



LE ADR. PROFILI GENERALI

GABRIELLA AUTORINO STANZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La risoluzione stragiudiziale delle controversie: le tecniche ADR. - 3. La normativa comunitaria – 3.1. Il Libro verde COM (2002) 196 – 3.2. La direttiva 2008/52/CE.

1. Negli ultimi decenni si è registrato un forte incremento verso l'utilizzo dei metodi alternativi di composizione delle controversie (*ADR*), rispetto al ricorso alla giustizia ordinaria. Ciò è segno di una nuova spinta culturale che trae la propria origine dagli Stati Uniti e sembra incontrare, in Europa, ampio consenso.

Ubi jus, ibi remedium; ubi remedium, ibi jus? Quale ruolo giuoca questo brocardo, nell'evoluzione del fenomeno?

Il profilo rimediabile è assunto da qualche tempo a osservatorio privilegiato per valutare la crisi del sistema giuridico inteso come sistema complesso di regole formali e norme sostanziali¹. Si discorre, infatti, da parte di esperti di differenti settori del diritto, di “giustizia in mezzo al guado”, ovvero di “mercato delle regole”², inteso quest'ultimo come stratificazione ed accumulo di disposizioni talvolta disarmoniche talvolta addirittura contrastanti, nate per rispondere a domande di giustizia a loro volta disarmoniche o contrastanti, spesso indirizzate a soddisfare l'interlocutore più forte, in un determinato momento storico, quasi che ragionare di rimedi significasse per ciò stesso ragionare di diritti. Ci s'immagina in tal modo di sottrarsi alla rigida gabbia delle regole per affidarsi invece ad uno strumento duttile, spesso fascinati dall'esperienza d'oltreoceano: uno strumento che non appartiene interamente né al diritto né

¹ Penso, a tal riguardo, al convegno organizzato dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato nell'ormai lontano 1987, ed intitolato *Remedies. Forme e tecniche di tutela in diritto comparato*; nonché al volume di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982; e, più recentemente, a U. MATTEI, *I rimedi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2001 (ma già in precedenza lo stesso MATTEI, v. *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Q.*, 1987, p. 341 ss.).

² L'espressione, oramai di uso comune, la si ritrova, ad esempio, nel titolo dei recenti volumi curati da COOTER – MATTEI – MONATERI – PARDOLESI - ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2005.



all'azione, rivolto non a sanzionare la violazione, ma ad assicurare tutela all'interesse protetto.

La rapidità e l'agilità con cui la giustizia informale si è diffusa nell'ordinamento americano (e poi inglese) sono dovute in parte alle caratteristiche strutturali di quei sistemi giuridici³: prevalenza dell'impulso "di parte"; quasi totale assenza della perseguibilità d'ufficio; cultura del patteggiamento. Ma, soprattutto, dipendono dalla mancanza di un insieme rigido di principi codificati in cui dover far rientrare ogni nuovo istituto, come avviene invece nei paesi di *civil law*.

Negli ordinamenti europei che appartengono a questa esperienza, si assiste con frequenza sempre maggiore al ripensamento in senso rimediabile di istituti classici del diritto civile, di categorie che assumono dimensioni inusuali anche quando appartengono al diritto economico. Il civilista carico della tradizione tedesca ricorre ai concetti di "diritti cornice" o "diritti quadro", come ad esempio il diritto generale della personalità, o in quella d'oltralpe l'art. 9 del *code civil*. Essi si mostrano diritti fonte di per se stessi di altri diritti. La prospettiva si estende ad istituti tipici del diritto patrimoniale, a quello dei contratti, alla nuova lettura delle regole in tema di buona fede, di correttezza, di contratto del consumatore, al settore delle responsabilità, e trova ulteriori argomenti, nel diritto europeo, ad esempio nell'enumerazione delle "regole condivise" iscritte nei Principi di diritto contrattuale europeo. Si rimedita sulla *nullité de protection* di esperienza francese⁴, per avallare la prospettiva rimediabile. In ogni caso, si scorge una convinzione di fondo, nel senso che il rimedio precede il diritto ed entrambi si pongono in posizione strumentale della realizzazione dell'obiettivo di *policy* perseguito. Talvolta si ha l'impressione che nel sentire comune il tema del rimedio si sovrapponga, guardato da un diverso osservatorio, alla forza promozionale del diritto. Nella dimensione dianzi descritta, il rimedio è l'altra faccia della medaglia del diritto positivo. Il rimedio, difatti, è momento di reazione dell'ordinamento, ma, al tempo stesso, è tramite della realizzazione, piena ed effettiva, del diritto affermato.

³ Sul punto cfr. U. MATTEI *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2004; O.W. HOLMES, *The common law*, Little Brown & Company, Boston, 1881. Sul piano della comparazione dei modelli, in particolare del rapporto tra ordinamenti processuali, si sottolinea, comunque, la necessità di evidenziare la valenza prevalentemente descrittiva e allusiva delle suddette differenze, non più e non tanto essenziali allo scopo di tracciare la distinzione tra i diversi sistemi. Sul punto cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001.

⁴ All'interno di un'ampia bibliografia, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. t. 1, Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, 21e éd., Paris, 2000 («C'est une nullité de protection. Elle est conçue dans l'intérêt exclusif de la partie incapable ou de la victime de l'erreur, du dol, de la violence ou de la lésion, afin de lui permettre de sortir d'une opération juridique où, par hypothèse, elle subit un tort. Aussi cette partie seule a-t-elle le droit d'exercer l'action en nullité»); H. – L. – J. MAZEAUD - CHABAS - LEVENEUR, *Leçons de droit civil*, 01. 3, *La Famille: mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, 7e éd., Paris, 1995, ma sia consentito altresì rinviare ad G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 523 ss. e spec. p. 570.



Per sottrarsi al rischio d'impantanarsi ancora una volta in classificazioni dogmatiche astratte, di costringere anche il tema delle sanzioni in rigide categorie predefinite, prezioso è il passaggio alla prospettiva assiologica. Quella che muove non dal diritto in sé considerato, bensì dall'interesse ad esso sotteso: in prima approssimazione, il rimedio si mostra per questa via come reazione dell'ordinamento non alla violazione della norma, ma al pregiudizio arrecato – o minacciato – all'interesse concretamente tutelato.

Nuovi significati assume allora l'antico brocardo, e rinnova la sua attualità: certo il rimedio dipende dall'interesse leso, ma, senza il rimedio, non v'è tutela effettiva di quell'interesse.

Lo stesso concetto di rimedio assume una differente dimensione. Esso non è una mera traslazione del *remedy* di matrice anglosassone. Se così fosse, come anche di recente si è sostenuto, al più troverebbe diretta manifestazione nell'applicazione pratica, giurisprudenziale della regola enunciata⁵. Ma se è elemento che precede anche la fase della giustiziabilità del diritto, esso si preoccupa, in prima istanza, della realizzazione dell'interesse affermato.

Il fascino del pensiero d'oltremare, espressione dell'impero culturale nordamericano, rischia di far perdere al giurista europeo il senso della storia, della consapevolezza che il pensato non è altro che pensare che si aggiunge. Così si rischia di trasfondere l'aspetto negativo del realismo americano, riassumibile nella convinzione che la soluzione giudiziale del conflitto dipende essenzialmente da ciò che ha mangiato il giudice a colazione, in un criterio positivo di riordino delle regole giuridiche, senza pensare che in tal modo si sposta al piano della "ineluttabile realtà" un aspetto che è anomalia del sistema, patologia del diritto inteso come esercizio di potere, rispetto alla quale, nell'approccio realista, si rinuncia alla prevenzione e al contrasto, per assorbirla in qualche modo nel sistema. Nella cultura europea, come ricorda un grande maestro, il diritto è ordinamento, è la stessa società che si auto-organizza sul fondamento di certi valori e in questo esprime la società, più che lo Stato. Non appartiene alla superficie della società, ma è al contrario "realtà radicale", cioè connessa alle radici profonde della società. Prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, "esprime i valori di una civiltà e ordinandola la salva"⁶.

Filtrata dal sentire comune della tradizione di civil law, il rimedio ingloba la sanzione.

È preliminare, ancora una volta, intendersi sul concetto di sanzione cui si fa riferimento. Soprattutto in taluni settori, troppo limitante sarebbe racchiudere la nozione di sanzione entro gli angusti confini della punizione⁷. Da tempo, è a tutti noto,

⁵ Sul punto *amplius* U. MATTEI, *I rimedi*, cit.

⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 8.

⁷ Cfr. G. GAVAZZI, *Sanzione. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1992, vol. XXVIII, 4, il quale, in merito al contenuto, discorre di sanzioni afflittive o allettative, a seconda che vi sia disapprovazione o approvazione da parte dell'ordinamento di determinati comportamenti.



l'ordinamento ha operato un deciso ripensamento di tale visione: non vi è né coincidenza né necessaria convivenza tra violazione della norma, sanzione e punizione, specialmente se di quest'ultima si accentua soltanto il movente repressivo.

Diversamente, e ciò vale *a fortiori* nell'ambito che qui interessa, occorre volgere l'attenzione al profilo "positivo" della sanzione, al suo momento promozionale.

Da altro punto di vista, altrettanto errato sarebbe accogliere acriticamente l'affermazione che il diritto non ha altro scopo che di ratificare e dotare di qualificazione giuridica quanto è già avvenuto nella realtà sociale. La realtà sociale è sostanza magmatica, in perenne trasformazione, secondo tempi mutevoli, che talvolta accelera il cammino, talaltra lo rallenta, per ragioni spesso difficilmente comprensibili immediatamente e per intero. E proprio la scienza che i comparatisti orgogliosamente coltivano ha il merito non soltanto di essersi assunta il compito d'indagare sulla molteplicità, attuale, diacronica, della realtà nel suo aspetto giuridico, ma anche di aver mostrato la falsità – talvolta l'ipocrisia – di ogni differente prospettiva. L'ordinamento talora subisce, molto più spesso elegge, consapevolmente oppure no, il modello da perseguire quando conforma la realtà al diritto – o meglio questo alla realtà. E talvolta incide pesantemente su di essa, quando sceglie d'imporre un modello che ancora non si è manifestato nei comportamenti – quantomeno in maniera prevalente –, o addirittura è invisibile a buona parte della collettività, nella molteplicità dei credi e delle ideologie che questa stessa rispecchia. E, in questo momento storico, l'Italia è emblema di tali affermazioni.

Ben lungi dal mostrarsi quale mera traduzione sul piano giuridico della realtà sociale, la regola giuridica, nel nostro campo di indagine, assume il duplice scopo di garantire gli interessi della persona e di offrire un modello, spesso cogente, di comportamento⁸.

In questa visione, il rimedio si allontana ancor più dalla sanzione (ossia dal rimedio inteso quale semplice repressione) per far posto alla sanzione intesa quale sanzione positiva.

Poste tali premesse, è importante precisare che l'abbandono della prospettiva sanzionatoria – intesa come mera punizione – non può e non deve comportare l'abdicazione da parte dell'ordinamento al potere di intervento.

Il che beninteso non si traduce nell'opposta affermazione della necessità di una pan-regolamentazione, di un intervento incisivo ed invadente del diritto nella sfera delle persone. Né sembra possibile mettere seriamente in discussione l'accresciuto spazio assegnato, in molti settori una volta ritenuti ad essa impermeabili, come ad esempio la formazione delle vicende familiari, all'autonomia privata.

⁸ La questione è complessa e meriterebbe un approfondimento che, in questa sede, non è possibile dedicarle; in via riassuntiva si rimanda al nostro *Diritto di famiglia*, 2° ed., Torino, 2003, *passim*.



Piuttosto, occorre ribadire l'esigenza che l'autonomia privata conviva con un potere di ingerenza di un'autorità sovraordinata⁹. La medesima conformità, sotto altro profilo, deve essere assodata nei rapporti tra i valori costituzionali ed il riconoscimento di una meritevolezza di tutela delle istanze, che provengano da minoranze o da esperienze giuridiche divergenti¹⁰.

In definitiva, volendo ragionare per trend, mi sembra che, sotto questo profilo, vi sia una certa armonia, seppur per grandi linee, a livello europeo, tenuto conto delle posizioni giurisprudenziali che muovono verso obiettivi e finalità analoghi.

Esiste ormai da anni anche nel nostro Paese una progressiva diffusione dei meccanismi conciliativi, anche grazie ai numerosi interventi propulsivi dell'Unione Europea¹¹.

I sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti vengono oggi recepiti dal legislatore italiano, dopo una serie di interventi parziali, tramite l'approvazione del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 *in materia di conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Le nuove norme sulla *mediazione* finalizzata alla *conciliazione* al fine di deflazionare i processi e di diffondere la cultura del ricorso a metodi alternativi sono entrate in vigore il 20 marzo 2010; tranne la norma di cui all'art. 5, comma 1, che prevede varie ipotesi di tentativo obbligatorio di mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, la cui efficacia è stata posticipata al 6 marzo 2011 (dopo 12 mesi dalla pubblicazione).

Le disposizioni introdotte dal decreto al fine dichiarato di rafforzare la mediazione come strumento necessario per la diminuzione del carico di controversie gravanti sul sistema giustizia in Italia evidenziano il crescente riconoscimento che

⁹ Sul punto v. G. AUTORINO STANZIONE, "Autonomia privata" e *Family Relationships Between Legal and De Facto Situations*, in *Rapports Nationaux Italiens au XVI^e Congrès International de Droit Comparé - Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law* (Brisbane, 2002), Milano, 2002, e *ivi* ulteriori richiami bibliografici. La relazione è pubblicata anche nei *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. STANZIONE, n. 27, Salerno, 2002.

¹⁰ A. A. AN-NAIM (ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, London, 2002; ALAMI – HINCHCLIFFE, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, London, 1996; D. HINCHCLIFFE, *Polygamy in Traditional and Contemporary Islamic Law, Islam and the Modern Age*, Vol.1/8 1970, 13 ss.; nonché, all'interno della letteratura giuridica in lingua italiana, v. G. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Not.*, 1987, 233, oltre al volume di ALUFFI BECK – PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, 1990, dove si analizzano in dettaglio le riforme vissute dal diritto di famiglia nel mondo arabo (in particolare in quello nordafricano, cui *adde* la recente riforma marocchina del *Moudawana* del febbraio 2004, su cui v. A. CILARDO, *La riforma del diritto di famiglia in Marocco*, in *Studi in onore di R. Tamburello*, Napoli, 2004).

¹¹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale; Libro Verde del 19.04.2002, COM(2002) 196, relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.



l'istituto della mediazione sta ottenendo sia negli ambienti giuridici che tra gli operatori del mercato.

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

In quest'ottica, ad esempio, il decreto prevede, al fine di evitare che il tempo necessario per intraprendere un percorso di mediazione possa andare a danno della parte istante, che la domanda di conciliazione, che dovrà evidentemente contenere l'individuazione del diritto fatto valere, interrompa e sospenda la prescrizione del diritto in oggetto (art. 5, comma 6).

E' stato, d'altra parte, sottolineato che un percorso di mediazione può avere possibilità di riuscita solamente se le parti scelgano liberamente di intraprenderlo, cosicché la previsione dell'obbligatorietà, pur se considerata costituzionalmente legittima¹², non aiuta a favorire la riuscita della conciliazione, snaturandone piuttosto la sua essenza volontaristica¹³.

La normativa, secondo questo orientamento, non lascerebbe molti spazi all'autonomia privata proprio in un settore squisitamente negoziale, assumendo caratteri eccessivamente restrittivi. La mediazione, infatti, è un percorso destinato al successo soltanto se le parti in conflitto comprendono il senso e l'utilità di una soluzione che focalizzi l'attenzione sugli interessi più che sui diritti.

Non manca chi ha sottolineato, inoltre, come non tutte le conciliazioni siano eguali, nel senso che possono ottenere conciliazioni "cattive" e conciliazioni "buone"¹⁴. Sono "cattive" le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che possiede un potere di incidenza maggiore dell'altra. Sono "buone", al contrario, le conciliazioni che fanno ottenere alla parte proprio tutto quello di cui ha diritto o soddisfi ugualmente il proprio interesse.

Risulta piuttosto evidente, secondo tale impostazione, il pericolo che molte sarebbero le conciliazioni dove una parte, spaventata e scoraggiata dalle esasperanti durate del processo, si senta costretta ad accettare accordi non effettivamente convenienti attratta dalla necessità di chiudere e monetizzare la controversia, in virtù della convenienza economica di accettare una soluzione meno soddisfacente piuttosto che attendere per anni l'integrale soddisfacimento.

¹² C. Cost. 51/2009: "la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo".

¹³ M. BOVE, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, n. 13, 2010, p. 11 ss.

¹⁴ S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in *www.ilcaso.it*.



Ulteriore aspetto positivo del decreto consiste nella volontà di assicurare una procedura di mediazione corretta, posto che il legislatore si preoccupa dell'imparzialità e della professionalità del mediatore, come già avvenuto per la conciliazione societaria. La nuova normativa si preoccupa, in particolare, della professionalità dei singoli mediatori, richiedendo garanzie di serietà ed efficienza agli enti, pubblici o privati, che intendano costituire gli organismi (art. 16, comma 1), l'iscrizione in apposito registro e la vigilanza sui medesimi operata dal Ministero della giustizia, i requisiti di qualificazione professionale del mediatore da stabilire con decreto ministeriale, la previsione di un albo dei formatori presso lo stesso ministero (art. 16, comma 5). In quest'ottica è da considerare appropriata anche la previsione di conciliazioni "specializzate" grazie all'istituzione di organismi presso gli ordini professionali (art. 19 comma 1) indirizzati alla soluzione di controversie nelle materie di competenza dei professionisti aderenti ai singoli ordini.

La nuova disciplina in tema di conciliazione delle controversie civili e commerciali appare, dunque, densa di spunti positivi ed utili per l'efficiente funzionamento del nostro ordinamento, pur non risultando esente da nodi problematici e riflessioni critiche in relazione alla sua concreta applicazione, che forse solo l'effettiva attuazione potrà contribuire a sciogliere.

Tanto più necessario è il richiamo al sistema di regole e di valori che caratterizzano l'ordinamento in cui il nuovo istituto si va a collocare, influenzando su di lui, ma essendone a propria volta plasmato.

2. L'acronimo "ADR" sta tradizionalmente per *Alternative Dispute Resolution* e contraddistingue un'eterogenea categoria di tecniche e procedimenti (mediazione, conciliazione, negoziazione, arbitrato) che hanno il vantaggio di permettere una veloce ed efficace risoluzione delle liti o conflitti, riducendo l'eccessivo carico giudiziario e migliorando la qualità della funzione giudiziaria.

Le caratteristiche comuni delle ADR sono quelle di gestire la controversia con tecniche semplificate e contenute nel tempo e nei costi, basate su competenze più specifiche e dunque più adeguate al contesto sociale. Gli accordi proprio perché condivisi e non calati dall'alto sono più facilmente rispettati. Tali sistemi, inoltre, facilitano la durata delle relazioni commerciali e interpersonali, non pregiudicando però il diritto di rivolgersi in ogni momento all'autorità giudiziaria.

Dall'utilizzo delle ADR deriva una limitazione delle spese che le parti dovrebbero affrontare in caso di processo e una riduzione dei tempi della risoluzione della controversia, soprattutto negli ordinamenti nei quali i tempi della giustizia sono particolarmente lenti. Sono dunque strumenti particolarmente utili per la risoluzione di controversie di valore economico non elevato (come alcune controversie che



riguardano i consumatori), in relazione alle quali gli strumenti giurisdizionali non appaiono appropriati¹⁵.

Il forte grado di flessibilità di tali strumenti, inoltre, consente di ridurre la complessità del procedimento e la difficoltà nell'individuazione delle regole applicabili, con conseguenze positive in termini di accesso alla giustizia soprattutto nelle controversie caratterizzate dalla presenza di una parte più debole. Il ruolo di primo piano giocato dalla volontà delle parti, infatti, fa sì che esse stesse possano decidere la procedura da seguire e prendere in considerazione una gamma ampia di interessi, disponendo liberamente del diritto controverso¹⁶.

Le *ADR*, d'altro canto, portando a una soluzione condivisa del rapporto litigioso, consentono alle parti stesse di non compromettere i loro rapporti reciproci¹⁷. A ciò si aggiunga che le *ADR* potrebbero costituire uno strumento adeguato nei casi di controversie caratterizzate da un alto grado di tecnicità, per la risoluzione delle quali è necessario l'intervento di un soggetto con competenze specifiche¹⁸.

Si è, pertanto, opportunamente sottolineato che la conciliazione è *efficace*, perché permette di risolvere la lite fra le parti, senza le pesanti formalità che caratterizzano la giustizia ordinaria; *riservata*, perché consente alle parti di comunicare in un ambiente protetto e sicuro; *economica*, perché i costi sono ridotti in rapporto a quelli previsti per la giustizia ordinaria; *veloce*, perché, in media, la procedura si esaurisce in un solo incontro; *flessibile*, perché le regole procedurali si adattano alle concrete esigenze delle parti; *costruttiva*, perché consente di mantenere, rinforzare ed eventualmente recuperare il rapporto professionale fra le parti; *priva di rischi*, perché, avviata la procedura conciliativa, le parti non sono obbligate a raggiungere un accordo e nessuna decisione viene loro imposta¹⁹.

I giuristi nel nostro Paese non hanno mostrato subito particolare benevolenza nei confronti delle tecniche *ADR* e della mediazione, sia per una resistenza di tipo ideologico-culturale²⁰, sia per una riluttanza che nasce dal pregiudizio della mediazione come uno strumento sostitutivo dei sistemi giurisdizionali tradizionali, non ancora

¹⁵ E. SEVERIN, *What Place is there for Civil Mediation in Europe?*, in G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004.

¹⁶ M. F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 s.

¹⁷ V. VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. Forense*, 2005, p. 359 s.

¹⁸ S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2003, p. 743 ss.

¹⁹ S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, cit.

²⁰ Si ricordi la tradizionale contrapposizione tra cultura giuridica e cultura psico-sociale. Sul punto si veda: G. GULOTTA, P. COSSA, *La mediazione: cultura giuridica e cultura psicologica*, in *La mediazione familiare: per una regolamentazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, Milano, 1994.



adeguatamente disciplinato, pertanto inidoneo a salvaguardare le garanzie fondamentali.

In particolare, in relazione al tema del rapporto tra tutela giurisdizionale e mediazione, riconoscendo la difficoltà con cui il sistema tradizionale interviene su tutti i tipi di conflitto, si ritiene²¹ che la mediazione rappresenti una risorsa adeguata ed opportuna, ma non sostitutiva del sistema legale, considerato pur sempre garante dei diritti fondamentali.

Lo spazio della mediazione non sarebbe, infatti, quello che si ricava dall'arretramento del diritto e della giurisdizione sovraccarica, ma quello definito dalla sfera dei legami sociali che richiedono una modalità di gestione diversa da quella giuridica²².

Le tecniche *ADR* non si traducono in una semplice alternativa alla giustizia, ma rappresentano, piuttosto, una modalità di regolazione sociale che si affianca al diritto nella gestione delle controversie²³.

L'alternatività rispetto ai tradizionali mezzi aggiudicativi sta nel fatto che non si tende ad attribuire ragione o torto ad una delle parti in base all'applicazione del diritto, piuttosto attraverso un'opera maieutica di emersione degli interessi in gioco al fine di fornire ai confliggenti una prospettiva compositiva.

L'utilizzo delle tecniche *ADR* mostra che, nella maggioranza dei casi, le parti in lite raggiungono obiettivi soddisfacenti e che spesso vengono addirittura generate occasioni per lo sviluppo ed il mantenimento di future relazioni: fattore questo vitale, soprattutto nei casi di controversie commerciali, tanto quanto lo è nei rapporti umani genericamente intesi.

Il ricorso al giudice, per contro, se risponde ad una primaria esigenza di vedere affermata l'istanza di giustizia, richiede tempi e costi maggiori e spesso si rivela insoddisfacente, per la soggezione ad un sistema procedurale che tende a prevaricare sui problemi reali in gioco e sul *focus* della lite.

Uno dei motivi dello sviluppo dei sistemi *ADR* è proprio la risposta che questi hanno saputo dare alle difficoltà e all'incapacità dello Stato di far fronte, in modo efficiente ed adeguato, alla domanda di giustizia da parte delle società civili.

La dimensione del processo, con le proprie regole e la connaturata rigidità strutturale, con i propri termini e scadenze, non è in grado di accogliere e gestire efficacemente le numerose richieste di giustizia che passano attraverso i normali strumenti di avvio del giudizio (citazione, ricorso).

Tale insoddisfazione si spiega non soltanto in considerazione di una inadeguatezza dell'intero sistema a far fronte a ogni richiesta di giustizia in tempi rapidi e con un risultato soddisfacente per entrambe le parti in conflitto, ma anche per la

²¹ G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *dir. fam. e pers.*, 1995, fasc. 4, p. 2.

²² G. COSI, M. A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Giuffrè, Milano, 2003.

²³ C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007.



fastidiosa sensazione, percepita da chi è coinvolto nel conflitto, di essere considerato un numero, identificato con un fascicolo.

Le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi ed i costi sopportati in occasione di tali procedimenti ad aumentare. L'accesso alla giustizia è, d'altra parte, reso ancora più difficile dalla quantità, dalla complessità e dalla natura tecnica dei testi legislativi.

In particolare, questa situazione patologica a cui si riconduce l'amministrazione della giustizia in Italia²⁴ è la conseguenza di una molteplicità di fattori fra loro correlati, quali: la disinvolta propensione all'instaurazione di giudizi ordinari per il riconoscimento dei propri diritti; l'ingente mole di materiale che in ogni processo viene ad accumularsi; le manovre dilatorie, non sanzionate; la carenza di strutture e la limitata familiarità con la informatizzazione della gestione del contenzioso civile; ed infine, ma non meno importante, l'ingente arretrato che sommerge le vie giudiziarie.

La inefficienza del sistema giustizia si riflette soprattutto sulle controversie di valore patrimoniale esiguo (cause bagattellari o cc.dd. *small claims*), come accade spesso in quelle in cui è parte un consumatore. La dilatazione dei tempi di svolgimento del processo civile, nonché i costi della difesa, non sono compensati dai benefici che può apportare un provvedimento giurisdizionale favorevole, pertanto lo stesso consumatore è spesso indotto a rinunciare ai propri diritti²⁵.

Lo stesso accade nelle ipotesi in cui i soggetti coinvolti nella controversia appartengono ad un gruppo o sono coinvolti in una relazione economica durevole alla quale non hanno interesse a sottrarsi.

Il ricorso al rimedio giurisdizionale può, dunque, provocare una frattura insanabile, a differenza di una risoluzione stragiudiziale della controversia, strutturalmente idonea a preservare le relazioni tra le parti.

I sistemi di *ADR* si collocano, dunque, pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia. Essi svolgono, appunto, un ruolo complementare e non semplicemente alternativo rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto tali metodi spesso sono più adatti alla natura delle controversie. Le *ADR* permettono alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso ai sistemi tradizionali.

Sembra opportuno evidenziare il ruolo di tali istituti quali strumenti al servizio della "pace sociale". Nelle tipologie di *ADR* in cui i terzi (mediazione, conciliazione, negoziazione) non prendono alcuna decisione, le parti non si affrontano più ma, al contrario, s'impegnano in un processo di riavvicinamento e scelgono, esse stesse, il

²⁴ S. PELLEGRINI, *La litigiosità in Italia: un'analisi sociologico-giuridica*, Milano, 1998; F. GALGANO, *Giustizia civile e litigiosità*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 1, p. 326; G. VERDE, *La giustizia italiana nel 2000*, in *Foro It.* 2000, 2, 47.

²⁵ C. TROISI, *op. cit.*, 2007.



metodo di risoluzione del contenzioso svolgendo, quindi, un ruolo più attivo in tale procedimento al fine di trovare la soluzione a loro più conveniente.

Questo approccio consensuale aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni, siano esse di natura commerciale o altro.

Obiettivo primario in materia di giustizia dovrebbe essere rappresentato dall'opportunità di offrire la possibilità ai soggetti di diritto di avere accesso ad una forma di tutela giudiziaria tempestiva, efficace e qualitativamente adeguata, animando e promuovendo le procedure stragiudiziali che, oltre ad essere reali alternative al ricorso alla giurisdizione, si presentano anche come strumento di allargamento dell'area della tutela offerta ai diritti dei cittadini.

3. Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie sono protagoniste di costante interesse nell'ambito delle politiche dell'Unione Europea sia grazie alla particolare attenzione che esse hanno suscitato all'interno dei singoli Stati membri, sia in virtù della diffusa consapevolezza della concreta espansione e utilità che tali strumenti stanno avendo negli ultimi anni e della connessa necessità di una regolamentazione omogenea che solamente a livello comunitario si potrebbe garantire.

Lo sviluppo dei metodi *ADR* è in costante aumento in Europa, tanto che negli ultimi anni sono stati numerosi gli interventi normativi che hanno fatto riferimento al ricorso alle procedure conciliative e arbitrali. Le *ADR* non rappresentano, come ormai pacificamente riconosciuto, soltanto una modalità per deflazionare il contenzioso, ma rappresentano una risposta alla necessità di un cambio di paradigma che valorizzi la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti.

La Direttiva 2008/52/CE costituisce solamente l'ultimo tassello di un processo ormai piuttosto consolidato che ha visto la crescente attenzione delle istituzioni comunitarie verso le procedure stragiudiziali, specialmente per le controversie in materia di consumo, riconosciute quale strumento appropriato ed efficace al fine di garantire un migliore accesso alla giustizia²⁶.

Nei vari documenti prodotti dall'Unione Europea l'accesso alla giustizia viene considerato un corollario dei diritti fondamentali attribuiti dalle norme comunitarie. Ciò, in quanto il diritto comunitario non può creare diritti sostanziali senza garantire ai loro titolari meccanismi che ne assicurino un esercizio effettivo.

A livello comunitario i principali riferimenti normativi in tema di *ADR* sono:

– 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;

²⁶ M. MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella direttiva 2008/52/CE*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 855.



- Raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 riguardante i principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo;
- Risoluzione 25 maggio 2000 “EEJ-Net” del Consiglio, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo;
- Direttiva 2000/31/CE dell’8 giugno 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno;
- Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2001 (A5-0134/2001) sull’azione adottata in merito alla politica comunitaria concernente la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo;
- Libro Verde 19 aprile 2002 della Commissione;
- Direttiva 2008/52/CE.

I primi due interventi della Commissione sono dedicati alle procedure stragiudiziali valutative (raccomandazione 1998/257/CE), quelle cioè che prevedono l’intervento di un terzo che non solo promuove la composizione ma prende una posizione in merito alla controversia²⁷, e alle procedure con base prevalentemente negoziale, il cui obiettivo consiste principalmente nel mettere le parti in comunicazione (Racc. 2001/310/CE).

La **Raccomandazione 98/257/CE** individua sette principi ai quali le varie procedure valutative si devono attenere: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, legalità, efficacia, libertà e rappresentanza. A tal fine la U.E. individua tre settori d’intervento: 1) semplificazione e miglioramento delle procedure giudiziarie; 2) miglioramento della comunicazione tra gli operatori economici professionali e i consumatori; 3) procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo.

La portata di tale raccomandazione, come anticipato, è tuttavia limitata a procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla composizione di una controversia mediante l’intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione. Essa non riguarda procedure che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso.

L’interesse per i metodi alternativi di risoluzione delle controversie viene avvertito dagli organi comunitari in concomitanza con l’espansione delle attività economiche nel mercato interno, che, grazie all’ausilio delle nuove tecnologie,

²⁷ Il *considerando* n. 9 prevede che: “La presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l’intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; che, di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”.



all'aumento delle vendite a distanza, unitamente all'introduzione dell'euro, all'avvento del commercio elettronico, rende sempre più frequenti gli scambi transfrontalieri, trasformando così i consumatori nazionali in consumatori, appunto, transfrontalieri.

E' evidente, però, che lo sviluppo del commercio transfrontaliero, e segnatamente dell'*e-commerce*, dipende fortemente dal grado di affidabilità che si riesce a infondere nei consumatori circa l'effettività del diritto esercitato. Il consumatore deve poter confidare in un sistema che gli consenta, nel caso di controversie con il prestatore del bene o del servizio, di poter ottenere in modo semplice ed efficace tutela delle proprie ragioni. Proprio in tale direzione si è rivolta la Commissione europea con l'emanazione della Raccomandazione 2001/310/CE.

A livello nazionale, l'adozione della **Raccomandazione 2001/310/CE**, ha comportato una mutazione della concezione della conciliazione sul piano pratico, perché con la Raccomandazione 98/257/CE era nata, dunque, un'interpretazione della procedura tendenzialmente di tipo valutativo, mentre la nuova raccomandazione ha fatto riferimento alle procedure stragiudiziali cc.dd. facilitative, ossia caratterizzate dall'intervento di un terzo, sprovvisto di potere autoritativo, il quale si limita a riavvicinare le posizioni delle parti promuovendo una soluzione concordata della controversia.

Nella Raccomandazione sono esplicitati alcuni principi fondamentali²⁸, confermativi di quelli enunciati nella Raccomandazione del 1998, quali l'imparzialità, la trasparenza, l'efficacia e l'equità, che dovranno essere rispettati da tutti gli organi terzi, responsabili delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Il documento prende le mosse dalla necessità, di cui si fa carico la Comunità, di assicurare ai consumatori un elevato livello di protezione e di promuovere la fiducia dei consumatori attraverso un accesso semplice ed effettivo alla giustizia,

²⁸ Il *considerando* n. 9 prevede che: "I principi enunciati nella presente raccomandazione non tangono i principi fissati nella raccomandazione 98/257/CE della Commissione che dovrebbero essere rispettati dalle procedure extragiudiziali che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione, generalmente attraverso una decisione di natura vincolante o non vincolante nei confronti delle parti. I presenti principi devono essere rispettati da qualsiasi procedura basata sull'intervento di terzi, indipendentemente dalla sua denominazione, che agevoli la risoluzione di una controversia il consumo facendo incontrare le parti e assistendole, ad esempio formulando suggerimenti informali sulle opzioni di composizione, nel raggiungimento di una soluzione di comune accordo. I principi sono limitati alle procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo designate quali alternative alle risoluzioni delle controversie in un tribunale. Quindi i meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti da un'azienda o condotti direttamente coi consumatori a laddove tali servizi sono affidati a terzi per conto dell'impresa sono esclusi in quanto costituiscono parte delle usuali discussioni tra le parti prima che si materializzi una controversia suscettibile di essere sottoposta a un organo terzo responsabile della risoluzione delle controversie o a un tribunale".



incoraggiando e agevolando la composizione delle controversie in materia di consumo fin sul nascere.

Gli sforzi degli organi comunitari diretti a garantire un miglior accesso alla giustizia si sono, negli ultimi tempi, indirizzati non soltanto verso la ricerca di strumenti che facilitino l'accesso alla giustizia ordinaria, ma soprattutto verso lo sviluppo di metodi di prevenzione delle controversie e di risoluzione alternative di quelle eventualmente insorte. I metodi di risoluzione alternativa delle controversie sono considerati efficaci strumenti per rendere effettivo l'esercizio del fondamentale diritto della libera circolazione di beni e servizi all'interno dell'Unione Europea.

Anche nella successiva Comunicazione della Commissione, la **COM (2001)161** del 4 aprile 2001²⁹, si esplicita che le procedure "RAC" (risoluzione alternativa delle controversie) fanno riferimento ad organi stragiudiziali che costituiscono un'alternativa alla giurisdizione ordinaria, sia attraverso i meccanismi di risoluzione delle controversie sia attraverso decisioni vincolanti o raccomandazioni, sia – ancora - attraverso la facilitazione dell'accordo tra le parti. Si afferma anche che l'organizzazione e la gestione delle procedure di RAC possono essere affidate sia alla pubblica amministrazione sia ai privati, assumere la forma di sistemi di *ombudsman*, di commissioni dei reclami nell'interesse dei consumatori, di un mediatore privato, di associazioni di categoria, ecc.

Nella citata Comunicazione, inoltre, si conferma che le procedure stragiudiziali hanno caratteristiche differenti, difficilmente classificabili in un'unica voce, e sono più o meno efficaci a seconda delle circostanze. Ne emerge che l'unica differenziazione utile è, appunto, quella tra procedure nel cui ambito un terzo neutrale propone o formula una decisione e quelle nel cui ambito il terzo neutrale cerca di fare incontrare le parti e le assiste nel trovare una soluzione condivisa.

Inoltre, viene precisato nella Comunicazione: «Sebbene la raccomandazione 98/257/CE abbia fissato principi per assicurare la fiducia dei consumatori nelle procedure extragiudiziali, essi si limitavano agli organi extragiudiziali laddove un terzo propone o impone una decisione per risolvere la controversia. Onde assicurare una maggiore scelta e flessibilità ai consumatori, soprattutto alla luce del commercio elettronico (*e-commerce*) e degli sviluppi intervenuti nella tecnologia delle comunicazioni, la presente comunicazione concerne una raccomandazione della Commissione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo non coperti dalla raccomandazione 98/257/CE».

Con la **Risoluzione 25 maggio 2000 "EEJ-Net"** del Consiglio, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, si intende garantire ai consumatori un accesso rapido, semplice,

²⁹ Comunicazione della Commissione n. 161/2001, in tema di *Ampliare l'accesso dei consumatori alla risoluzione alternativa delle controversie*.



economico ed efficace ai meccanismi extragiudiziali (o di “risoluzione alternativa delle controversie”, RAC) nell’UE.

La continua espansione delle attività economiche nell’ambito del mercato interno implica che un numero sempre crescente di attività dei consumatori non si svolga più all’interno del paese di appartenenza. La progressiva crescita del commercio elettronico, la moltiplicazione dei viaggi e l’introduzione dell’Euro hanno portato ad un aumento delle controversie transfrontaliere. Perché i diritti dei consumatori ottengano il valore dell’effettività le istituzioni comunitarie ritengono necessario incoraggiare meccanismi che ne garantiscano un esercizio efficace.

L’EEJ-Net è pertanto un meccanismo di comunicazione e di sostegno che offre, a breve termine, la soluzione al grave problema per i consumatori di superare gli ostacoli all’ottenimento di una compensazione da parte di un organo extragiudiziale situato in un altro Stato membro, a lungo termine, la sua struttura flessibile consentirà di evolversi e di incorporare i nuovi programmi RAC che nasceranno e che si baseranno sulle nuove tecnologie.

Si è poi avuta la **Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2001** (A5-0134/2001) sull’azione adottata in merito alla politica comunitaria concernente la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, che - tenuta presente la Raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e la Comunicazione della Commissione del 1998 sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo - accoglie con favore l’iniziativa della Commissione quale passo in avanti verso la facilitazione della risoluzione rapida ed economica delle controversie transfrontaliere in materia di consumo, che spesso implicano un modesto valore pecuniario, e sottolinea che in prima istanza devono essere fatti dei tentativi per risolvere direttamente le controversie fra consumatori e commercianti, prima di ricorrere a soluzioni extragiudiziarie. Accoglie, inoltre, l’eventualità di introdurre un concreto progetto per migliorare l’educazione e l’informazione dei consumatori e di prevedere un monitoraggio sistematico del funzionamento della rete extragiudiziaria europea per valutare le eventuali divergenze tra gli Stati membri e di fornire un prezioso *feedback* sul funzionamento del mercato interno alla Direzione generale responsabile.

La **Direttiva 2000/31/CE** del Parlamento, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, è intesa a rafforzare la certezza del diritto nel commercio elettronico per migliorare la fiducia delle transazioni commerciali.

La direttiva si propone di creare regole uniformi per il commercio elettronico, anche in considerazione dell’incertezza esistente in molti Stati membri circa le regole da applicare a tale forma di commercio e delle divergenze esistenti tra le varie legislazioni nazionali.

In particolare, la direttiva si propone di fornire indicazioni comuni relativamente alle regole da applicare alla prestazione di servizi delle società dell’informazione e



dunque a tutte le transazioni in linea, in cui le negoziazioni e la conclusione degli accordi avvengono senza la presenza fisica dei contraenti.

Gli Stati membri provvedono affinché la loro legislazione consenta, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario di un servizio della società dell'informazione, l'uso efficace, anche per vie elettroniche adeguate, di strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie. All'art. 17 (Composizione extragiudiziale delle controversie) si prevede che gli Stati membri:

- provvedano affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale;
- incoraggino gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte;
- incoraggino gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie a comunicare alla Commissione le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione, nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico.

3.1. L'elaborazione a livello europeo delle procedure extragiudiziali di composizione delle controversie trova la sua massima espressione nella presentazione, su invito del Consiglio, della Comunicazione della Commissione, "Libro Verde"³⁰, relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il Libro Verde ha come obiettivo quello di avviare un'ampia consultazione degli ambienti interessati su un certo numero di questioni di ordine giuridico che si pongono nel campo della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale.

Tale documento offre, inoltre, l'occasione per sensibilizzare il più vasto pubblico possibile alle *ADR*, e consente, inoltre, di assicurare una migliore comprensibilità delle realizzazioni e delle iniziative adottate in materia dagli Stati membri e a livello comunitario. La consultazione pubblica dallo stesso scaturente ha come obiettivo quello di raccogliere le osservazioni generali nonché le reazioni specifiche alle domande che vengono formulate.

Queste domande sono di natura giuridica e vertono su elementi determinanti del processo di *ADR*, quali le questioni delle clausole di ricorso alle *ADR*, il problema dei termini di prescrizione, l'esigenza di riservatezza, la validità dei consensi, l'efficacia degli accordi scaturiti dalle *ADR*, la formazione dei terzi, il loro riconoscimento, il loro regime di responsabilità.

³⁰ Libro Verde del 19.04.2002, COM(2002) 196.



I modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del Libro Verde, si identificano con quelle procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto. Si precisa, peraltro, che il documento tratterà unicamente dei modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale, comprese quelle di diritto del lavoro o in materia di consumo³¹.

Uno dei motivi dello sviluppo delle *ADR*, chiarisce la Comunicazione, è di ordine pratico e congiunturale: i metodi *ADR* forniscono una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia, che molti Paesi devono affrontare. Queste difficoltà si spiegano con il fatto che le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi e i costi sopportati in occasione di tali procedimenti ad aumentare. La quantità, la complessità e la natura tecnica dei testi legislativi contribuiscono d'altra parte a rendere più difficile l'accesso alla giustizia.

L'accesso alla giustizia per tutti, prosegue il Libro Verde, è un diritto fondamentale consacrato dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il diritto ad un ricorso effettivo è stato elevato dalla Corte di giustizia al rango di principio generale del diritto comunitario³², ed è stato peraltro sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'accesso alla giustizia costituisce un'esigenza a cui gli Stati membri rispondono in particolare attraverso la messa a disposizione di procedimenti giudiziari rapidi e poco costosi.

Le *ADR* si collocano, pertanto, pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia, svolgendo, in effetti, un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adoperati spesso sono più adatti alla natura delle controversie. Le *ADR* possono così permettere alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice.

Le *ADR* rappresentano, dunque, una priorità politica per le istituzioni dell'Unione Europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità. Questa priorità politica è stata messa in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione, dove, in particolare, è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi *on-line* di risoluzione delle controversie ("*ODR*", acronimo che sta per *Online Dispute Resolution*) in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su

³¹ Sono escluse dall'ambito di applicazione del Libro Verde le questioni relative ai diritti indisponibili e che interessano l'ordine pubblico, quali un certo numero di disposizioni del diritto delle persone e di famiglia, del diritto della concorrenza, del diritto del consumo, che in effetti non possono costituire oggetto di *ADR* (punto n. 2).

³² Sentenza del 15 maggio 1986 nella causa 222/84.



Internet». Anche nel Libro Verde³³ il problema di fondo è, appunto, quello del miglior accesso alla giustizia, che le procedure *ADR* garantirebbero, in termini di celerità ed economicità, in luogo dei sistemi tradizionali.

Il Libro Verde richiama particolarmente l'attenzione sul ruolo delle *ADR* come strumento al servizio della pace sociale ed al riguardo osserva che le parti non si affrontano più, ma al contrario si impegnano in un processo di riavvicinamento e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso. Questo approccio consensuale aumenta la possibilità, per le parti, di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura.

Le *ADR* si articolano in una varietà di procedure che si possono ridurre a due categorie fondamentali: procedure che rientrano nell'ambito dei procedimenti giudiziari (*ADR* endoprocessuale o, secondo l'espressione inglese, *court managed ADR*, e cioè *ADR* gestita dai Tribunali) e metodi di composizione delle controversie affidate ad un terzo neutrale che opera fuori dell'ambito giudiziario (*ADR* extraprocessuale o convenzionale).

I metodi *ADR* convenzionali non sono oggetto di una regolamentazione generale specifica negli Stati membri. Trovano applicazione soltanto le disposizioni generali del diritto dei contratti, o disposizioni specifiche proprie agli accordi transattivi con i quali le procedure *ADR* possono concludersi. I metodi *ADR* hanno come fondamento i principi generali del diritto dei contratti, del diritto processuale civile e del diritto internazionale privato. A seconda degli Stati membri, la pratica contrattuale e le regole di deontologia dei terzi che offrono i loro servizi in materia di *ADR* sono più o meno sviluppati (punto 31).

La Commissione (punto 38), inoltre, ha previsto la creazione di due reti europee di istanze nazionali il cui obiettivo comune è quello di facilitare l'accesso dei consumatori alle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie transfrontaliere, nel caso in cui la controparte sia stabilita in uno Stato membro diverso da quello di loro residenza. Queste due reti perseguono lo stesso obiettivo ma non funzionano nello stesso modo: la rete europea extragiudiziale *EEJ-Net European (Extra judiciary Network)* è una struttura di assistenza e d'informazione dei consumatori, composta di punti di contatto nazionali ("centri di compensazione" o cc.dd. *clearing houses*), istituiti in ciascuno degli Stati membri, per i quali gli Stati stessi hanno considerato che fossero soddisfatti i requisiti applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; la rete per la risoluzione extragiudiziale delle liti transfrontaliere in materia di servizi finanziari, *FIN-Net (Financial services complaints Network)*, collega invece in una rete europea gli organi

³³ Secondo la Comunità: «L'*ADR* svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adottati nell'*ADR* spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'*ADR* può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice» (punto n. 9).



nazionali competenti che soddisfano i requisiti di cui alla prima raccomandazione della Commissione. La *FIN-Net* consente ai consumatori che devono affrontare un problema nel settore dei servizi finanziari (banche, assicurazioni, investimenti) di accedere direttamente ad un mezzo di risoluzione extragiudiziale delle controversie.

Preso visione, dunque, delle differenti normative esistenti nei vari paesi europei, la Commissione ha già preso l'iniziativa di rendere il più possibile omogenee su questo punto le legislazioni degli Stati membri nella sua proposta di direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di assistenza giudiziaria e di altri aspetti finanziari legati ai procedimenti civili.

3.2. La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio UE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale è diretta a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e a promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario, applicabile in materia civile e commerciale, salve talune limitazioni.

La Direttiva si applica, infatti, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*).

L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione Europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe, dunque, comprendere l'accesso ai metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

La direttiva si pone come finalità quella di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione (considerando 5).

L'Italia, in ottemperanza alle indicazioni contenute nella Direttiva, ha introdotto una specifica disciplina per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali attraverso l'emanazione, appunto, del recente D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28.

Il decreto in esame ha recepito molte delle indicazioni contenute nella Direttiva, sia sul piano delle qualificazioni sia sul piano della disciplina.

La mediazione, secondo quanto espressamente dichiarato nella Direttiva, può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera (considerando 6).



La Direttiva stabilisce, inoltre, che l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili. Resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, viene precisato che la disciplina attuativa della normativa europea non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla direttiva stessa (considerando 14).

Gli Stati membri assicurano, ai sensi della disposizione comunitaria, che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività.

Gli Stati membri provvedono, inoltre, affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza (considerando 24).

Tranne specifiche e limitate ipotesi, dispone ancora il documento, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse allo stesso.

La mediazione, secondo la Direttiva, dovrebbe essere un procedimento di *volontaria giurisdizione* nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento. Tuttavia, in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione. Inoltre, l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione (considerando 13).

La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa peggiore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla mera buona volontà delle parti. Gli Stati membri come dianzi precisato – dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto



risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo (considerando 19).

L'importanza della citata Direttiva 2008/52/CE si rinviene anche nelle definizioni giuridiche dell'istituto della mediazione e ciò delinea e precisa un quadro normativo "europeo" fino ad ora molto evanescente e mutevole nelle legislazioni dei vari Stati membri.

Le definizioni enunciate nell'art. 3 della Direttiva sono:

a) per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima;

b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione.