che ne scaturiscono per le vittime. Questi accertamenti, in pratica, sono tali da impegnare periti e richiedere tempi lunghi e costi significativi non compatibili con la procedura semplificata della mediazione. Per dare alla mediazione possibilità di successo, in sostanza, occorre che le parti, già al momento dell'avvio della procedura, dispongano della compiuta illustrazione anche sul piano tecnico delle rispettive posizioni. In tal modo si riesce a valutare la consistenza delle ragioni invocate e ad ipotizzare una soluzione ragionevole, che tenga conto anche del prevedibile esito del contenzioso nel-

²⁰ Art. 62, comma 1, n. 6, cod. pen.

l'eventuale successiva sede giudiziaria. In mancanza di tali elementi probatori, che nella fase della mediazione dovrebbero essere dalle parti e dal mediatore valutati e chiariti, anche attraverso l'ausilio di esperti, l'esperimento della procedura non appare fruttuoso ai fini del raggiungimento del possibile accordo conciliativo.

La necessità di avvalersi di un esperto della materia per la mediazione, anzitutto, impone la scelta dell'organismo tra quanti sono iscritti al registro ministeriale e garantiscono la necessaria competenza e professionalità. A tal fine, vengono in rilievo gli organismi abilitati dotati di competenza generale (costituiti dalle camere di commercio²¹ e dai consigli degli ordini degli avvocati presso i tribunali)²², anche in forma associata o convenzionalmente collegata con altri organismi settoriali²³, ovvero gli organismi aventi una competenza specifica che diano precise garanzie di professionalità²⁴, efficienza²⁵, serietà²⁶ e indipendenza²⁷ in questo settore.

La presenza di un medico legale nella procedura che rivesta il ruolo di mediatore (sia come singolo e sia quale componente del collegio) o di esperto tecnico, invero, potrebbe costituire una soluzione organizzativa e di funzionamento assai efficiente, adeguata ai tempi e ai costi contenuti della mediazione. La designazione del mediatore da parte del responsabile dell'organismo²⁸, al pari dell'individuazione dei periti esperti nelle singole questioni oggetto di controversia²⁹, peraltro, dovrebbe tenere conto del concreto tema della disputa. A seconda dei casi, infatti, la mediazione, al pari del giudizio civile sulla responsabilità medica,

²¹ Art. 19, comma 2, D.lgs. n. 28/2010.

²² Art. 18 D.lgs. n. 28/2010.

²³ Art. 7 d.m. n. 180/2010.

²⁴ Art. 60, comma 3, lett. b), legge n. 69/2009.

²⁵ Art. 16 D.lgs. n. 28/2010 e art. 4 d.m. n. 180/2010.

²⁶ Art. 16 D.lgs. n. 28/2010.

²⁷ Art. 60, comma 3, lett. b), legge n. 69/2009.

²⁸ Art. 8, comma 1, D.lgs. n. 28/2010.

²⁹ Art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010.

può presupporre complessi accertamenti in ordine agli elementi dell'illecito civile (la diligenza professionale dei sanitari, il nesso causale tra condotte commissive od omissive e le conseguenti lesioni, la entità e riparabilità delle lesioni e, quindi, la misura del risarcimento), che richiedono una valutazione tecnica e l'assistenza di uno specialista esperto. In altri casi, le fattispecie sono più semplici e non postulano difficili verifiche tecniche, ma capacità di ascolto delle parti, comprensione e abilità nella risoluzione negoziata del conflitto. Il mediatore, di conseguenza, non dovrebbe disporre sempre di conoscenze specialistiche della materia e tantomeno di approfondite nozioni giuridiche.

In conclusione, quindi, la mediazione delle controversie in materia di responsabilità medica avrà approcci e sviluppi assai differenti a seconda dei soggetti coinvolti, delle fattispecie illecite rilevanti e degli aspetti controversi. Sulle parti contendenti, sul responsabile dell'organismo di mediazione prescelto e sul mediatore incombono le conseguenti scelte funzionali a favorire l'individuazione dei più efficaci percorsi finalizzati alla conciliazione. La rilevazione della casistica e l'elaborazione delle migliori prassi in materia favoriranno la conoscenza e permetteranno di migliorare con il tempo gli attesi risultati della riforma della mediazione anche in questa delicata materia.

Pubblicato il 22 dicembre 2010
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari
sul sito web: www.edizioniav.it

Finito di stampare nel mese di gennaio 2011
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