

$$\frac{A_{12}}{417}$$



# La mediazione

Profili sistematici e potenzialità applicative

*a cura di*

Cesare Bulgheroni  
Paolo Della Vedova

*Contributi di*

Luigi Paolo Comoglio  
Lalla Facco  
Fabio Maniori  
Wolfgang M. Ruosi



Copyright © MMXII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4909-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2012

# Indice

- 9 Prefazione  
*Alberto Malatesta*
- 11 Mediazione ed accesso alla giustizia  
*Luigi Paolo Comoglio*
1. Introduzione. La Direttiva europea del 2008 sulla mediazione, 11 – 2. (*Segue*). Mediazione e garanzie del « giusto processo », 15 – 3. La conciliazione e la mediazione. Rilievi sistematici, 18 – 4. Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Conferme teoriche, dubbi di costituzionalità e prospettive pratiche, 22.
- 29 Il procedimento di mediazione  
*Paolo Della Vedova*
1. La fase introduttiva, 29 – 2. Il termine, 31 – 3. La domanda, 32 – 4. Le sanzioni, 35 – 5. Riservatezza ed inutilizzabilità delle dichiarazioni, 36 – 6. L'accordo conciliativo, 38 – 7. La soccombenza, 41 – 8. Le garanzie soggettive del mediatore, 42.
- 47 Gli Organismi di mediazione  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. La definizione di Organismo di mediazione secondo il d.lgs. 28/2010, 47 – 2. Il registro e il procedimento di iscrizione, 51 – 3. (*Segue*). Alcune questioni di rilevanza costituzionale e di conformità alla normativa europea, 54 – 4. Il ruolo del responsabile del registro, 67 – 5. Il regolamento e le tariffe, 68 – 6. Il rapporto tra organismo e mediatori, 71.
- 75 I codici di condotta  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. L'origine e la funzione dei codici di condotta, 75 – 2. I modelli di classificazione, 78 – 3. Il codice etico nella mediazione, 79.

- 81    L'etica del mediatore  
*Wolfgang M. Ruosi*

1. Codice etico e deontologia del mediatore, 81 – 2. I principi cardine del codice deontologico del mediatore, 83 – 3. L'istituto della mediazione: peculiarità distintive rispetto al mezzo tradizionale di soluzione delle controversie, 90.

- 93    L'esperimento del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità. La disponibilità della tutela dei diritti  
*Paolo Della Vedova*

1. La condizione di procedibilità: necessarietà od obbligatorietà?, 93 – 1.1. *Principio dispositivo e mediazione*, 97 – 2. I rapporti tra condizione di procedibilità e giudizio civile, 99 – 3. Condizione di procedibilità e giudizio di appello, 100 – 4. Condizione di procedibilità e procedimenti speciali, 101.

- 105    Le mediazioni valutative e la proposta del mediatore nella normativa italiana del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28  
*Cesare Bulgheroni*

1. Introduzione, 105 – 2. Scelte di percorso: mediazioni facilitative e valutative, 107 – 3. La distinzione tra mediazioni facilitative e valutative, 111 – 4. Le tecniche di mediazione valutativa. Controindicazioni e vantaggi, 112 – 5. Definizioni di mediazione e ruolo del mediatore, 118 – 6. La proposta del mediatore nella normativa italiana, 119 – 7. Verso un divieto di litigare?, 124 – 8. La proposta contumaciale, 125 – 9. I criteri di formulazione della proposta del mediatore, 126 – 10. Contesti di applicazione ed oggetto della proposta del mediatore, 131 – 11. Linee guida per i mediatori, 133.

- 137    La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA  
*Fabio Maniori*

1. Introduzione, 137 – 2. La mediazione nel quadro delle ADR, 140 – 3. Competenza, 143 – 4. La condizione di procedibilità nei contratti assicurativi, 147 – 5. La condizione di procedibilità nell'ambito RCA, 151 – 6. La condizione di procedibilità nella responsabilità medica, 157 – 7. Perizia contrattuale, 160 – 8. Accertamenti tecnici, 163 – 9. Consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa, 169 – 10. Conclusioni, 171.

- 173 La mediazione nell'ambito dell'energia  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. Il mercato dell'energia elettrica, 173 – 2. Procedimento di mediazione *online* in materia di erogazione di energia elettrica e di gas, 175.
- 179 La mediazione nell'ambito delle telecomunicazioni  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. Il tentativo obbligatorio in materia di telecomunicazioni, 179 – 2. L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, 180 – 3. Le funzioni dell'Agcom e del Co.re.com. nell'ambito della mediazione in materia di telecomunicazioni, 183 – 4. La procedura di conciliazione e la sospensione dei termini, 185 – 5. L'efficacia del provvedimento conclusivo, 187.
- 191 La mediazione nel settore del turismo  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. La L. 29 marzo 2001, n. 135, istitutrice dei principi fondamentali e gli strumenti della politica del turismo, 191 – 2. Gli accordi di categoria tra le associazioni a tutela dei consumatori e le imprese del turismo, 194 – 3. Il nuovo codice del turismo introdotto dal d.lgs. 79/2011, 194.
- 199 La pratica nel corso di formazione alla mediazione. D.lgs. 28/2010  
*Lalla Facco*
1. Il paradosso della mediazione nella cultura della convivenza civile, 199 – 2. Cosa significa "pratica" e "praticare", 202 – 3. Pratica in mediazione, 204 – 4. Il quadro teorico per comprendere la mediazione, 205 – 4.1. *Il paradigma di riferimento*, 206 – 4.2. *Scopi dell'azione mediativa*, 210 – 4.2.1. *La comunicazione*, 211 – 4.2.2. *La relazione*, 212 – 4.2.3. *La cura dei legami*, 213 – 5. Struttura della formazione pratica, 214 – 5.1. *Le prime due ore per avvicinare e conoscere la mediazione*, 214 – 5.2. *Quattro ore per imparare a comunicare efficacemente*, 217 – 5.3. *Intervista o colloquio?*, 219 – 5.4. *Strumenti per far pratica*, 220.
- 223 La mediazione telematica  
*Wolfgang M. Ruosi*
1. Premessa: la mediazione telematica. Individuazione degli ambiti di applicazione, 223 – 2. La conciliazione *on line* e il ruolo delle ODR, 226 – 3. Lo sviluppo e la diffusione delle ODR. Prospettive, 228 – 4. L'esperienza italiana nelle ODR, 231 – 5. La definizione di mediazione telematica secondo il d.lgs. 28/2010, 233 – 6. Il procedimento della mediazione *on line*, 235 – 7. Considerazioni conclusive, 237





## Prefazione

ALBERTO MALATESTA

Questo volume è il frutto dell'esperienza didattica e della riflessione maturata dagli Autori nell'ambito del Corso di formazione per mediatori organizzato a partire dal 2010 presso l'Università Carlo Cattaneo-LIUC di Castellanza (VA).

Sulla spinta, come spesso avviene, di normative dell'Unione europea, l'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 ha infatti prepotentemente posto la mediazione al centro della pratica giudiziaria, soprattutto per quanto riguarda le molte e spesso delicate materie in cui la mediazione è stata prevista alla stregua di "condizione di procedibilità" dell'azione giudiziaria. Si tratta di una rivoluzione per gli operatori giudiziari, poco abituati e un po' diffidenti verso procedimenti di mediazione o conciliativi, specie di natura obbligatoria. Tuttavia, giorno dopo giorno diventa sempre più necessario, se si vuole essere dei buoni operatori di "giustizia", non solo conoscere bene le normative che regolano la materia, ma anche e soprattutto apprendere le tecniche di identificazione e di gestione dei conflitti. Certamente "mediare" è qualcosa di diverso dal "litigare"!

Anche per l'ordinamento giuridico la sfida è importante: resistenze, ostacoli e qualche dubbio sulla bontà di alcune scelte del legislatore non mancano, anche, per certi specifici aspetti, sotto il profilo del fondamentale diritto all'accesso alla giustizia e delle garanzie dell'equo processo. È attesa nelle prossime settimane una pronuncia della Corte Costituzionale a chiarimento di molti questi problemi.

In ogni caso, l'auspicio è che l'idea e i principi della mediazione si sviluppino anche in Italia. Essa, se correttamente intesa e inserita entro un adeguata cornice legislativa, costituisce un importante tassello verso la modernizzazione del sistema di soluzione delle controversie, spesso insoddisfacente.

Grazie all'impegno dei due curatori e di tutti gli Autori, questo li-

bro, avvalendosi del “laboratorio” didattico che rappresenta il Corso di formazione dell’Università di Castellanza ripercorre agilmente e con taglio innovativo le principali problematiche inerenti alla mediazione, con un’attenzione particolare alla sua applicazione pratica, anche in settori estranei all’ambito di applicazione del decreto n. 28/2010.

Esso rappresenta un valido ausilio per tutti coloro che intendono avvicinarsi alla pratica della mediazione, e un utile contributo allo sviluppo di una vera e propria cultura della mediazione, che superi l’angusto e improprio orizzonte dello sfoltimento del carico giudiziario dei tribunali, che spesso caratterizza la legislazione italiana.

Castellanza, 17 luglio 2012

Alberto Malatesta

Scuola di diritto

Università Carlo Cattaneo – LIUC

Corso Matteotti, 22

21053 Castellanza (VA)

[amalatesta@liuc.it](mailto:amalatesta@liuc.it)

# Mediazione ed accesso alla giustizia

LUIGI PAOLO COMOGLIO

SOMMARIO: I. Introduzione. La Direttiva europea del 2008 sulla mediazione, II – 2. (*Segue*). Mediazione e garanzie del « giusto processo », 15 – 3. La conciliazione e la mediazione. Rilievi sistematici, 18 – 4. Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Conferme teoriche, dubbi di costituzionalità e prospettive pratiche, 22.

## I. Introduzione. La Direttiva europea del 2008 sulla mediazione

Come si sa, il primo organico approccio della legislazione comunitaria<sup>1</sup> ai problemi nascenti dalle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie<sup>2</sup> — cioè, tanto per intenderci, da quelle forme di tutela *extra judicium* che si designano, a livello comparatistico, con l'acronimo ADR<sup>3</sup> — risale alla Direttiva europea del 2008 sulla mediazione (e

1. Per talune chiare prospettazioni, cfr., ad es., E.M. APPIANO, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impr. — Europa*, 2009, p. 59 e ss.; R. DANOVÌ, *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 326 e ss.; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Unione europea*, 2008, p. 349 e ss.

2. Per ulteriori richiami ed approfondimenti, si rinvia, sul tema, a L.P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, Relazione predisposta per l'Incontro di studio sul tema « Giudicare, conciliare, mediare », organizzato dal C.S.M. in Roma, nei giorni 4–5 dicembre 2006, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 591–619. Se ne riprenderanno alcuni punti fra breve (*infra* § 3), con gli aggiornamenti del caso.

3. *Alternative Dispute Resolutions*. Per un esauriente quadro evolutivo del concetto, nelle esperienze di *civil* e di *common law*, cfr., ad es., *ex multis*: P.G. AMERIO–E.M. APPIANO–L. BOGGIO–D. COMBA–G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali. Metodo e regole*, Milano, 2011, pp. XVI–451, sp. pp. 26–44; G. DE PALO–G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie — ADR — Alternative dispute resolution nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999, pp. XV–186; A. MIRANDA, *Il sistema delle ADR nell'esperienza di common law*, in *Vita not.*, 2003, p. 1241 e ss.; V. VIGORITI, *Accesso alla giustizia e ADR: prospettive*, in *Riv. Arbitrato*, 2007, p. 135 e ss. A livello monografico, inoltre, si vedano, con specifico approfondimento: F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, pp. XII–498, sp. p. 6 e ss., 19–48, 49–167; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, pp. IX–477, sp. pp. 1–68, 231–309; ed infine il vol. *Arbitrato*,

sulla conciliazione) in materia civile e commerciale<sup>4</sup>. Tale Direttiva poi, come è altrettanto noto, costituisce la disciplina di riferimento-base, cui si è ispirata in Italia la legge di delega del 2009<sup>5</sup>, nell'impartire criteri e principi vincolanti, ai quali ha cercato di uniformarsi, non senza talune incertezze ed aporie sistematiche, il legislatore delegato con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>6</sup>.

Nel suo Preambolo, la Direttiva europea — ripresa, peraltro, con coerenza dal legislatore italiano delegante — è alquanto chiara nel delimitare sia gli obiettivi fondamentali da perseguire ad ogni costo, sia i correlati problemi di fondo, ai quali non può non dare luogo,

*Adr, conciliazione*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Bologna, 2009, pp. XXX-1368.

4. Si tratta, precisamente, della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in data 21 maggio 2008. A commento, ad es., fra i contributi più recenti, si vedano: ancora P.G. AMERIO-E.M. APPIANO-L. BOGGIO-D. COMBA-G. SAFFIRIO, *La mediazione*, cit., pp. 85-132; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della direttiva 2008/53/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357-379; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impr. — Europa*, 2009, p. 41 e ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. Arbitrato*, 2009, p. 1 e ss.; D. VOLPINO, *La direttiva 2008/53/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di M. TARUFFO-V. VARANO, Torino, 2011, pp. 383-399. Va, infine, qui ricordata l'interessante raccolta di contributi scientifici (di *civil* e di *common law*), curata da Varano nel vol. *L'altra giustizia, Giuristi stranieri di oggi*, Milano, 2007, pp. XVI-356. La Direttiva del 2008 si è sviluppata sulla scia della Proposta di Direttiva in data 22 ottobre 2004 [SEC(2004)1314], la quale è stata, a suo tempo, oggetto di attenta analisi. Cfr., a questo riguardo, ad es., oltre ai miei rilievi in *La durata ragionevole del processo*, cit., pp. 616-617; M.E. DE BONIS, *La proposta di direttiva sulla mediazione nell'ambito delle politiche comunitarie in tema di cooperazione giudiziaria*, in *Contratto e impr. — Europa*, 2005, p. 239 e ss.; M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della Proposta di Direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 463-498; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impr. — Europa*, 2005, p. 427 e ss.; V. VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, p. 359 e ss.

5. Cfr. l'art. 60, 1° e 2° comma, lett. a-s, della L. 18 giugno 2009, n. 69.

6. In argomento, cfr. l'ampia analisi di F. CUOMO ULLOA, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, nel vol. *Il processo civile riformato*, diretto da M. TARUFFO, Bologna, 2011, pp. VII-703, sp. pp. 613-671; ID., *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 280. Per ulteriori approfondimenti, dopo il d.lgs. n. 28/2010 e le disposizioni sopravvenute, si vedano infine: B. SASSANI-F. SANTAGADA (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, pp. V-228; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, pp. XI-327, sp. pp. 196 ss.; N. TROCKER-A. DE LUCIA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, pp. I-192

pur nella riaffermata fondatezza delle ragioni politico-giudiziarie che giustificano l'adozione di procedure alternative a quelle della giustizia statale, il ricorso ad una mediazione preventiva con finalità conciliative.

Di quali obiettivi e problemi si tratta?

Anzitutto, le finalità da raggiungere appaiono, a prima vista, nitide e lineari.

Si ribadisce preliminarmente, ad evitare inammissibili interferenze nelle sfere di sovranità dei singoli Stati, il rispetto incondizionato dei principi di « sussidiarietà » e di « proporzionalità », i quali sono sanciti dalle norme-quadro sull'istituzione dell'Unione europea<sup>7</sup>, dovendo essere interpretati ed applicati in funzione di una sempre più vasta cooperazione giudiziaria ed armonizzazione legislativa fra gli Stati membri<sup>8</sup>.

Ciò chiarito, l'obiettivo di garantire un migliore « accesso alla giustizia » — che è non soltanto un principio-cardine delle tradizioni costituzionali comuni<sup>9</sup>, ma è uno dei « diritti fondamentali » riconosciuti e garantiti sia dalla Convenzione europea del 1950, sia dalla Carta europea dei diritti e delle libertà fondamentali del 2000<sup>10</sup>, poi rifluiti nella nuova Costituzione — si persegue con la garanzia di un più ampio sviluppo dei « procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale ». In altri termini, la semplificazione ed il miglioramento dell'« accesso alla giustizia »<sup>11</sup>

7. Cfr. l'art. 5, 1°-2° comma, del Trattato di Amsterdam in data 2 ottobre 1997 (ed. in particolare, il 2° comma), cui si richiama il Preambolo in esame, sub n. 28, nonché l'art. III-170, comma 2, lett. e-f-g, del Trattato sulla Costituzione europea.

8. Art. 65, lett. a-b-c, del Trattato di Amsterdam.

9. Si ricordi l'art. F del Trattato di Maastricht in data 7 febbraio 1992, ove — fermo restando, nel 1° comma, il richiamo dei « principi democratici » sui quali si fondano i sistemi di governo degli Stati membri — nel 2° comma si sancisce l'impegno dell'Unione di rispettare i « diritti fondamentali », quali sono garantiti dalla Convenzione del 1950 e quali risultano dalle « tradizioni costituzionali comuni » degli stessi Stati membri, in quanto « principi generali del diritto comunitario ». Sul tema, per ampi rilievi ed approfondimenti, si veda, volendo, L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del « giusto processo »*, Torino, 2004, pp. 97-128.

10. Sull'art. 47 della Carta (recante la rubrica « Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale »), cfr. ancora, *ex multis*, *ivi*, pp. 129-147.

11. Il « nucleo essenziale » (o, se si preferisce, il *Wesensgehalt*) di questa basilare espressione concettuale — pur variamente resa dalle lingue dell'Unione (*access to justice*, *accès à la justice*, *Zugang zum Recht*, *acceso a la justicia*, *acesso à justiça*, e così via) — è rappresentato da quel diritto-potere di azione giurisdizionale, secondo il quale (nel sistema italiano di garanzie attinenti al « giusto processo »: artt. 2, 24, 1°-3° comma, 25, 1° comma, 101, 102-108,

sono parte essenziale della politica dell'Unione, intesa a rafforzare uno « spazio di libertà, sicurezza e giustizia », quale fattivo contributo al « corretto funzionamento del mercato interno ».

Al di là delle (più evidenti) motivazioni economico-politiche, rimane peraltro sullo sfondo — benché se ne avverta (sotto traccia) l'incombente presenza in quasi tutto il Preambolo della Direttiva — l'atavico e trasversale problema dell'*unreasonable time* (ovvero della durata irragionevole) nei processi e nell'amministrazione della giustizia statale. L'estrema difficoltà di darvi « dall'interno » una radicale soluzione — ad ogni latitudine ed in qualsiasi ordinamento processuale nazionale, in cui non si riesce oggi (come non si riusciva ieri)<sup>12</sup> a neutralizzare con efficacia la molteplicità dei fattori intollerabilmente « ritardanti », che affliggono da sempre la (« paludata » e formale) giustizia civile dello Stato — impone recisamente di fare (se così può dirsi) di necessità virtù. Si vuole, dunque, delineare una serie ragionata di principi e di regole programmatiche per la disciplina inter-statale (ed endoeuropea) di fattispecie *alternative* di accesso a « metodi stragiudiziali » di risoluzione delle controversie<sup>13</sup>. Il che, a prescindere da ogni implicita conferma del conclamato insuccesso di quella burocratica giustizia dei singoli Stati, si manifesta con particolare intensità — così sottolinea la predetta Direttiva — per quanto concerne le controversie in cui prevalgano, nei rapporti fra gli Stati membri, « elementi di portata transfrontaliera »<sup>14</sup>.

Si giunge così, in tale cornice, all'affermata necessità di puntare decisamente sulla « mediazione », identificandovi uno strumento spe-

III, 1°-2° comma, II3 Cost.) « tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi ». Ma il medesimo principio, ovviamente, si ricava dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea del 1950, nonché da altri strumenti convenzionali internazionali. Per brevità sul tema, rimando ancora al mio *Etica e tecnica*, cit., pp. 11-37 (*Accesso alle corti e garanzie costituzionali*).

12. In una prospettiva forzosamente diacronica, si ricordino nella dottrina tedesca degli anni '70 — fra i molteplici riferimenti scientifici *d'antan*, citati da L. P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 14-56, testo e note — gli importanti contributi di: H.E. HENKE, *Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so lange dauern...*, in *ZfP*, 83 (1970), pp. 158-162; M. VOLLKOMMER, *Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen*, ivi, 81 (1968), pp. 117-119; ID., *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, München, 1973, pp. 289-290.

13. Si rilegga il cit. Preambolo, *sub nn.* 1-6.

14. Su questi aspetti fenomenici delle liti inter-statali (« cross-border elements », « grenzüberschreitende Elemente », « éléments transfrontaliers », « elementos transfronterizos », « aspectos transfronteiriços », e così via) insiste il Preambolo in esame, *sub n.* 6.

cificamente idoneo ad attuare una « risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida »<sup>15</sup> di quelle controversie (e non solo)<sup>16</sup>, per tramite di procedure che siano « concepite in base alle esigenze delle parti »<sup>17</sup> e, come tali, possano garantire agli accordi, che ne scaturiscono, le maggiori probabilità di adempimento spontaneo, sì da preservare più agevolmente l'instaurazione od il mantenimento di « relazioni amichevoli e sostenibili fra le parti »<sup>18</sup>. Ma la valorizzazione di tale strumento alternativo non può prescindere, sul piano tecnico, dall'adozione di norme–quadro capaci di armonizzare *in primis*, a tale scopo, taluni « elementi chiave della procedura civile »<sup>19</sup> di ogni Stato membro.

## 2. (Segue). Mediazione e garanzie del « giusto processo »

Ed eccoci, allora, ai profili problematici di maggiore impatto.

Fermo restando il fatto, non puramente terminologico, in virtù del quale nella Direttiva non si parla esplicitamente di « conciliazione »<sup>20</sup>, per indicare l'« accordo » negoziale<sup>21</sup> cui la mediazione è destinata a condurre, quel che soprattutto preoccupa il legislatore europeo è l'esigenza di circoscrivere con chiarezza l'ambito oggettivo

15. Cfr. anche, *infra*, nota 21.

16. Infatti, il dichiarato auspicio del legislatore europeo è che gli Stati membri, con gli opportuni adattamenti dei modelli di risoluzione alternativa alle peculiarità dei loro sistemi processuali, possano predisporre strumenti analoghi di mediazione, per ogni altra controversia « interna » (pur non contraddistinta, dunque, da elementi « transfrontalieri »). Cfr. il cit. Preambolo, *sub* n. 8 e n. 14.

17. *Ivi*, n. 6.

18. *Ibidem*.

19. *Ivi*, n. 7. Sono equivalenti, nelle diverse lingue ufficiali, le espressioni all'uopo utilizzate. Si parla, ad es., di « framework legislation addressing, in particular, key aspects of civil procedure », di « législation–cadre qui porte en particulier sur les aspects essentiels de la procédure civile », ovvero di « Rahmenregeln einzuführen, in denen insbesondere die wesentlichen Aspekte des Zivilprozessrechts behandelt werden », e così via.

20. Diverso è, come si vedrà *infra* (nel § 5), l'approccio del legislatore italiano del 2010.

21. Si parla qui, linearmente, di « extrajudicial procedures for the settlement of disputes in civil and commercial matters », di « procédures extrajudiciaires concernant le règlement des conflits en matière civile et commerciale », o di « Entwicklung und angemessene Anwendung außergerichtlicher Streitbelegungsverfahren in Zivil– und Handelssachen ». Di conseguenza, i risultati che ne derivano vengono semplicemente qualificati come « accordi » (« agreements », « Vereinbarungen », « accords », « acuerdos », « acordos »: Direttiva, *sub* n. 6).

di operatività delle norme–quadro, a prescindere dalla connotazione « transfrontaliera » delle controversie interessate.

Vi sono, pertanto, alcune significative esclusioni tipologiche, le quali contribuiscono a tener ben distinta la fattispecie in esame da altre fattispecie procedurali di differente struttura.

Istituzionalmente, la « mediazione » si configura, per la tutela di diritti o di interessi « disponibili »<sup>22</sup>, come un procedimento (per così dire) di « volontaria giurisdizione », interamente affidato, con l'insorgere della lite, all'iniziativa ed alla gestione « dispositiva » delle stesse parti<sup>23</sup>, sebbene venga lasciata alle legislazioni nazionali la potestà discrezionale di prevedere che l'organo giurisdizionale adito possa *in limine litis* non soltanto rammentare alle parti la possibilità di ricorso ad una « mediazione », ma anche, quando occorra, fissare un termine massimo per l'esaurimento della relativa procedura *extra iudicium*<sup>24</sup>.

È, così, più agevole comprendere perché mai la Direttiva non si applichi alle « trattative precontrattuali » ed ai « procedimenti di natura arbitrale » (ivi comprese, tra le figure affini od assimilabili, anche talune « forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale »)<sup>25</sup>. Essa però — pur escludendo coerentemente dal proprio ambito di efficacia qualsiasi ipotesi in cui il giudice sia legittimato dal diritto nazionale a tentare, da solo od anche con l'ausilio di esperti, la « conciliazione » giudiziale delle parti — tende comunque ad applicarsi pienamente,

22. Preambolo, *sub* n. 10. Fra le materie « indisponibili », ad es., si menzionano determinati settori del diritto di famiglia o del diritto del lavoro.

23. Ivi, n. 13. Si parla al riguardo (certo, in senso atecnico) di « voluntary process », di « auf Freiwilligkeit beruhendes Verfahren », di « processus volontaire », di « procedimento volontario » o di « processo voluntário ». Non vi è, dunque, alcuna diretta attinenza con il concetto di « giurisdizione volontaria » in senso proprio (« freiwillige Gerichtsbarkeit », « procédure en matière gracieuse », « jurisdicción voluntaria »: tanto per intenderci): il che rende alquanto discutibile, sul punto, la versione italiana del concetto.

24. *Ibidem*.

25. Nel cit. Preambolo della Direttiva, *sub* n. 11, dunque, si escludono con chiarezza altri « processes of an adjudicative nature », e cioè (accanto alle procedure arbitrali, ai « reclami dei consumatori », alle ipotesi para–arbitrali di accertamenti peritali « contrattuali », ed alle « raccomandazioni formali », vincolanti o meno per la risoluzione della lite, emesse da esperti o da appositi organismi) anche « certain judicial conciliation schemes » (vale a dire: « procédures judiciaires de conciliation », « Schiedsrichterliche Verfahren » o « gerichtliche Schlichtungsverfahren », « mecanismos de conciliación judicial », « regimes de conciliação judicial », e così via).



laddove:

- lo stesso giudice adito possa anche d'ufficio « rimettere le parti ad una mediazione » (ovvero sia la stessa legge a prescrivergli di farlo);
- un giudice possa comunque « agire come mediatore », sempreché egli non abbia la contemporanea responsabilità della conduzione di un procedimento giudiziario, relativo alla questione (od alle questioni) oggetto della insorta controversia<sup>26</sup>.

Non è tutto.

Al di là della strutturale « riservatezza » delle procedure<sup>27</sup>, cui corrisponde l'opportunità di farle preventivamente conoscere ai potenziali utenti con forme adeguate di « pubblicità » divulgativa<sup>28</sup>, il legislatore europeo si cura di puntualizzare alcuni profili di indubbia rilevanza costituzionale, ribadendo in modo fermo le esigenze di salvaguardia dei fondamentali diritti della persona, fra i quali — lo si è già ricordato — spiccano le garanzie del processo « equo » e il diritto ad un « accesso effettivo » alle corti di giustizia<sup>29</sup>.

Da un lato, infatti, la Direttiva intende fare salva, in ogni caso, la normativa nazionale, che preveda l'eventuale « obbligatorietà » del ricorso alla « mediazione » (anche con la predisposizione di incentivi e sanzioni *ad hoc*), ma detta al riguardo una precisa e ineludibile condizione: quella secondo cui dovrebbe sempre rimanere impregiudicata la potestà di ciascuna delle parti in lite di esercitare il proprio « diritto di accesso giudiziario »<sup>30</sup>.

Dall'altro, in funzione della « durata ragionevole » del processo, si statuisce che qualsiasi limitazione temporale o condizione sostanziale, apposta *in limine* alla fruibilità della mediazione, non sia mai tale, da

26. Cfr. il Preambolo cit., *sub* n. 12.

27. Su questo basilare elemento si insiste, *ivi*, *sub* nn. 16 e 23.

28. *Ivi*, *sub* n. 25.

29. Cfr., ancora, l'art. 6, § 1, della Convenzione europea del 1950 e l'art. 47 della Carta europea del 2000.

30. In caso di mediazione « compulsory », rimane dunque inderogabilmente garantito il « right of access to the judicial system » (o, se si preferisce, il « Recht auf Zugang zum Gerichtssystem », il « droit d'accès au système judiciaire », il « derecho de acceso al sistema judicial », il « direito de acceso ao sistema judicial »: Preambolo, *sub* n. 14).

comprimere irrazionalmente l'esercizio di quel « diritto di accesso » agli organi giurisdizionali (ovvero ad un'istituzione arbitrale).

### 3. La conciliazione e la mediazione. Rilievi sistematici

Alla luce di quanto si è rilevato sin qui, appare evidente la necessità di tenere ben separati i profili ed i problemi che riguardano — sia pur nel medesimo contesto generale delle forme di tutela alternativa (ADR) — la « conciliazione » come istituto a sé stante<sup>31</sup>.

Occorre, dunque, qualche chiarimento in più.

Secondo la tradizione di derivazione napoleonica, nel c.p.c. del 1942 la « conciliazione giudiziale » — quale oggetto di un tentativo, obbligatorio o facoltativo, esperibile dal giudice nel corso di un processo (con rito ordinario o con taluno dei riti speciali consentiti)<sup>32</sup> — tiene istituzionalmente conto, da un lato, della figura storica del conciliatore<sup>33</sup>, cui la riforma del 1991 ha poi sostituito il giudice di pace<sup>34</sup>, ma dall'altro, in termini negoziali si riferisce anche a quella convenzione transattiva<sup>35</sup>, che, in caso di avvenuta

31. Sul tema, con ampia trattazione, cfr. ancora F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione — Modelli di composizione dei conflitti*, cit., Padova, 2008, pp. XIV-498.

32. Si vedano ad es., nel rito ordinario del c.p.c.: gli artt. 183, 1°-2° comma, 185, 198-199, 320, 1°-2° comma, 350, 3° comma, 420, 1°-2° comma, e 708, od anche, nel c.c., dopo la riforma del 2003, l'art. 2378, 4° comma, nel procedimento di impugnazione delle deliberazioni societarie. Nei riti speciali, ad es., cfr.: gli artt. 1, 1°, 4° e 7° comma, della L. 1° dicembre 1970, n. 898, sullo scioglimento del matrimonio (con le modifiche di cui alla L. 6 marzo 1987, n. 749); l'art. 7 della L. 2 marzo 1963, n. 320, sulla disciplina delle controversie dinanzi alle sezioni specializzate agrarie; l'art. 44, 1°-4° comma, della L. 27 luglio 1978, n. 392, sulla locazione di immobili urbani; l'art. 48, 1°-4° comma, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sul contenzioso tributario; ed infine, gli artt. 12, comma 3°, lett. d, e 16, comma 2°, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sulle controversie societarie (norme poi abrogate dalla L. 18 giugno 2009, n. 69).

33. Cfr. l'art. 1 del c.p.c. del 1865: « I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie ». Si vedano, inoltre, del medesimo codice, gli artt. 2-7. Nel c.p.c. del 1942, invece, si vedano gli artt. 319-322, e, per quanto riguarda la conciliazione in sede non contenziosa, l'art. 321.

34. Cfr., oggi, per il giudizio dinanzi al giudice di pace e per la eventuale conciliazione in sede non contenziosa, gli artt. 311-322, come modificati dalla L. 21 novembre 1991, n. 374.

35. Cfr. l'art. 185, 4° comma, richiamato anche dall'art. 320, 2° comma, nonché l'art. 88, 1° comma, disp. att. c.p.c.

conciliazione, viene poi documentata nel corrispondente processo verbale, idoneo a costituire titolo esecutivo<sup>36</sup>.

Pur nel vago accenno all'« opera conciliativa » del giudice, correlata ai suoi limitati poteri di pronuncia secondo equità<sup>37</sup>, il legislatore italiano non ha peraltro mai recepito alcuna esplicita enunciazione di principio, che — a differenza di quanto è accaduto altrove<sup>38</sup> — inserisca formalmente, tra le funzioni primarie ed essenziali della *jurisdictio*, quella di conciliare le parti.

Ma, alla luce dei dati comparatistici consolidati<sup>39</sup>, non vi è ormai dubbio alcuno che siffatta funzione, in cui rientra pure il potere di « incoraggiare » il ricorso delle parti a determinate forme di tutela stragiudiziale alternativa, appartenga *de plano* — nel contesto delle moderne garanzie sulle quali si fonda il processo « equo » (o « giusto ») — all'*officium iudicis* (o, se si preferisce, al *case management*) del giudice.

A sua volta, la « conciliazione » stragiudiziale — da esperirsi dinanzi ad un soggetto o ad un organo comunque diverso da quello giurisdizionale togato — si ricollega, seppur solo in parte, alla figura della conciliazione « in sede non contenziosa », già contemplata dall'art. 321 c.p.c., nel testo d'origine<sup>40</sup>, trovando un ben più ampio riscontro nell'evoluzione storica del processo del lavoro, rafforzatasi in Italia dalla prima metà del secolo XX con la giustizia corporativa

36. Nei casi di fallita conciliazione in sede non contenziosa, quel processo verbale, invece, « ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio » (cfr. l'art. 322, 3° comma, e già l'art. 322, 1° comma).

37. Sul punto, vale la pena di rivedere la Relazione del Ministro Guardasigilli al Re del 1940 (II, § 8, *Il giudice e la legge*, 3° cpv.).

38. Si veda, ad es., l'art. 21 del c.p.c. francese del 1975: « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

39. Sono particolarmente significative — a proposito del ruolo attivo del giudice, nell'incoraggiare il ricorso delle parti a forme di tutela alternativa (si parla, ad es., di *arbitration* e di *mediation* c.d. *court-annexed*), da reputarsi ormai come parte integrante dei poteri attivi delle corti nel *case management* — la *Rule 1.4* e la *Rule 26.4* delle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999, nonché, nell'ordinamento federale nordamericano, la *Rule 16*, lett. *c*, n. 9, delle *Federal Rules of Civil Procedure* (in tema di *pretrial conferences* e di *management*). Sul tema, da ultimo, cfr. M. DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 282–305; B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, pp.7–211, sp. 38 ss., 111 ss., 205–211.

40. Oggi, la stessa funzione, transitata al giudice di pace, viene regolata nell'art. 322 ed il relativo procedimento è ancora disciplinato dagli artt. 68–69 disp. att.

ed attuata con la denuncia di lite alle associazioni sindacali, tenute istituzionalmente ad «interporre» i loro uffici per la preventiva conciliazione delle parti<sup>41</sup>. La disciplina di siffatto istituto nelle controversie di lavoro — concepito dapprima come facoltativo<sup>42</sup> e poi reso obbligatorio, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale<sup>43</sup>, condizione ultimamente soppressa<sup>44</sup> — si è sviluppata ancor più con la riforma del 1973 e, via via, con le riforme successive<sup>45</sup>, estendendosi anche ad altri riti assimilati<sup>46</sup> ed a settori diversi dell'ordinamento giuridico<sup>47</sup>.

Non ci si può sottrarre, infine, a talune notazioni sistematiche, riguardanti la figura della «mediazione», quale emerge dalla legislazione italiana antecedente alla Direttiva del 2008.

Questa figura — ben caratterizzata da tempo, ad es., nell'ordina-

41. Si rivedano gli artt. 430–433 del c.p.c. del 1942, nella loro versione originaria (di poi caducatasi con la soppressione degli organi corporativi, a partire dal 1944).

42. Cfr. gli artt. 410–412 c.p.c., con le modifiche del 1973.

43. Si vedano gli artt. 410–412–bis c.p.c. (nonché, per l'arbitrato in materia di lavoro, gli artt. 412–ter–quater), nella versione modificata o integrata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ed oggi sensibilmente innovati dalla riforma del 2010, di cui *infra*.

44. Il cit. art. 412–bis è stato abrogato dall'art. 31, 16° comma, della L. 4 novembre 2010, n. 183.

45. Cfr., oggi, gli artt. 410, 411, 412–ter e 412–quater, nel testo introdotto o modificato dalla cit. l. n. 183/2010. Le forme di tutela alternativa *ante causam* si sono arricchite, oggi, di altre modalità di conciliazione e di arbitrato, rituale od irrituale, avanti ad organi speciali (commissioni di conciliazione istituite presso le competenti Direzioni provinciali del lavoro). Per un'attenta analisi dei profili evolutivi della disciplina, nella situazione ante-2010, cfr. L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008–2009*, nel vol. *Il processo civile riformato*, cit., pp. 449–494.

46. Si vedano, ad es.: l'art. 4, 3° comma, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, sulla parità di trattamento per occupazione e condizioni di lavoro; l'art. 65, 1°–2° comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sul lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche; l'art. 35, 2° comma, della L. 24 novembre 2000, n. 340, sulle controversie in materia di masi chiusi; l'art. 7 della L. 15 luglio 1966, n. 604, e l'art. 5 della L. 11 maggio 1990, n. 108, sulla disciplina dei licenziamenti individuali; l'art. 46 della L. 3 maggio 1982, n. 203, sui contratti agrari.

47. Si vedano, ad es.: l'art. 10 della L. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura; l'art. 4, commi 1–5, del D.P.R. 18 aprile 1994, n. 360, sulla disciplina dell'uso non esclusivo del brevetto di invenzione; gli artt. 56, 190, 194–bis della L. 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, nel testo oggi vigente; l'art. 3, 2° comma, della L. 30 luglio 1998, n. 281, sulla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti; ed, infine, in tema di controversie societarie, gli artt. 38–40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, norme (cui si richiama anche, in tema di *franchising*, l'art. 7 della L. 6 maggio 2004, n. 129) peraltro ormai abrogate dall'art. 23, 1° comma, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (*infra*).