



# I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie

**Marco Marianello**

Avvocato, Mediatore e Assegnista di ricerca in Diritto privato

## SINTESI

### a) Gli equivalenti del processo civile

I modelli di composizione non contenziosa assolvono, all'interno del nostro ordinamento, ad una finalità diversa rispetto alla funzione ancillare o "alternativa" nei confronti degli strumenti di tutela su base giurisdizionale, rivestendo una peculiare natura "complementare" rispetto a questi ultimi. Le ADR, infatti, consentono alle parti di instaurare un dialogo su basi costruttive e di mantenere una forma di controllo sul relativo procedimento, legittimando alle stesse di adire successivamente, in caso di esito negativo, l'autorità giudiziaria. La funzione teorica di «equivalenti del processo civile» svolta dagli strumenti di composizione non contenziosa, tuttavia, non garantisce un'estensiva applicazione degli stessi sul piano pratico, atteso che i predetti rimedi potranno costituire un reale strumento deflattivo dei procedimenti giudiziali soltanto qualora risultino regolamentati in modo tale da garantire il contraddittorio, l'imparzialità e l'equo trattamento degli interessi di tutte le parti in gioco.

### b) Mediazione e conciliazione

A differenza di quanto avveniva precedentemente i termini mediazione e conciliazione non sono più usati come sinonimi, ma si è inteso evidenziare come la conciliazione sia uno dei possibili esiti della mediazione, della quale quest'ultima costituisce presupposto indefettibile. Viene definita «mediazione», infatti, l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione

di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa, laddove «conciliazione» indica la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione (art. 1, 1° co., lett. a e c, d.lg. 4.3.2010, n. 28). Tale espressa definizione legislativa ha posto fine alle numerose diatribe dottrinali di ordine semantico ed ermeneutico, atteso che parte della letteratura, sulla scorta di un retaggio culturale risalente al Codice di procedura civile del 1865 ed al fine di evitare confusione con il negozio tipico previsto dall'art. 1754 c.c., aveva già ritenuto plausibile tradurre l'espressione «mediation» quale sinonimo.

### c) Il ruolo dei professionisti nell'ambito dei procedimenti di mediazione

Lo sviluppo delle ADR richiederà, *in primis*, un cambiamento di prospettiva da parte degli operatori e degli utenti, non potendo risultare influenzato esclusivamente da fattori contingenti, quali i costi eccessivi e la durata irragionevole dei procedimenti civili. Il ricorso a tali strumenti, infatti, dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia efficiente, dal momento che gli stessi costituiscono rimedi complementari posti dall'ordinamento a disposizione dei consociati. Un fattore significativo di sviluppo potrà essere rappresentato dal maggior coinvolgimento dei professionisti forensi nelle procedure conciliative. Questi ultimi, infatti, saranno sovente chiamati ad esercitare un importante ruolo di consulenza alle parti, nonché assistere le medesime nel corso dei relativi procedimenti.

## » SOMMARIO

1. Autonomia privata e risoluzione delle controversie – 2. Modelli distributivi e cooperativi di ADR – 3. La negoziazione – 4. La mediazione – 5. L'arbitrato – 6. Le ADR presso le Camere di Commercio – 7. Conclusioni

### 1. Autonomia privata e risoluzione delle controversie

La tradizione giuridica di common law indica con l'acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution) i procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Tali procedimenti, da un lato, si sono storicamente sviluppati in conseguenza della crisi endemica raggiunta dalla giustizia statale<sup>(1)</sup> e, dall'altro, hanno risentito l'influsso del sensibile incremento dei processi di internazionalizzazione e di deregulation dei rapporti negoziali.

L'elevata conflittualità presente all'interno della compagine sociale<sup>(2)</sup>, dovuta sia alla frammentazione del sistema giuridico che all'elevato sviluppo dei traffici economici, sta provocando una progressiva paralisi del «sistema giustizia», il quale si sta dimostrando sempre più inadeguato a fornire un servizio tempestivo ed efficiente. Occorre evidenziare, infatti, che l'introduzione dell'istituto della mediazione, quale strumento per addivenire alla composizione amichevole delle controversie ed avente lo scopo di deflazionare il sistema giudiziario, si pone sulla scia della nor-

<sup>(1)</sup> CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, 31 ss., individua gli ambiti di erosione della sovranità statale ed i possibili rimedi astrattamente esperibili per «risalire la china» e recuperare spazi di operatività.

<sup>(2)</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005, 5: «La fraternità... non è

altra cosa rispetto al diritto, né assume le vesti di un altro diritto, ma ne è forse il cuore segreto, tanto più centrale quanto più la soluzione dei problemi appare legata a dimensioni planetarie».

mativa comunitaria (dir. 2008/52/CE, relativa alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale), che si prefigge l'intento dichiarato di facilitare l'accesso alla giustizia sia attraverso la promozione del ricorso delle parti agli strumenti di mediazione, sia attraverso un raccordo tra questi e le procedure giurisdizionali<sup>(3)</sup>.

Lo sviluppo dei fenomeni della contrattazione c.d. «di massa» e della normativa di settore emanata a tutela del contraente c.d. «debole», inoltre, hanno favorito l'emersione di vaste aree di micro-conflittualità che non possono essere affidate a forme tradizionali di risoluzione delle controversie, dal momento che gli elevati costi e la notevole durata dei procedimenti rischiano di non fornire una risposta adeguata alle molteplici istanze provenienti dai singoli consumatori.

La globalizzazione, pertanto, oltre che essere considerata da alcuni autori come un aspetto prodromico alla rinascita dell'originaria *lex mercatoria*<sup>(4)</sup>, ovvero di un diritto comune volto alla regolazione dei traffici internazionali, sta provocando anche un fenomeno di progressiva «contrattualizzazione»<sup>(5)</sup> degli ordinamenti giuridici, sempre meno fondati su norme imperative e cogenti ed improntati, invece, su modelli di legislazione scaturiti da regole condivise e derogabili dall'autonomia privata. Tale complesso fenomeno, quindi, costituisce il substrato culturale favorevole allo sviluppo di norme regolamentari di derivazione pattizia.

Il recupero di importanti spazi di intervento da parte dei privati,

<sup>(3)</sup> CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, 89: «La mediazione/conciliazione incontra un notevole supporto nelle Istituzioni dell'Unione Europea. Il d.leg. 28/10 si presta ad attuare la direttiva comunitaria del 21 maggio 2008, relativa alla mediazione delle controversie transfrontaliere. Tutti gli aspetti toccati dalla direttiva sono recepiti: la conciliazione delegata (art. 5, 2° comma), l'efficacia esecutiva dell'accordo conciliativo (art. 12); la riservatezza (artt. 9 e 10); oltre all'effetto sui termini di prescrizione e di decadenza».

<sup>(4)</sup> Per GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 238, le norme della *lex mercatoria* sono destinate a disciplinare i «rapporti commerciali che si instaurano nell'unità economica dei mercati».

<sup>(5)</sup> SOMMA, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 597 ss., individua in chiave problematica l'accentuata espansione del contrattualismo, sotteso all'armonizzazione tra finalità strumentali al migliore funzionamento del mercato e genuine istanze solidaristiche di protezione dei consociati.

<sup>(6)</sup> Sul fenomeno di progressiva erosione dell'apporto privato in ordine alla regolamentazione dei rapporti negoziali si rinvia, in senso critico, a SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, Torino, 2007, 10, secondo cui «valore decisivo assume un dato emergente dal sistema dei Principi di diritto europeo dei contratti. Esso è legato all'agevole constatazione che l'assetto di interessi diviso dai contraenti è, qui, ben lungi dal costituire un'entità intangibile *ab externo*: anziché cristallizzarsi su quanto stabilito al momento della genesi dell'atto, il programma convenzionale è infatti riplasmabile, rimodulabile, in forza di interventi di integrazione e di adeguamento *ope iudicis* (governati... dal canone *ex fide bona*), talché sembrerebbe addirittura profilarsi un indebolimento della volontà individuale nella determinazione degli effetti negoziali».

<sup>(7)</sup> G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 18: «Ma riconoscimento o autorizzazione altro non sono che finzioni prive di fondamento. Nella realtà, la rete di valori generali, che l'ordinamento statale predispone, per consentire la propria tutela agli atti di autonomia privata e i valori, del tutto particolaristici, che quest'ultimo esprime, muovono da esigenze, finalità e logiche diverse, destinate, per altro a non incontrarsi. La tutela che il sistema dell'ordinamento statale offre, alle regole private, si riduce, a ben vedere, in caso di violazione dei patti privati assunti, di una "action in justice", con riguardo a quegli atti di autonomia negoziale dei cui valori sia possibile, *ex post*, constatare la compatibilità con i valori espressi dall'ordinamento statale».

<sup>(8)</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, 2001, 7: «va anche ridimensionata la storica contrapposizione *sub specie tutelae* tra diritto e processo, giacché, se non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi conosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate».

<sup>(9)</sup> Tra i diritti indisponibili rientrano i diritti inalienabili *inter vivos*, intrasmissibili *mortis causa*, irrinunciabili, impignorabili, inusucapibili,

infatti, si manifesta funzionale non soltanto alla regolazione e disposizione dei propri interessi<sup>(6)</sup>, ma risulta teleologicamente orientato – ovvero appare finalizzato – anche al superamento ed alla composizione delle eventuali controversie insorgenti tra le parti medesime<sup>(7)</sup>.

Ciò risulta coerente con i principi generali immanenti al nostro ordinamento, dal momento che il libero esercizio dei diritti soggettivi presuppone la speculare esistenza di un sistema di rimedi, mediante i quali vengono sopperite le carenze di cooperazione che si verificano nell'ambito della corretta esecuzione dei rapporti giuridici<sup>(8)</sup>.

Le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili<sup>(9)</sup>, restano libere di conservare il pieno controllo sugli atti posti in essere mediante l'esercizio della propria autonomia e, pertanto, possono decidere di addivenire a forme di autocomposizione od eterocomposizione dei propri interessi che, pur situandosi al di fuori del fenomeno giurisdizionale, trovano eguale riconoscimento sotto il profilo costituzionale<sup>(10)</sup>.

Ne consegue che le ADR non debbono essere considerate quali strumenti antitetici e contrapposti al sistema tradizionale di tutela dei diritti, la cui attuale inadeguatezza non appare rispondere alle esigenze sottostanti a una moderna gestione dei conflitti<sup>(11)</sup>.

I modelli di composizione non contenziosa, invece, sussistono all'interno del nostro ordinamento non in veste ancillare o «alternativa» rispetto agli strumenti di tutela su base giurisdizionali.

imprescrittibili. Per un'ampia disamina v. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 459 ss.: «Fatta eccezione per alcune sporadiche deviazioni, in particolare la dottrina nostrana è perlopiù orientata a ritenere che la condizione essenziale perché la conciliazione possa legittimamente operare nel nostro sistema sia il carattere disponibile dei diritti controversi, non potendo le parti validamente ricorrere allo strumento conciliativo per risolvere controversie che riguardano diritti, per legge o per natura, sottratti al potere di disposizione delle parti. La giustificazione più immediata del binomio conciliazione/disponibilità dei diritti si fa discendere dalla ritenuta natura negoziale dell'istituto, dalla quale deriverebbe – al pari di quanto accade per tutti i negozi di diritto privato – un limite alla libertà e all'autonomia dei privati... La nitidezza di questa soluzione si attenua però nel momento in cui, dalla definizione del principio, si passa a trarne le conseguenze applicative: viene, infatti, in considerazione il problema, tra i più controversi nella dottrina civilistica e processualcivilistica, della individuazione dei limiti del potere di disposizione dei diritti, ossia della delimitazione e del riempimento della categoria dei cosiddetti diritti indisponibili. Al di là della facile individuazione dei diritti personalissimi, quali il diritto alla vita o all'integrità fisica e della già meno agevole selezione dei diritti attinenti ai rapporti di famiglia, le incertezze maggiori si incontrano nel momento in cui, abbandonata la categoria dei diritti non patrimoniali, ci si addentra nel terreno dei diritti aventi contenuto patrimoniale, nel tentativo, non sempre fecondo, di individuare il discrimine tra posizioni soggette al libero dominio dei privati e posizioni per natura o per legge sottratte all'autonomia privata». SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 197 ss., evidenzia la difficoltà di «enucleare tra i diritti quelli c.d. indisponibili, che devono restare al di fuori della conciliazione. Se, infatti, è pacifico in dottrina e giurisprudenza il carattere indisponibile dei diritti della personalità, delle potestà, degli *status* personali, nonché del diritto agli alimenti – inteso quest'ultimo quale diritto di natura patrimoniale discendente *ex lege* dallo stato di genitore, figlio e coniuge – essendo tutti volti a salvaguardare un interesse che trascende quello del soggetto che ne è titolare, non v'è, ad esempio, altrettanta convergenza di opinioni riguardo alla natura dei diritti derivanti da norme costituzionali o da norme inderogabili».

<sup>(10)</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1991, 32 ss.: «La libertà negoziale rimane comunque un valore costituzionale e le sue limitazioni devono appunto essere socialmente giustificate, risolvendosi altrimenti nella lesione di un diritto fondamentale della persona. La tutela della libertà negoziale rileva anche nei rapporti di diritto privato, rendendo illecite le interferenze dei terzi volte ad alterare la libera autodeterminazione del soggetto e ponendo un limite di validità ai negozi mediante i quali il soggetto rinuncia alla propria libertà di disposizione».

<sup>(11)</sup> GULOTTA e SANTI, *Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Milano, 1988, 7 ss., i quali affrontano i problemi psicologici sottesi ai conflitti di tipo parentale e familiare.

zionale, bensì rivestono una peculiare funzione “complementare” rispetto a questi ultimi, atteso che consentono alle parti di instaurare un dialogo su basi costruttive e di mantenere una forma di controllo sul relativo procedimento, permettendo alle stesse di adire successivamente, in caso di esito negativo, l'autorità giudiziaria<sup>(12)</sup>.

La funzione teorica di «equivalenti del processo civile»<sup>(13)</sup> svolta dagli strumenti di composizione non contenziosa, tuttavia, non garantisce un'estensiva applicazione degli stessi sul piano pratico, atteso che i predetti rimedi potranno costituire un reale strumento deflattivo dei procedimenti giudiziari soltanto qualora risultino regolamentati in modo tale da garantire il contraddittorio, l'imparzialità e l'equo trattamento degli interessi di tutte le parti in gioco<sup>(14)</sup>.

Per quanto attiene, inoltre, alla nozione di «conflitto» ed indipendentemente da ogni valutazione sul significato attribuibile al predetto termine<sup>(15)</sup>, quest'ultimo indica una situazione di contrasto fra divergenti interessi, che può trovare un diverso grado di componimento a seconda della complessità e/o del sistema “flessibile” di controllo che le parti intendono esercitare sul medesimo.

Tale contrasto, infatti, non deve essere appianato esclusivamente attraverso la risoluzione di una questione giuridica, bensì può essere gestito anche tramite l'utilizzo di procedure informali, atte a indicare soluzioni condivise e spontaneamente osservate dalle parti<sup>(16)</sup>.

L'elemento unificatore dei procedimenti sopra menzionati, quindi, consiste nella volontà comune delle parti liberamente manifestata, laddove il ricorso alla tutela giurisdizionale rappresenta il risultato di un'iniziativa unilaterale assunta da un soggetto a tu-

tela degli insopprimibili diritti allo stesso garantiti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost.<sup>(17)</sup>.

I diversi modelli di ADR si differenziano, oltre che per la loro differente natura e struttura giuridica, anche per il diverso grado di autonomia immanente agli stessi, il quale raggiunge la massima espansione nella negoziazione, in cui le parti assumono il pieno controllo in ordine alla gestione della controversia, sino a degradare nella mediazione e, da ultimo, nel procedimento arbitrale.

Tralasciando gli aspetti relativi alla natura e struttura giuridica dei diversi modelli di ADR, che saranno oggetto di ulteriore analisi nel corso della presente trattazione, occorre ribadire che, per quanto attiene all'elemento volontaristico, l'autonomia privata trova il suo massimo grado di esplicazione nella fase della negoziazione, all'interno della quale le parti mantengono il pieno controllo della procedura e procedono all'autoregolamentazione dei propri interessi<sup>(18)</sup>.

Tale modalità di gestione dei conflitti si palesa valida fino a quando i soggetti coinvolti collaborano attivamente alla risoluzione dei problemi, mantenendo un dialogo costruttivo e scambiandosi reciprocamente ogni informazione utile alla gestione delle problematiche emerse nel corso del negoziato<sup>(19)</sup>.

La mediazione, invece, consiste in un procedimento tramite il quale le parti tentano di addivenire alla risoluzione della controversia per mezzo di un soggetto – il mediatore – estraneo alla questione ed equidistante dai contrapposti interessi, il quale sollecita gli istanti a pervenire ad un'intesa<sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>.

Nella conciliazione di tipo facilitativo si assiste all'intervento di un terzo imparziale, indipendente e neutrale, che mette in relazione i soggetti e favorisce il dialogo tra i medesimi, i quali re-

<sup>(12)</sup> COSÌ e FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, 1 ss.: «Anche la nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare la gestione dei conflitti sociali al diritto e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie. Non importa se di civil o di common law, se “accusatori” o “inquisitori”, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire la pace e l'ordine, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, o addirittura totalitari. Tuttavia è proprio dall'interno della più proceduralista tra le culture giuridiche moderne, quella americana, che si sono sviluppate le reazioni alternative più significative alla razionalità procedurale-formale. Sono ormai più di trent'anni che i metodi informali di risoluzione delle controversie – in particolare quelli basati sul modello della mediation conflittuale – trovano ampia applicazione negli ordinamenti anglosassoni, e specialmente in quello statunitense».

<sup>(13)</sup> CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 60.

<sup>(14)</sup> TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 791, individua in tali strumenti i prodromi di un ulteriore abbandono della giurisdizione da parte dei soggetti coinvolti nei conflitti.

<sup>(15)</sup> C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 16 ss.: «Nell'ottica della mediazione, il conflitto non ha un'accezione negativa; esso è considerato, semplicemente, come un evento della vita che può sia avere effetti di crescita e di evoluzione sia risultare distruttivo quando non viene gestito o è gestito male, sì che le dinamiche portano ad una dissoluzione della struttura entro cui esso si è verificato. Il conflitto è una “situazione” e in quanto tale va affrontata, gestita, magari attraverso lo strumento della mediazione; tale strumento si distingue dagli altri interventi diretti a ridurre o eliminare il conflitto poiché questi considerano il conflitto come “problema” invece che come situazione. In altri termini, la maggior parte delle tecniche tradizionali di risoluzione dei conflitti rivolgono la loro attenzione alla modalità con cui si manifesta il conflitto, alle sue conseguenze problematiche invece che al conflitto in sé».

<sup>(16)</sup> Per la nozione di «flexible droit» si rinvia a CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura di A. De Vita, Milano, 1997, 5 ss.: «Occorre ridurre la pressione giuridica, modificare al contempo il tipo di norme... La questione del non-diritto è una questione di equilibrio. Ma non si auspica in nessun modo un mondo senza regole. Solo, si invocano altre regole, più naturali, naturali per necessità, che gli individui osserveranno spontaneamente».

<sup>(17)</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo*, in *Foro it.*, 2000, IV, 241 ss., secondo cui il «giusto processo» si realizza quando la

tecnica processuale consenta di pervenire ad un giudizio di verità dei fatti storici (*rectius* delle allegazioni di parte) che si avvicini, con il maggior grado di approssimazione possibile, alla realtà ontologica degli accadimenti.

<sup>(18)</sup> FISHER e URY, *Getting to yes*, New York, 1991, 8 ss.: «Bargaining over positions creates incentives that stall settlement. In positional bargaining you try to improve the chance that any settlement reached is favorable to you by starting with an extreme position, by stubbornly holding to it, by deceiving the other party as to your true views, and by making small concessions only as necessary to keep the negotiation going. The same is true for the other side. Each of those factors tends to interfere with reaching a settlement promptly. The more extreme the opening positions and the smaller the concessions, the more time and effort it will take to discover whether or not agreement is possible».

<sup>(19)</sup> RUMIATI, *Decisioni manageriali*, Bologna, 2010, 170: «Nella realtà organizzativa, la soluzione dei conflitti è spesso condizionata dal fatto che i contendenti non possono assumere posizioni ultimative o non cooperative, dovendo spesso continuare a convivere e probabilmente a cooperare in altre circostanze».

<sup>(20)</sup> SATTÀ, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 204 ss., evidenzia il significato dell'intervento del terzo che si interponga tra i soggetti litiganti cooperando alla determinazione delle loro volontà. Il significato di questo ricorso è notevolissimo: si tratta non tanto di un ricorso all'autorità della persona, quanto alla sua esperienza di uomo, di un uomo che ragionando deve far sentire la ragione altrui, e attraverso la propria formare l'altrui (ragionevole) volontà.

<sup>(21)</sup> Per C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, 329, la transazione presuppone l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*, «mentre la conciliazione può essere perfezionata anche con la rinuncia alla propria pretesa o con il riconoscimento integrale delle pretese altrui». ID., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. processuale*, 2009, 853: «La mediazione non viene configurata come un istituto distinto dalla conciliazione e caratterizzato dall'incontro delle parti per realizzare il loro accordo diretto, sia pure agevolato, ma solo agevolato dall'assistenza di un mediatore, laddove, invece, la conciliazione presuppone l'intervento del terzo conciliatore, che svolge un ruolo attivo, formulando una proposta, che le parti sono libere di accettare, perfezionando, con l'accettazione della proposta, la conciliazione. Affermare, infatti, che la mediazione è finalizzata alla conciliazione vuol dire attribuire alla mediazione la sola funzione di intervento di un soggetto terzo che, mediando tra le parti e formulando una proposta, svolge ciò che altro non è che un vero e proprio tentativo di conciliazione».

stano liberi di raggiungere un accordo (sovente con effetti novativi rispetto alle originarie pretese) oppure d'intraprendere un'azione giudiziale<sup>(22)</sup>.

La conciliazione di tipo valutativo, invece, si differenzia rispetto al precedente modello a causa del diverso ruolo rivestito dal terzo, atteso che quest'ultimo viene investito dalle parti del potere di proporre una soluzione alla controversia, fermo restando che le parti stesse si riservano la facoltà di accettare o rifiutare la proposta del conciliatore<sup>(23)</sup>.

Nell'arbitrato, infine, l'autonomia privata si espleta soltanto nella fase iniziale del procedimento, dal momento che i contendenti restano liberi soltanto di deferire la controversia a terzi mediante la sottoscrizione di un apposito negozio giuridico, denominato compromesso, oppure tramite l'inserimento della clausola compromissoria all'interno del testo contrattuale<sup>(24)</sup>.

La natura aggiudicativa e la funzione eterodiretta del procedimento arbitrale, stante il carattere decisorio dello stesso, fanno sì che il ruolo dell'autonomia privata risulti maggiormente compresso rispetto ai modelli sopra delineati, rendendo tale strumento di ADR quello "ideologicamente" ed ontologicamente più vicino alla cultura della giurisdizione<sup>(25)</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, quindi, appare fuorviante sul piano concettuale considerare le ADR sotto un profilo meramente quantitativo, ovvero reputarle strumenti alternativi di giustizia c.d. «minore» oppure fattori di emersione del «contenzioso sommerso»<sup>(26)</sup>.

Tali rimedi, invece, debbono essere valutati sul piano qualitativo, dal momento che risultano sottesi alla risoluzione delle contro-

versie attraverso una modalità dialogica di approccio, espressione sia del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che rimedia complementare agli altri mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento<sup>(27)</sup>.

Le predette conclusioni risultano condivisibili anche alla luce delle linee guida delineate in materia dall'Unione Europea, il cui punto 9 testualmente recita che «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» [Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19.4.2002, Com (2002), 196].

Tali principi sono stati successivamente trasfusi all'interno della dir. 2008/52/CE, relativa alla mediazione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale.

## 2. Modelli distributivi e cooperativi di ADR

Prima di passare alla trattazione dei principali modelli di ADR appare necessario premettere che i referenti culturali cui s'ispirano questi ultimi appartengono alla tradizione giuridica di common law, nella quale le conseguenze relative all'applicazione delle norme giuridiche risultano analizzate attraverso una visuale prospettica di tipo economico piuttosto che, come nel diritto continentale, mediante un'analisi di tipo linguistico-ermeneutico<sup>(28)</sup>.

Ne deriva che in tale contesto le situazioni di conflitto sono con-

risolti prescrittivi, bensì è all'origine di una distinzione tra due modelli: un primo, in cui il conciliatore, senza rinunciare normalmente a svolgere una funzione di chiarificazione ed orientamento, si limita tendenzialmente ad avvicinare le posizioni delle parti, oppure, specie quando il tentativo minaccia di fallire, può giungere a formulare informalmente una proposta di accordo di cui non rimane traccia (in gergo conciliazione "facilitativa"); un secondo, in cui il conciliatore formula una proposta di accordo tra le parti, la quale, sebbene non vincolante, influisce di regola sulla decisione relativa alle spese nell'eventuale processo giurisdizionale (conciliazione "valutativa")».

<sup>(27)</sup> G. GIACOBBE, *La cultura della conciliazione nel sistema dell'ordinamento giuridico: profili di natura privatistica*, in *Legalità e giust.*, 2005, 65 ss.

<sup>(28)</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, 14 ss.: «L'approccio romanista classico è, infatti, un approccio eminentemente ermeneutico: il diritto è incorporato in testi legislativi – i codici – ed il compito del giurista è quello di interpretare questi testi, scoprendo il significato delle scelte collettive e legislative di cui tali testi sono la risultante. In questo senso l'approccio tradizionale continentale è un approccio che guarda indietro e sostanzialmente "nega" le scelte dell'interprete... Al contrario, l'approccio di Law and Economics è un approccio che guarda in avanti; guarda alle conseguenze delle regole ammesse e seleziona in base alla desiderabilità di tali conseguenze. Le scelte del giudice e dell'avvocato non sono negate: sono ammesse esplicitamente, ma sono indirizzate in base a criteri di efficienza. Il linguaggio diviene molto meno importante: le regole hanno una loro giustificazione non ermeneutica, le parole sono solo un modo di rappresentarle, ed esse possono venire verbalizzate in modi molteplici». BAIRD, GERTNER, PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge (Mass.)-London, 2000, 50 ss.: «Game theory can be applied in legal analysis in a descriptive and normative manner. In its descriptive usage game theory is treated as a tool for explaining and thereby predicting human behaviour, and in its normative usage as a tool for determining the content of normative concepts, especially, the concept of justice. Given that game theory can be applied both in the area of legal philosophy and legal dogmatics, one can distinguish four ways of applying game theory in legal analysis: (a) normative in legal philosophy, (b) normative in legal dogmatics, (c) descriptive in legal dogmatics, (d) descriptive in legal philosophy. Arguably, as yet the applications of game theory in the areas (c) and (d) have proved to be most fruitful from among the possible application of game theory in legal analysis. As for (c): game theory has been extensively applied in legal dogmatics (in the context of various branches of law, e.g., tort law, contract law, competition law, bankruptcy law, consumer law) in order to predict how human beings react to possible legal rules and thereby to choose the economically efficient legal rules».

<sup>(22)</sup> IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 146: «Parlare di conciliazione senza ulteriori specificazioni è come dire tutto e niente allo stesso tempo, potendo essa stessa assumere così svariate forme da richiedere necessariamente più precise qualificazioni. Se è vero che la conciliazione potrebbe definirsi, in via di prima approssimazione, un procedimento di composizione negoziale della controversia nel quale le parti si avvalgono della cooperazione di un terzo imparziale e neutrale, è pur vero che una definizione così generica non rende testimonianza della poliedricità della stessa conciliazione». LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, 2076 ss., qualifica come conciliazione «aggiudicativa» o «valutativa» («rights-based mediation») il modello che «imponesse al conciliatore di valutare la fondatezza delle rispettive pretese, al fine di formulare una proposta il cui contenuto, ovviamente, viene parametrato sull'opinione che il conciliatore si è fatto circa le posizioni delle parti». L'Autore osserva peraltro che «l'esperienza conosce un altro tipo di conciliazione, che potremmo chiamare – in antitesi alla conciliazione/aggiudicazione di cui sopra – come conciliazione/mediazione (oppure conciliazione "facilitativa"); oppure ancora "interest based mediation". In essa non è rilevante la fondatezza delle pretese, ma la soddisfazione degli interessi: con tale tipo di conciliazione, si cerca di individuare quali sono i veri interessi delle parti, al di là delle pretese formalizzate (e non potrebbe essere diversamente) in termini giuridici».

<sup>(23)</sup> CAGGIANO, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel settore immobiliare: disciplina e prassi in Italia*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 376: «si tratta di un procedimento di composizione negoziale di una controversia nel quale le parti si avvalgono della cooperazione di un terzo imparziale e neutrale per trovare una soluzione concordata della lite e registrano, al termine di questo tentativo, il loro mancato accordo ovvero la composizione consensuale della lite stessa».

<sup>(24)</sup> LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 263, propendono per la generale applicabilità della disciplina codicistica anche all'arbitrato irrituale ex art. 808 ter c.p.c.

<sup>(25)</sup> C. TROISI, *op. cit.*, 97 ss.: «L'arbitrato rientra nelle tecniche ADR ma è lo strumento "ideologicamente" più vicino ai sistemi tradizionali in virtù del suo spirito contenzioso, finalizzato a individuare le responsabilità scaturite da una controversia attraverso una decisione presa dall'alto e imposta ai confliggenti attraverso la logica della ricostruzione del fatto e della ricerca delle norme applicabili».

<sup>(26)</sup> CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative dispute resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, 165: «Sebbene il diverso contenuto concreto dell'attività del conciliatore non si rifletta sulla qualificazione giuridica dell'accordo conciliativo, tale diversità non è priva di



figurate come una serie di giochi ripetuti, in cui i relativi agenti, ponendo in essere determinate strategie, perseguono il fine di conseguire una determinata utilità<sup>(29)</sup>.

Nei giochi non cooperativi le parti, consapevoli che le risorse economiche sono limitate a fronte di illimitati interessi di natura contrapposta, entrano in competizione fra loro per trarre un determinato vantaggio. Tali giochi vengono anche definiti a «somma zero» perché alla vittoria di un partecipante consegue necessariamente la sconfitta dell'altro<sup>(30)</sup>. Deve essere evidenziata, in ogni caso, la circostanza che il predetto modello alimenta la conflittualità ed impedisce la collaborazione intersoggettiva, dal momento che le parti rimangono ferme sulle proprie posizioni, preferendo puntare esclusivamente al predominio sull'avversario piuttosto che trovare una composizione condivisa della questione.

All'interno di quest'ultima tipologia (c.d. «win-lose»), quindi, possiamo ricomprendere le procedure di negoziazione c.d. «distributiva» (ad es. i negozi transattivi) e, soprattutto, i procedimenti arbitrari.

Nei giochi cooperativi, al contrario, tutti i partecipanti risultano naturalmente portati a soddisfare in modo reciproco i propri interessi e si adoperano attivamente per la risoluzione del conflitto, pervenendo al risultato non attraverso la mera distribuzione della posta in palio bensì mediante la generazione di soluzioni alternative<sup>(31)</sup>.

La scissione fra gli interessi dei partecipanti e le posizioni assunte dagli stessi all'interno del gioco, pertanto, consente agli agenti di generare un valore aggiunto (bargaining theory), nonché incrementare le proprie relazioni interpersonali in un arco temporale di medio-lungo periodo<sup>(32)</sup>.

Nei giochi a «somma variabile» (c.d. «win-win»), quindi, non esi-

stano vincitori e vinti, ma tutte le parti ritraggono comunque un beneficio dalla semplice partecipazione.

Esempi paradigmatici a tale riguardo sono costituiti dalla negoziazione c.d. «cooperativa» e, soprattutto, dalle procedure mediaconciliative<sup>(33)</sup>.

### 3. La negoziazione

Nel procedimento di negoziazione le parti manifestano l'intenzione di addivenire ad una autocomposizione degli interessi contrapposti mediante l'utilizzo di modalità che favoriscano un dialogo costruttivo, volto allo scambio reciproco di informazioni nonché al superamento di posizioni antagonistiche.

Il contratto di transazione (art. 1965 ss. c.c.) costituisce il tipo paradigmatico di negozio dispositivo nel quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già intrapresa o prevengono una lite che può insorgere tra loro<sup>(34)</sup>.

L'effetto distributivo costituisce elemento essenziale dell'accordo transattivo, atteso che l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum* non rappresenta un presupposto indefettibile del negozio, il quale può essere perfezionato anche con la rinuncia alla propria pretesa o con il riconoscimento integrale delle pretese altrui<sup>(35)</sup>.

Attraverso le reciproche concessioni i soggetti, oltre che eliminare una situazione d'incertezza di tipo oggettivo o soggettivo (c.d. *res dubia*), possono incidere sui rapporti oggetto di specifica contestazione anche mediante l'estinzione del precedente vincolo giuridico e la contestuale creazione di una nuova obbligazione (transazione c.d. complessa o novativa)<sup>(36)</sup>.

La prevalenza della negoziazione degli interessi, in ogni caso, assume una peculiare rilevanza all'interno dei modelli di tipo cooperativo, sviluppati secondo le indicazioni fornite dal c.d. «Harvard Negotiation Project»<sup>(37)</sup>.

<sup>(29)</sup> La nascita della moderna teoria dei giochi si fa tradizionalmente risalire all'opera di VON NEUMANN e MORGENTHAU, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944, 7 ss.

<sup>(30)</sup> NASH, *Non Cooperative Games*, in *Ann. of Maths.*, 1951, 286: «The notion of an equilibrium point is the basic ingredient in our theory. This notion yields a generalization of the concept of the solution of a two – person zero – sum game. It turns out that the set of equilibrium points of a two – person zero – sum game is simply the set of all pairs of opposing “good strategies”».

<sup>(31)</sup> HALL, *Negotiation: Strategies for Mutual Gain*, Thousand Oaks, 1993, VII ss.: «Conflicts, improperly managed, within or between individuals, are frustrating and waste valuable resources of time, energy, possibilities of improving outcomes by improving the processes we use to reach them».

<sup>(32)</sup> AXELROD, *Giochi di reciprocità: l'insorgenza della cooperazione*, Milano, 1985, 52 ss., analizza la problematica della cooperazione tra individui anche sotto il profilo etico. ID., *The Evolution of Cooperation*, New York, 2006, 5: «Cooperation can begin with small clusters. It can thrive with strategies that are “nice” (that is, never the first to defect), provokable, and somewhat forgiving. Once established in a population, individuals using such discriminating strategies can protect themselves from invasion. The overall level of cooperation tends to go up and not down. In other words, the machinery for the evolution of cooperation contains a “ratchet,” that is, it increases. Many institutions have developed stable patterns of cooperation based upon similar norms. Diamond markets, for example, are famous for the way their members exchange millions of dollars worth of goods with only a verbal pledge and a handshake. The key factor is that the participants know they will be dealing with each other again and again. Therefore any attempt to exploit the situation will simply not pay».

<sup>(33)</sup> FISHER, URY, PATTON, *L'arte del negoziato*, Milano, 2008, 27: «Che un negoziato concerna un contratto, una lite in famiglia o un trattato di pace fra due nazioni, la gente di solito si ingolfa in una trattativa di posizione. Ciascuna delle parti prende una posizione, la difende e fa concessioni per raggiungere un compromesso».

<sup>(34)</sup> Per F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, 4, tale fattispecie occupa una posizione di confine tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale. Secondo PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. Rescigno*, 13, V, Torino, 1985, 297 ss., «Questo riferimento a pretese e contestazioni, che vanno composte ed eliminate mediante reciproche concessioni, indipendentemente da un accertamento dei diritti spettanti alle parti secondo l'ordinamento, contiene implicitamente la distinzione tra contratto di

transazione, negozio di accertamento e atti di accertamento». Per MONATERI, *Questioni generali in materia di transazione*, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, a cura di E. Andreoli, Padova, 2000, 38, «È vero che è lo stesso codice civile a qualificare la transazione come contratto. Ma in un paese di *civil law* questa circostanza non è decisiva... ma occorre poi verificare che su tale configurazione siano d'accordo la dottrina e la giurisprudenza... Carnelutti non era affatto d'accordo nel qualificare la transazione come un contratto, ma è prevalsa l'opinione contraria di Santoro-Passarelli, secondo cui è un contratto».

<sup>(35)</sup> DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, I: «la nozione fornita dall'art. 1965 cod. civ., secondo cui “la transazione è il contratto col quale le parti facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra loro”, non individua un tipo contrattuale in base al contenuto di una o entrambe le prestazioni, ma descrive una funzione assolvibile da qualsiasi prestazione di cui le parti possono disporre: porre fine a una lite già incominciata o prevenire una lite che può sorgere». Secondo CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contr.*, 2010, 437 ss., «L'auspicabile accordo delle parti che il mediatore cerca di procurare, eventualmente suggerendo un'ipotesi di accordo, non è altro che un comune contratto di transazione, anche novativa se così le parti hanno concordato. Le parti potrebbero con il loro accordo, anche creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello che ha dato origine alla controversia sottoposta al mediatore, e in questo caso si avrà una transazione mista (art. 1964, 2° co., c.c.). Ne segue che questa transazione potrà essere impugnata da una delle parti nei casi stabiliti dal codice civile per questo contratto».

<sup>(36)</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 14ª ed., Napoli, 2009, 1270: «La transazione è novativa a prescindere dalla intenzione delle parti e dalla loro consapevolezza, dovendosi aver riguardo al fatto oggettivo della incompatibilità assoluta tra situazione pregressa e regolamento transattivo. Questa figura non può comunque essere ricompresa nel più ampio fenomeno della novazione del rapporto. La disciplina della novazione, infatti, presuppone l'esistenza di un *animus novandi* che è invece irrilevante in sede di transazione e soprattutto presuppone l'esistenza di una valida obbligazione originaria a differenza (almeno di regola) della transazione (art. 1969, 1972, 2° co., c.c.)». MOSCARINI e CORBO, *Transazione*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1998, 2, «Resta quindi confermato il carattere essenzialmente dispositivo del negozio di transazione e definitivamente esclusa la sua natura dichiarativa, pur in passato ipotizzata».

<sup>(37)</sup> FISHER, URY, PATTON, *op. cit.*, 245-246.

L'assioma su cui si fonda tale metodo di autocomposizione consiste nella constatazione empirica che le risorse economiche appaiono necessariamente limitate e che, quindi, nel negoziato distributivo le uniche strategie possibili sono necessariamente di tipo rivendicativo.

Nella strategia cooperativa di risoluzione dei conflitti, invece, le parti preferiscono rinunciare alla realizzazione immediata dei propri interessi, al fine di privilegiare sia il mantenimento dei buoni rapporti di tipo sociale e/o commerciale che la creazione di valore aggiunto a vantaggio di tutti i partecipanti<sup>(38)</sup>.

L'approccio metodologico si attua mediante quattro fasi principali, facenti parte di un'unica sequenza procedimentale.

In primo luogo è necessario scindere le persone dal problema. Molte incomprensioni, infatti, si fondano su malintesi derivanti da problemi di comunicazione e/o semantici, pregiudizi personali, diffidenza, percezioni selettive<sup>(39)</sup>.

Diviene fondamentale, in tale ottica, instaurare una capacità dialogica attiva tra i soggetti, mediante l'ascolto e la corretta comprensione delle posizioni dell'altra parte, volta a discernere le resistenze di tipo comunicativo dalla sostanza delle questioni affrontate.

La seconda fase consiste nella ricerca dei reali interessi perseguiti, i quali generalmente restano sottesi alle posizioni apparentemente espresse dalle parti.

Le richieste manifestate dai partecipanti, infatti, si palesano sovente come incompatibili e/o inconciliabili tra loro, mentre gli interessi sottostanti rappresentano i beni della vita realmente desiderati dagli stessi, i quali costituiscono nel complesso l'elemento denominato quale «misura della negoziazione»<sup>(40)</sup>.

L'operazione di «disclosure» in ordine all'esplicitazione dei contrapposti interessi consente alle parti di addivenire alla fase procedimentale successiva, ovvero alla creazione di accordi novativi vantaggiosi per tutti i soggetti coinvolti (c.d. «negoziazione creativa»).

La negoziazione di tipo cooperativo, infatti, risulta essenzialmente preposta al naturale superamento delle posizioni, non puntan-

<sup>(38)</sup> C. TROISI, *op. cit.*, 93: «Per negoziare in forma cooperativa, pertanto, è necessario scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni e generare opzioni soddisfacenti per tutte le parti. La negoziazione integrativa si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella ricerca di un valore aggiunto per entrambi. In questo caso, il gioco che si instaura è "a somma variabile". Mentre nei negoziati distributivi l'unica strategia possibile degli attori è quella rivendicativa, nei negoziati integrativi essi hanno due possibilità: creare valore e rivendicare valore. Nei negoziati di natura integrativa che durano nel tempo, gli attori possono imparare a rinunciare alla massimizzazione dei loro interessi di breve termine in virtù di quelli di lungo periodo».

<sup>(39)</sup> SHILLER, *Irrational Exuberance*, Princeton, 2005, 9 ss.: «Years after the 2000 peak of the market, the market is down significantly, but still is very high by historical standards. The news media are tired of describing the high levels of the market, and discussion of these levels is usually omitted from considerations of market outlook. And yet, deep down, people know that the market is still highly priced, and they are uncomfortable about this fact. Lacking answers from our wisest men, many are inclined to turn to the wisdom of the markets to answer our questions, to use the turns of the stock market as fortune tellers use tea leaves. But before we begin assuming that the market is revealing some truth about this new era, it behooves us to reflect on there all determinants of market moves and how these market moves, in their effects, filter through the economy and our lives. Many of those real determinants are in our minds. They are the "animal spirits" that John Maynard Keynes thought drove the economy». RUMIATI, RUBALTELLI, MISTRI, *Psicologia economica*, Roma, 2008, 5 ss., affrontano il problema delle scelte economiche partendo dall'analisi psicologica dei comportamenti individuali.

<sup>(40)</sup> LAX e SEBENIUS, *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperative and Competitive Gain*, New York, 1986, 45.

<sup>(41)</sup> LARRICK e WU, *Claiming a Large Slice of a Small Pie: Asymmetric Disconfirmation in Negotiation*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, 212: «negotiators consistently underestimate the size of the bargaining zone in distributive negotiations (the small-pie bias) and, by

do alla riduzione delle distanze tra opposte esigenze bensì alla creazione di soluzioni idonee a superare il problema relativo alla scarsità economica delle risorse disponibili.

La discussione fra le diverse opzioni così generate, pertanto, permette di "allargare la torta" messa a disposizione dei contendenti (c.d. «fixed-pie bias»)<sup>(41)</sup>.

L'ultima fase costituisce il logico corollario della prima atteso che le parti, libere ormai dai propri "idola"<sup>(42)</sup> derivanti da pregiudizi di tipo cognitivo e/o personale, restano libere di raggiungere l'accordo mediante l'utilizzo di criteri prevalentemente oggettivi<sup>(43)</sup>.

Tali criteri possono consistere nell'utilizzo di parametri coincidenti con il valore di mercato, nell'adozione di standard professionali o nell'applicazione di precedenti giurisprudenziali.

Al termine del procedimento sopra descritto i partecipanti risultano maggiormente propensi al raggiungimento dell'accordo, dal momento che dispongono di informazioni sufficienti per addivene ad un'equa autocomposizione dei propri interessi<sup>(44)</sup>.

#### 4. La mediazione

Secondo autorevole dottrina al termine conciliazione non corrisponde un concetto generale assolutamente preciso, trattandosi di un istituto poliedrico che ha assunto nel corso del tempo una pluralità di significati<sup>(45)</sup>. Si registrano, infatti, molteplici aggettivazioni dell'istituto, tali da rendere ogni modello conciliativo *species* autonoma di un *genus* più ampio<sup>(46)</sup>.

La caratteristica comune ad ogni modello, tuttavia, non riposa sull'idea di una soluzione del conflitto bensì su una gestione "dolce" del medesimo, la quale concretamente si espleta mediante l'intervento di un terzo indipendente ed imparziale, che mette in relazione i partecipanti sia per confrontare i rispettivi punti di vista che per trovare una soluzione condivisa<sup>(47)</sup>.

Tale definizione appariva coincidente con la nozione fornita dall'abrogato art. 1, lett. d, d.m. 23.7.2004, n. 222, ove la conciliazione veniva testualmente indicata come «il servizio reso da

implication, overestimate the share of the surplus they claim (the large-slice bias)».

<sup>(42)</sup> IRTI, *Idola libertatis Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 1 ss., sottopone a forte critica il principio di libertà delle forme, ritenendo le norme prescritte in materia suscettibili di interpretazione analogica.

<sup>(43)</sup> C. TROISI, *op. cit.*, 96: «Negoziare sul merito significa allora: 1) inquadrare ogni problema come una ricerca comune di criteri oggettivi; 2) ragionare (ed essere disponibili al ragionamento) su quali unità di misura siano più appropriate e su come dovrebbero essere applicate; 3) non cedere alle pressioni, ma concentrarsi su criteri oggettivi individuati».

<sup>(44)</sup> D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 153: «Ciò trova riscontro nel rinnovato sistema del diritto civile che, in aggiunta al complesso di regole generali riferibili al contratto *id est* ai negozi *inter vivos* con contenuto patrimoniale, si arricchisce di regole e principi - propri del negozio *inter vivos* patrimoniale con contenuto imposto - coerenti con l'enunciato che il negozio è espressione di autonomia nel momento stesso in cui offrono di questo una nuova misura».

<sup>(45)</sup> A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 203, sottolinea la duplicità di significato del termine conciliazione in quanto risultato ed in quanto attività (tendente al risultato) diversa dall'attività del giudice, ove rileva che «Conciliazione è termine al quale non corrisponde nel linguaggio italiano, comune o giuridico, un concetto generale assolutamente preciso. È dunque sempre necessaria ulteriore specificazione o aggettivazione, ed in primo luogo occorre il riferimento ad un determinato settore della esperienza giuridica».

<sup>(46)</sup> IANNICELLI, *op. cit.*, 149: «si registrano, infatti, molteplici aggettivazioni della conciliazione che pongono in risalto ora questo ora quell'aspetto, così da rendere ogni modello conciliativo *species* autonoma di un *genus* molto più ampio».

<sup>(47)</sup> BONAFÉ-SCHMITT, *La mediazione: une justice douce*, Paris, 1992, 21 ss.; S. PAOLO, *Nuovo Testamento, Lettera ai Romani*, 5, 16: «il giudizio infatti viene da uno solo, ed è per la condanna, il dono di grazia invece da molte cadute, ed è per la giustificazione».

uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma».

A differenza di quanto avveniva precedentemente i termini mediazione e conciliazione non sono più usati come sinonimi, ma si è inteso evidenziare come la conciliazione sia uno dei possibili esiti della mediazione, della quale quest'ultima costituisce presupposto indefettibile<sup>(48)</sup>.

Viene definita «mediazione» l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa, laddove la conciliazione indica la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione (art. 1, 1° co, lett. a e c, d.lg. 4.3.2010, n. 28)<sup>(49)</sup>.

Tale espressa definizione legislativa ha posto fine alle numerose diatribe dottrinali di ordine semantico ed ermeneutico, atteso che parte della letteratura, sulla scorta di un retaggio culturale risalente al codice di procedura civile del 1865 ed al fine di evitare confusione con il negozio tipico previsto dall'art. 1754 c.c., aveva già ritenuto plausibile tradurre l'espressione «mediation» quale sinonimo<sup>(50)</sup>. Secondo altri autori, invece, il problema non era soltanto di ordine nominalistico o definitorio, atteso che i due istituti avrebbero presentato rilevanti differenze anche dal punto di vista prettamente strutturale<sup>(51)</sup>.

Altre opinioni, infine, riconducevano i procedimenti conciliativi

– dotati di maggiore giuridicità e formalismo – nell'alveo di un modello particolare di «mediation», caratterizzato da un intervento meno incisivo del terzo<sup>(52)</sup>, laddove altri autori ritenevano preferibile adottare una classificazione di segno opposto<sup>(53)</sup><sup>(54)</sup>. All'interno del dettato normativo si possono individuare, quindi, due forme di mediazione: quella c.d. «compositiva» o «facilitativa», finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole; quella c.d. «propositiva» o «aggiudicativa», finalizzata alla formulazione di una proposta che possa definire la controversia insorta tra le parti<sup>(55)</sup>.

Nella prima fattispecie il terzo assume la funzione di soggetto interposto tra le parti per agevolare il dialogo tra le medesime, al fine di consentire il raggiungimento di una composizione negoziata della controversia senza assumere alcuna posizione in ordine al merito delle questioni<sup>(56)</sup>.

Ciò non si verifica nella seconda ipotesi, laddove il terzo propone alle parti un'ipotesi di soluzione della controversia. Ne consegue che, in quest'ultima fattispecie, ha luogo un maggior grado di compressione dell'autonomia privata, analoga al fenomeno dell'arbitraggio previsto dall'art. 1349 c.c., in cui i soggetti si rimettono al *merum arbitrium* oppure all'*arbitrium boni viri* del terzo per la determinazione del contenuto contrattuale.

L'utilizzo della predetta terminologia costituisce, in ogni caso, un portato della letteratura nordamericana che, per descrivere il complesso fenomeno, utilizza le nozioni di «facilitative» e «evaluative mediation»<sup>(57)</sup>.

La mediazione, inoltre, può essere<sup>(58)</sup>:

- 1) facoltativa (quando viene scelta liberamente dalle parti);
- 2) giudiziale (nel caso in cui sia il giudice, con ordinanza, ad

<sup>(48)</sup> BUFFONE, *Mediazione e conciliazione: tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, Milano, 2010, 20.

<sup>(49)</sup> PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. Introduzione*, in *Soc.*, 2010, 619 ss.: «Il negozio in cui ritrae la conciliazione ha caratteristiche peculiari. Trattandosi di un atto che è espressione dell'autonomia negoziale, le parti, con esso, potranno disporre come credono della *res litigiosa* (purché, ovviamente nei limiti evocati già dall'art. 1322 c.c., dell'ordine pubblico e delle norme imperative, richiamati all'art. 12 del decreto, e posti dall'art. 14 anche come limite naturale alla proposta formulata dal mediatore) potendo anche superare i confini della lite, senza incontrare, diversamente da quanto avviene per il giudice e l'arbitro, l'ostacolo implicato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a che l'accordo riguardi anche vicende originariamente non ricomprese nella controversia... Il che non toglie che la determinazione dell'oggetto della lite che si vuole evitare di introdurre, con la proposizione della "domanda" di mediazione, debba essere compiuta in corrispondenza con quel che sarebbe il *petitum* dell'atto introduttivo del giudizio da proporre, non già perché con ciò si intenda trasformare il procedimento di mediazione in un *iter* che si snodi sulla falsariga di un processo di tono minore, ma per l'ovvia constatazione della necessità di consentire alla parte il raggiungimento degli effetti previsti dall'art. 5, comma 6».

<sup>(50)</sup> Per la definizione della conciliazione quale «compromesso linguistico» si rinvia a C. BRUNELLI, *Clauseole compromissorie, dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale in materia societaria*, in *La riforma delle società: aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino, 2004, 421 ss.

<sup>(51)</sup> Per DE PALO, D'URSO, GOLANN, *Manuale del mediatore professionista: strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010, 38, la predetta distinzione rappresenterebbe una questione da meri "puristi", atteso che «la stessa opportunità di tracciare una linea di demarcazione fra conciliation e mediation non può che apparire remota a chi preferisca accettare la distinzione, ben più nota in letteratura e nella pratica, tra mediazione facilitativa e valutativa. Per completezza, va comunque detto che nemmeno la distinzione tra mediazione valutativa e facilitativa è pacificamente accolta in dottrina».

<sup>(52)</sup> PERRINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di Bernardini, Milano, 2001, 10 ss.: «Alla conciliazione... possono essere accostati negozi che come risultato hanno quello di risolvere una controversia in via concordata e che anzi, sovente, sono proprio quelli utilizzati dalle parti per raggiungere la composizione della lite all'esito della conciliazione... Strumenti ulteriori per il superamento delle controversie sono la rinuncia alla propria pretesa e il riconoscimento della pretesa altrui, impiegabili dal-

le parti in via autonoma, a prescindere da un eventuale epilogo contenzioso o conflittuale del contrasto, sebbene più sovente i contendenti se ne avvalgano a fini transattivi. Così come, infatti, lo schema transattivo diventa strumentale al raggiungimento della conciliazione, le figure in parola paiono funzionali al modello di transazione allorché il momento delle reciproche concessioni si concretizza nel fatto che ciascuna parte si fa carico di dismettere una sua posizione ovvero di riconoscere la fondatezza di quella avversaria. Si è invece fuori dallo schema tipico della transazione quando rinuncia e riconoscimento intervengono a opera di uno solo dei soggetti in lite (o potenzialmente in lite), stante l'assenza delle reciproche concessioni. La rinuncia si sostanzia in un atto negoziale abdicativo per mezzo del quale il titolare di una posizione giuridica attiva abbandona intenzionalmente il proprio diritto soggettivo senza che lo trasferisca o lo alieni nel patrimonio giuridico di altri. Il riconoscimento, invece, assume la veste di una dichiarazione unilaterale resa allo scopo di accettare l'esistenza di una certa situazione giuridica nella sfera della propria controparte ammettendo, di conseguenza, la fondatezza della relativa pretesa giudiziale».

<sup>(53)</sup> BENIGNI, *Le procedure di ADR, in Composizione delle controversie commerciali con le procedure ADR. Opportunità per le imprese*, a cura di Benigni e Franzini, Milano, 2004, 14 ss.

<sup>(54)</sup> IANNICELLI, *op. cit.*, 153: «Le differenze tra i due modelli di mediazione andrebbero, quindi, rintracciate nel diverso grado di compressione dell'autonomia contrattuale da parte del terzo».

<sup>(55)</sup> Le Relazioni mediazione «facilitativa» e «aggiudicativa» sono indicate nella Relazione illustrativa allo schema di Decreto legislativo attuativo dell'art. 60, l. n. 69/2009. La predetta relazione chiarisce, *sub art.* 1, che la preferenza accordata alle forme facilitative discende dalla «loro maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti ed alla loro conseguente maggiore accettabilità sociale».

<sup>(56)</sup> UZQUEDA e FREDIANI, *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002, 1, secondo cui il conflitto è un'opportunità di crescita e di apprendimento, che potrebbe aiutare a fortificare i vincoli tra gli individui e ridurre le tensioni incipienti.

<sup>(57)</sup> RISKIN, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: a Grid for the Perplexed*, in *Harvard Negotiation L. Rev.*, 1996, 18: «mediation is commonly defined as a process in which a third party neutral assists disputing parties in reaching a mutually agreeable resolution, and that mediators normally aim to promote information exchange, promote understanding among the parties and encourage exploration of creative solutions».

<sup>(58)</sup> CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *Contr.*, 2010, 209 ss.



invitare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione); l'invito può essere fatto in qualunque momento purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero prima della discussione della causa nel caso in cui l'udienza di precisazione delle conclusioni non sia prevista;

3) obbligatoria (quando è imposta dalla legge; in tal caso il procedimento di mediazione deve essere esperito a pena d'improcedibilità della domanda); quest'ultima forma di mediazione è disposto che diventi operativa decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto n. 28/2010 (ovvero il 20.3.2011).

La prima distinzione concerne un procedimento di tipo volontario stragiudiziale ed extraprocessuale, laddove si prevede che le parti possano esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dall'esercizio dell'azione civile. Nella seconda ipotesi si rinviene un procedimento stragiudiziale endoprocessuale, ove l'attività di mediazione è demandata ad un organismo non giudiziale su invito – peraltro non vincolante – del giudice al quale è stata demandata la risoluzione della controversia. Da ultimo, infine, il legislatore ha previsto una mediazione obbligatoria di tipo extraprocessuale ed extragiudiziale, che opera quale condizione di procedibilità per una serie di controversie nelle materie dall'art. 5, 1° co., d.lg. 4.3.2010, n. 28<sup>(59)</sup>.

Le parti, qualora siano libere di intraprendere il relativo procedimento, potranno operare con le seguenti modalità: a) in osservanza di una specifica clausola pattizia, mediante la quale si obbligano ad esperire il tentativo; b) in forma congiunta, nel caso in cui manifestino tale accordo successivamente all'insorgenza della controversia; c) in forma disgiunta, nel caso in cui una soltanto delle parti inviti l'altra alla mediazione dinanzi all'organismo preposto.

Occorre precisare, comunque, che la clausola di mediazione non costituisce – a differenza della clausola compromissoria – una deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria, ragion per cui i soggetti interessati (*in primis* i consumatori) restano liberi successivamente di agire in via processuale a tutela dei propri diritti<sup>(60)</sup>.

L'art. 2, 2° co., d.lg. 4.3.2010, n. 28, in ogni caso, non preclude il ricorso alle negoziazioni volontarie e paritetiche<sup>(61)</sup> relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi. I procedimenti paritetici si fonda-

no su accordi bilaterali, sottoscritti da importanti aziende con le associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative.

La caratteristica peculiare di tali modelli di negoziazione delegata consiste nel fatto che ognuna delle parti è rappresentata nella procedura da un «conciliatore», ciascuno nominato con le modalità stabilite nei rispettivi regolamenti, peraltro liberamente consultabili sui relativi siti internet.

La violazione del fondamentale canone d'imparzialità potrebbe prestarsi alla creazione di organismi sottesi all'osservanza di mere finalità propagandistiche, volte a fidelizzare la clientela mediante l'ascolto delle più svariate problematiche, senza che ne derivi agli utenti alcun riscontro di carattere pratico<sup>(62)</sup>.

Il *favor* legislativo, tuttavia, appare ricadere sul sistema c.d. «amministrato», in cui fra le parti ed il mediatore si frappone un ulteriore soggetto (c.d. «organismo di conciliazione»), il quale offre il relativo servizio in condizione di concorrenza paritaria con altri enti simili.

Tale modello organizzativo appare più idoneo ad offrire ai consumatori un servizio con costi e tempi prefissati, nonché provvedere alla nomina e formazione dei mediatori accreditati, dal momento che questi ultimi sembrano offrire maggiori garanzie di competenza, imparzialità e professionalità secondo i criteri previsti dal d.m. 18.10.2010, n. 180.

Ai fini dell'iscrizione l'organismo, il quale può essere un ente pubblico o privato che dia garanzia di serietà ed efficienza, deve dimostrare di possedere tutti i requisiti prescritti dall'art. 18, d.m. n. 180/2010, nonché depositare, tra l'altro, il codice etico, il regolamento di procedura e – per gli enti privati – la tabella delle indennità<sup>(63)</sup>.

Anche il d.lg. 6.9.2005, n. 206, oltre che ribadire la propria preferenza per le procedure amministrative di composizione extragiudiziale delle controversie (artt. 140-141 c. cons.) ha riconosciuto all'istituto in parola un ulteriore spazio di operatività.

Il novellato art. 140 *bis* c. cons. – introdotto dall'art. 2, 446° co., l. 24.12.2007, n. 244 – ha reso possibile anche nel nostro ordinamento l'esperimento di azioni collettive risarcitorie (c.d. «class actions») a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti.

Le azioni di classe non sono soggette alla condizione di procedibilità del previo svolgimento della mediazione (art. 5, 1° co., d.lg. 4.3.2010, n. 28) e l'eventuale conciliazione, intervenuta dopo

<sup>(59)</sup> Dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo attuativo dell'art. 60, l. n. 69/2009 si evince che la scelta delle materie è stata ispirata da alcuni criteri-guida: rapporti destinati a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione della singola controversia (condominio, contratti di durata); rapporti riguardanti soggetti appartenenti a gruppi sociali o aree territoriali (diritti reali, divisioni, successioni, patti di famiglia); rapporti particolarmente conflittuali rispetto ai quali, anche per la natura della lite, dovrebbe essere particolarmente fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica, responsabilità da circolazione dei veicoli, diffamazione a mezzo stampa); rapporti contrattuali di durata che conoscono una notevole diffusione di massa (contratti assicurativi, bancari e finanziari).

<sup>(60)</sup> BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contr.*, 2003, 101.

<sup>(61)</sup> ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione giudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, 403 ss., evidenzia come le prime iniziative per la diffusione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie a tutela dei diritti dei consumatori si sviluppino a livello europeo.

<sup>(62)</sup> IANNICELLI, *op. cit.*, 152: «Aleggria, dunque, il dubbio che le grandi aziende abbiano tentato di piegare la conciliazione – di cui pare che nella conciliazione paritetica sia stato conservato soltanto il *nomen* e poco altro – a finalità più propriamente propagandistico-aziendali, tese a conquistare la fiducia dei clienti attraverso l'ascolto delle loro esigenze e senza alcun onere a loro carico, piuttosto che ad un sincero interesse per il rafforzamento della tutela dei consumatori in linea con le scelte di politica legislativa dell'Unione Europea».

<sup>(63)</sup> ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 428: «la risoluzione delle controversie davanti ad istituzioni diverse dallo Stato che offrano adeguate garanzie di terzietà, imparzialità ed efficienza deve essere incentivata non solo e non tanto per snellire il carico della giustizia civile, ma soprattutto al fine di risolvere determinate tipologie di controversie in maniera più adeguata di quanto il processo ordinario riesca in concreto fare. La risoluzione non giudiziaria della controversia – oltre a contribuire a far emergere il contenzioso sommerso, relativo a controversie che non sono portate alla cognizione del giudice ordinario per il loro modesto valore – può infatti prestarsi al mantenimento delle relazioni tra le parti, e ciò diventa fondamentale per quei rapporti in cui le parti non possono o non hanno interesse a sottrarsi. In questo senso, il ricorso agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia statale efficiente». DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. processuale*, 2010, 578 ss.: «Si tratta di un provvedimento legislativo ambizioso ed articolato, che intende recepire gli esiti di un dibattito scientifico che ha preso le mosse negli anni '70 negli Stati Uniti per poi approdare al vecchio continente, ove ha conosciuto alterne vicende. Da ultimo occorre ricordare che il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ove sono stati codificati, sia pure con espresso riferimento alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, alcuni importanti principi generali... il decreto legislativo... ha infine inaugurato, per così dire, una via italiana alla mediazione con scelte talvolta originali, che prescindono dal confronto immediato con le esperienze di altri paesi».



la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito<sup>(64)</sup>.

### 5. L'arbitrato

L'arbitrato rappresenta il procedimento "ideologicamente" più vicino alla tutela giurisdizionale, stante la sua natura decisoria e la conseguente vincolatività per i soggetti coinvolti<sup>(65)</sup>.

Le parti possono convenire di deferire la controversia ad un soggetto monocratico (arbitro unico) o collegiale (collegio arbitrale) in via preventiva, mediante l'inserimento di una clausola compromissoria contenuta all'interno del testo negoziale o in un atto separato (art. 808 c.p.c.) oppure, una volta insorta la lite, con un apposito negozio formale denominato compromesso (art. 807 c.p.c.).

Il procedimento arbitrale termina con una decisione denominata lodo, soggetta ad impugnativa nei casi contemplati dalla legge. Il d.lg. 2.2.2006, n. 40 ha introdotto sostanziali modifiche all'interno del predetto istituto, assegnando un ruolo preminente all'autonomia privata, i cui segni tangibili possono ravvisarsi in molteplici disposizioni novellate<sup>(66)</sup>.

Il potenziamento dell'arbitrato quale modello alternativo di eterocomposizione delle controversie si fonda su una molteplicità di ragioni di politica legislativa, tra le quali assumono preminente importanza la particolare competenza dell'organo decisionale, i tempi ristretti per la soluzione della lite e la riservatezza del procedimento.

Tale *ratio legis*, inoltre, appare sottesa a garantire anche nei procedimenti arbitrali i principi del contraddittorio, di parità fra le parti e d'imparzialità del giudicante sanciti dall'art. 111 Cost., nonché assicurare, da parte degli arbitri, il corretto esercizio di un potere simile a quello esercitato dai giudici statali<sup>(67)</sup>.

L'art. 806 c.p.c., infatti, sposta il campo d'indagine dalle «controversie» ai «diritti», estendendo il relativo ambito di applicazione non solo alle questioni pregiudiziali di merito ex art. 819 c.p.c. ma anche ai rapporti non contrattuali (art. 808 *bis* c.p.c.), speci-

ficando che il «lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824 *bis* c.p.c.).

La riforma, inoltre, ha l'indubbio merito di aver regolamentato espressamente la figura dell'arbitrato irrituale (art. 808 *ter* c.p.c.), che in passato aveva dato luogo a contrastanti interpretazioni in dottrina ed in giurisprudenza.

In quest'ultima ipotesi l'arbitro agisce in veste di mandatario delle parti e la propria determinazione si risolve in un atto avente valenza contrattuale, impugnabile mediante l'esperimento degli ordinari rimedi negoziali e non avente valenza di titolo esecutivo. La funzione *lato sensu* decisoria vale a distinguere la fattispecie appena descritta sia dall'arbitraggio ex art. 1349 c.c. che dalla perizia contrattuale.

Nel primo caso il terzo svolge, secondo il proprio prudente apprezzamento, una funzione integrativa dell'autonomia privata, determinando il contenuto della prestazione negoziale; nell'altra ipotesi, invece, le parti rimettono ad un terzo – dotato di particolari cognizioni di carattere tecnico – una valutazione che si obbligano ad accettare come diretta espressione della propria volontà negoziale.

Dall'interpretazione *a contrariis* dell'art. 808 *ter* c.p.c., comunque, si desume la prevalenza del modello rituale<sup>(68)</sup>, anche se il legislatore ha comunque previsto una serie di norme comuni ai due istituti, volte a consentire gli opportuni controlli anche nei confronti del lodo c.d. «irrituale»<sup>(69)</sup>.

Anche per l'arbitrato, così come per la conciliazione, si ripropone la distinzione tra un modello *ad hoc* ed uno c.d. «amministrato». Nel primo caso sono le parti a provvedere direttamente alla nomina degli arbitri ed alla definizione di tutte le questioni riguardanti il concreto svolgimento della procedura.

La caratteristica peculiare dell'altro modello, invece, consiste nella precostituzione dell'organo giudicante, dal momento che la scelta degli arbitri viene effettuata dall'istituzione che amministra il relativo servizio.

<sup>(64)</sup> SOLDATI, *Mediazione nell'azione di classe*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bandini e Soldati, Milano, 2010, 278 ss.: «Il ricorso alla mediazione e alla class action, ovvero alla mediazione nell'ambito di una class action, appare particolarmente proficuo, nella misura in cui sia possibile coglierne le rispettive potenzialità deflattive e deterrenti, capaci di coniugare la responsabilità sociale dell'attività imprenditoriale, purtroppo non ancora sufficientemente legata alla responsabilità personale dei componenti degli organi di controllo, che continuano a rimanere economicamente immuni, salvo rarissimi casi, dalle condanne subite dalle società dagli stessi gestite, con la irrinunciabile esigenza di uno sviluppo produttivo compatibile con la realtà quotidiana di consumatori ed utenti e con le garanzie di accesso alla giustizia».

<sup>(65)</sup> DI ROCCO e SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003, 77 ss. Per CAGGIANO, *op. cit.*, 374, nt. 6: «In dottrina (sia italiana sia straniera) si è dubitato che l'arbitrato possa essere incluso nella categoria dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale. Tale esclusione sarebbe determinata dalla vicinanza del meccanismo di funzionamento dell'arbitrato, quale tecnica di tipo aggiudicativo (cioè contraddistinta dalla decisione di un soggetto terzo), allo schema tipico del giudizio».

<sup>(66)</sup> AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, II, 63: «in sede di emanazione del citato d.lg. 2.2.2006, n. 40, è stato riscritto l'intero procedimento arbitrale, le cui nuove norme prevedono ora un nucleo di regole fondamentali per il suo corretto svolgimento, assegnando alla volontà delle parti un ruolo centrale, i cui segni tangibili possono individuarsi in molte delle nuove disposizioni, spaziando dalla previsione rimessa alle parti circa le norme che gli arbitri dovranno applicare nel corso del procedimento arbitrale, alla lingua dell'arbitrato, rimettendone la decisione agli stessi arbitri soltanto nell'eventualità in cui le parti non vi abbiano provveduto, in ogni caso, essendo (gli arbitri) comunque tenuti ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, e delle pari opportunità di difesa».

<sup>(67)</sup> Per la natura privatistica del procedimento arbitrale si rinvia a Cass., S.U., 3.8.2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, 699 ss., con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*; in *Corriere giur.*, 2001, 56 ss., con note di RUFFINI, *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; e Mar. MARINELLI, *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 761 ss., con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. "arbitrato rituale"*; in *Giur. it.*, 2001, 1107 ss., con nota di G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; in *Foro it.*, 2001, I, 839 ss.; e in *Foro padano*, 2001, I, 34 ss., con note di RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa. Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*; e di CURTI, *Sulla natura dell'arbitrato: l'ultima posizione delle Sezioni Unite sulla teoria generale dell'arbitrato*.

Per la teoria giurisdizionalista, secondo cui l'arbitrato costituisce anche negli effetti un atto equiparabile alla sentenza del giudice ordinario, si rinvia a Corte cost., 28.11.2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Riv. arb.*, 2001, 657 ss., con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Temi romana*, 2001, 16 ss., con nota di BRIGUGLIO, *Una decisione coraggiosa, ragionevole ed utile*; e in *Giur. it.*, 2002, 689 ss., con nota di G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*.

<sup>(68)</sup> RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2005, 54: «non appare possibile – per i vari motivi in più occasioni esposti – ipotizzare due tipi di arbitrato anche in considerazione della riserva di giurisdizione a favore dello Stato. L'ordinamento ne prevede uno solo, ossia l'arbitrato rituale (o processuale)».

<sup>(69)</sup> CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 562, secondo cui «discutibile appare la paradossale maggior forza che il lodo libero possiede rispetto al lodo rituale sotto il profilo della apparente non sottoponibilità ai controlli formali e di merito cui quest'ultimo è sottoposto attraverso l'impugnazione di nullità».

Quest'ultimo modello appare preferito dal legislatore perché offre specifiche garanzie di competenza, serietà, riservatezza, maggiore imparzialità nella decisione delle liti, predeterminazione dei costi.

Tale considerazione si fonda sia sul notevole impulso fornito al riguardo da un microsistema di leggi speciali che su considerazioni di carattere sistematico.

Il ricorso all'arbitrato amministrato, infatti, appare maggiormente in grado di garantire l'indipendenza, l'imparzialità e la terzietà degli arbitri, superando i limiti connaturati alle procedure *ad hoc*. Dal punto di vista sistematico, infatti, occorre osservare che anche l'abrogato art. 34, 2° co., d.lg. 17.1.2003, n. 5 prevedeva la nullità della clausola compromissoria conferente il potere di nomina degli arbitri a terzi estranei<sup>(70)</sup>.

Anche l'art. 2, 3° co., d.lg. 8.10.2007, n. 179 ha stabilito una procedura di arbitrato amministrato per le controversie in materia di intermediazione finanziaria, prevedendo un apposito elenco di soggetti dotati di particolari requisiti d'imparzialità, indipendenza, professionalità ed onorabilità.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, infine, considera vessatorie tutte le clausole contenute nei contratti tra professionisti e consumatori che affidano la risoluzione delle future ed eventuali liti a procedimenti arbitrali rituali e/o irrituali<sup>(71)</sup>, interpretando estensivamente le disposizioni contenute nell'art. 33, 2° co., lett t, c. cons.

L'inserimento di una clausola arbitrale, pertanto, appare indicativa di un significativo squilibrio contrattuale ai danni del contraente debole, a meno che il professionista non provi che l'inserimento della medesima abbia costituito la risultante di una trattativa individuale<sup>(72)</sup>.

Tali conclusioni, invece, non risultano estendibili alle procedure amministrative, atteso che l'art. 141, 4° co., c. cons. esclude la vessatorietà delle clausole «inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni del presente articolo».

Ne consegue che tali enti – *in primis* quelli costituiti presso le Camere di Commercio *ex art. 4, l. 29.12.1993, n. 580* – preposti *ex lege* al rafforzamento dei sistemi di tutela predisposti dall'ordinamento a favore dei consumatori, apportano agli stessi notevoli vantaggi in termini di costi per l'accesso alla giustizia nonché sotto il profilo della durata temporale dei procedimenti.

Tali conclusioni appaiono coerenti sia con l'acquis comunitario in materia di ADR (v. da ultimo la recente dir. 2008/52/CE del 21.5.2008, relativa alla mediazione in materia civile e commerciale) che con l'aspirazione – palesata a livello normativo dal d.lg.

<sup>(70)</sup> BUONFRATE, *Nuova giustizia alternativa: arbitrato speciale e conciliazione amministrata*, in *Soc.*, 2005, 1167 ss.

<sup>(71)</sup> Trib. Roma, 5.10.2000, in *Giur. it.*, 2001, 743; Trib. Torino, 27.11.2001, in *Giur. di Merito*, 2002, 649; Trib. Roma, 18.8.2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 111 ss., con nota di T. MANCINI, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*.

<sup>(72)</sup> E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2008, 306: «Ne consegue che, nel caso di clausola arbitrale contenuta nei contratti conclusi con gli investitori, la procedura arbitrale potrà essere attivata soltanto dall'investitore, il quale, dunque, potrà anche scegliere la strada della giustizia ordinaria; l'intermediario, invece, sarà in ogni caso vincolato alla clausola a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta».

<sup>(73)</sup> VIGORITI, *Accesso alla giustizia e ADR: prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 142 ss. DITTRICH, *op. cit.*, 578 ss.: «Il progetto governativo originario contemplava un modello "aggiudicativo": in caso di fallimento di tentativo di accordo il mediatore avrebbe dovuto formulare una proposta di mediazione, della quale il giudice della causa avrebbe potuto tenere conto al fine di decidere il riparto delle spese di lite. Questa soluzione era stata criticata dalla maggior parte dei primi commentatori, e ha indotto il Governo ad adottare una soluzione di compromesso, in virtù della quale oggi il me-

diatore "può" e non più "deve" formulare una proposta finale di conciliazione. Sotto un profilo classificatorio questa soluzione può essere qualificata come un "non modello" di compromesso, che potremmo definire come "aggiudicativo eventuale".

## 6. Le ADR presso le Camere di Commercio

Nell'ambito dei procedimenti amministrati l'art. 2, 4° co., l. 29.12.1993, n. 580 ha assegnato un ruolo preminente alle Camere di Commercio, riconoscendo alle medesime la facoltà – singolarmente o in forma associata – di «promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti»<sup>(74)</sup>. Tale scelta legislativa è derivata dal fatto che il sistema camerale, per la sua professionalità, diffusione sul territorio, equidistanza tra gli interessi dell'impresa e quelli dei consumatori, appare costituire un valido supporto allo sviluppo della cultura della pacificazione<sup>(75)</sup>.

Quest'ultima, infatti, potrebbe risultare propedeutica a garantire un'ordinata regolazione del mercato, fondata non soltanto sulla puntuale osservanza ed applicazione delle norme giuridiche, ma anche sul rispetto di valori che assicurino la durata di equi rapporti commerciali tra le parti.

Risulta di difficile confutazione sul piano pratico, infatti, la constatazione che l'impresa fornita di buona reputazione ed immagine, nonché sensibile ad ascoltare i reclami dei clienti, abbia maggiori chances di accrescere e favorire la ripresa e/o continuità dei rapporti contrattuali esistenti con i propri clienti e/o fornitori.

Lo sviluppo concreto degli obiettivi sopra descritti è stato concretamente perseguito, da un lato, mediante l'adozione di una regolamentazione standard, redatta dall'Unione Nazionale delle Camere di Commercio (Unioncamere) sia per la conciliazione che per le procedure arbitrali.

Ciò ha contribuito a garantire l'omogeneità e l'uniformità del servizio offerto da tutte le Camere di Commercio sul territorio nazionale, sia dal punto di vista della procedura che da quello delle tariffe.

In pratica si è trattato di determinare alcune linee guida per la gestione degli aspetti operativi della procedura, la quale rimane comunque flessibile e adattabile ad ogni singola controversia<sup>(76)</sup>. Dall'altro lato, inoltre, l'ordinamento è intervenuto tramite un microsistema di leggi speciali, con il quale si è tentato d'incentivare il ricorso, da parte dei consumatori e delle imprese, a procedure amministrative di arbitrato e conciliazione<sup>(77)</sup>.

Assume particolare rilievo a tale proposito l'art. 2, 24° co., lett. b, l. 14.11.1995, n. 481 in tema di istituzione della Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, che ha previsto il ricorso

<sup>(74)</sup> PERRINI, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>(75)</sup> C. TROISI, *op. cit.*, 167: «la concezione che è alla base dell'istituzione delle camere arbitrali e conciliative presso le C.C.I.A.A. è che esse, attraverso la loro professionalità, la loro distribuzione sul territorio nazionale, nonché la loro posizione di equidistanza tra gli interessi del mondo dell'impresa e gli interessi del consumatore, possano essere un valido supporto alla giustizia statale, soprattutto in un campo delicato come quello delle imprese produttrici di beni o fornitrici di servizi e quello della tutela dei consumatori e degli utenti».

<sup>(76)</sup> LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di Commercio*, in *Riv. arb.*, 2007, 16, secondo cui tale regolamento «costituisce anche un'occasione per avvicinare la disciplina degli arbitri amministrati dalle Camere di commercio, al fine di realizzare una omogeneità di fondo di questo importante strumento di risoluzione delle controversie».

<sup>(77)</sup> In termini di «legislazione promozionale» si esprime VIGORITI, *Il rifiuto del processo civile*, in *Rass. forense*, 1999, 811 ss.

alle ADR quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tale previsione legislativa ha trovato in seguito completa attuazione con l'art. 1, 11° co., l. 31.7.1997, n. 249, mediante la quale è stata istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e con i successivi regolamenti attuativi (delibera 148/2001/CONS e delibera 182/2002/CONS).

Questi ultimi, infatti, hanno previsto l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione tra gli utenti e le imprese di telecomunicazioni presso i Comitati Regionali per le Comunicazioni (indicati con l'acronimo «Co.re.com.»)<sup>(78)</sup> o presso altri organismi (tra cui vanno sicuramente annoverati gli enti camerali) che rispettino i principi sanciti dalla raccomandazione 2001/310/CE.

Notevole importanza, inoltre, riveste l'art. 10, l. 18.6.1998, n. 192 in materia di subfornitura, il quale prevede l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione presso le Camere di Commercio nonché – in caso di esito negativo – la possibilità di deferire la controversia alle commissioni arbitrali ivi istituite<sup>(79)</sup>.

Anche l'art. 4, 3° co., l. 29.3.2001, n. 135 individua nelle Camere di Commercio i soggetti istituzionalmente preposti a risolvere in via extragiudiziale le controversie insorgenti tra imprese e consumatori che riguardano la fornitura di servizi turistici.

La riforma del diritto societario, inoltre, ha fornito ulteriore impulso alle ADR, introducendo nel nostro ordinamento una procedura conciliativa di tipo valutativo (artt. 38, 39 e 40, d.lg. 17.1.2003, n. 5, ora abrogati dall'art. 23, 1° co., d.lg. 4.3.2010, n. 28).

Sulla falsariga del modello societario sono state introdotte le procedure previste dall'art. 7, l. 6.5.2004, n. 129 in materia di contratti di affiliazione commerciale (c.d. franchising)<sup>(80)</sup> e dal novellato art. 768 *octies* c.c. – introdotto dalla l. 14.2.2006, n. 55 – per la risoluzione delle controversie in tema di patto di famiglia<sup>(81)</sup>.

Un ulteriore e fondamentale impulso è stato fornito dall'art. 141, 3° co., c. cons., il quale considera in ogni caso gli enti istituiti dalle Camere di Commercio quali organi preposti alla composizione extragiudiziale delle controversie insorgenti tra consumatori e professionisti.

Anche l'art. 3, 2° co., lett. e, l. 22.2.2006, n. 84, deferisce le questioni inerenti l'attività professionale di tintolavanderia alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso gli enti camerali. Il legislatore, in ogni caso, ha reiterato l'accreditamento – a

semplice domanda – nel registro degli organismi di mediazione da parte degli enti istituiti presso le Camere di Commercio (artt. 19, 2° co., d.lg. 4.3.2010, n. 28 e 4, 4° co., d.m. 18.10.2010, n. 180)<sup>(82)</sup>.

Dall'analisi della normativa appena esaminata, quindi, si evince che il legislatore ha inteso dare impulso alle procedure sopra descritte al fine di garantire i diritti fondamentali dei consumatori, dal momento che la durata eccessiva ed il costo dei rimedi giurisdizionali appaiono obiettivi fattori di disincentivazione nei confronti dei predetti mezzi di tutela, con conseguente pregiudizio delle ragioni del c.d. «contraente debole»<sup>(83)</sup>.

## 7. Conclusioni

Lo sviluppo delle ADR richiederà, *in primis*, un cambiamento di prospettiva da parte degli operatori e degli utenti, non potendo risultare influenzato esclusivamente da fattori contingenti, quali i costi eccessivi e la durata irragionevole dei procedimenti civili<sup>(84)</sup>.

Il ricorso a tali strumenti, infatti, dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia efficiente, dal momento che gli stessi costituiscono rimedi complementari posti dall'ordinamento a disposizione dei consociati<sup>(85)</sup>.

Appare utile evidenziare, *de jure condendo*, la completa assenza di una normativa specifica per la conciliazione *ad hoc*, mentre occorre rilevare l'emanazione di una normativa organica di rango primario e secondario per quanto concerne il settore delle procedure amministrative, non più lasciate in balia di una legislazione disorganica e settoriale<sup>(86)</sup>.

Ciò si riverbera anche sulla conseguente mancanza di criteri standard dettati per la formazione adeguata del conciliatore, sugli effettivi requisiti di professionalità del medesimo, sugli eventuali profili di responsabilità.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, infatti, appariva già pertinente la critica rivolta all'abrogato art. 14, d.m. 23.7.2004, n. 222, che sanciva la responsabilità solidale del conciliatore e dell'ente accreditato senza specificare il relativo titolo, né prevedere adeguati rimedi a tutela degli utenti<sup>(87)</sup>. Tale lacuna interpretativa si perpetua anche all'interno del nuovo testo normativo, il quale laconicamente si limita a stabilire che l'organismo di mediazione è responsabile a qualunque titolo per i danni causati a terzi durante lo svolgimento della propria attività, prevedendo – per l'iscrizione nell'apposito registro – la

<sup>(78)</sup> MACOLINO, *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Giust. civ.*, 2007, II, 259: «Il tentativo obbligatorio di conciliazione si effettua, nel caso di specie, dinanzi ai Co.Re.Com., ossia organi periferici dell'Ag.com. istituiti su base regionale, mentre l'arbitrato si svolge anche in questo caso dinanzi alla commissione per le infrastrutture e le reti dell'Autorità».

<sup>(79)</sup> VOLANTI, *Aspetti processuali e fallimentari del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato e Coccia, Torino, 1998, 153 ss.

<sup>(80)</sup> E. MINERVINI, *Art. 768 octies c.c.*, in *Il patto di famiglia: commentario alla legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Milano, 2006, 186.

<sup>(81)</sup> C. BRUNELLI, *Il notariato nel nuovo sistema mediazione-conciliazione*, in *Notariato*, 2010, 570 ss., analizza i nuovi profili d'intervento del notaio nell'ambito del diritto dei contratti.

<sup>(82)</sup> DE RITA, *Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bandini e Soldati, cit., 319: «Dalla lettura del capo III del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, dedicato agli organismi di mediazione, si evince come la normativa in esame abbia fatto esplicito e naturale affidamento agli organismi istituiti dagli ordini degli avvocati e a quelli istituiti dalle Camere di commercio, ai quali, infatti, attribuisce l'iscrizione al Registro su semplice domanda e, nel far ciò, riconosce loro una competenza generale su tutte le controversie».

<sup>(83)</sup> E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: il ruolo delle camere di commercio*, Napoli, 2003, 78 ss., evidenzia i progressi compiuti dalla cultura della conciliazione, seppure avvenuti mediante una legislazione disorganica.

<sup>(84)</sup> BUFFONE, *op. cit.*, 31, analizza gli aspetti critici della mediazione, evidenziando che «è indubbio che l'istituzione di una mediazione obbligatoria abbia dei costi (e non indifferenti) e appesantiscono (e non poco) l'accesso alla giurisdizione. In primo luogo vi è un ritardo nell'accesso diretto al Giudice, posto che il procedimento di mediazione ha un tempo fisiologico di durata di quattro mesi... la mediazione ha un costo che devono sopportare le parti atteso che queste hanno l'obbligo di retribuire i mediatori intervenuti nel procedimento finalizzato alla conciliazione, mediante il versamento dell'indennità prevista dalla legge (anche se la conciliazione non riesce)».

<sup>(85)</sup> CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 455.

<sup>(86)</sup> SASSANI e SANTAGADA, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, 1 ss.

<sup>(87)</sup> IANNICELLI, *op. cit.*, 158: «sembra che il legislatore della conciliazione societaria abbia sottovalutato un problema di significativa importanza, quale quello della responsabilità del conciliatore e del controllo della legittimità del suo operato». Ad. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 370 ss., ove vengono esaminati i profili di responsabilità del mediatore e l'eventuale concorso con il relativo organismo.



stipula di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro (art. 4, 1° co., lett. b, d.m. 18.10.2010, n. 180).

Parimenti non può essere ignorata l'esigenza di stabilire un adeguato e specifico percorso formativo dei soggetti chiamati ad intraprendere tale attività, il quale dovrà prestare particolare attenzione alle tecniche di comunicazione e negoziazione<sup>(88)</sup>.

Un fattore significativo di sviluppo potrà essere rappresentato dal maggior coinvolgimento dei professionisti forensi nelle procedure conciliative. Questi ultimi<sup>(89)</sup>, infatti, fugati i timori connessi agli scarsi guadagni (determinati dall'esiguo valore delle pratiche), saranno sovente chiamati ad esercitare un importante ruolo di consulenza alle parti, nonché assistere le medesime nel corso dei relativi procedimenti<sup>(90)</sup>. ■

<sup>(88)</sup> Si rinvia, a tale riguardo, agli artt. 17, 18 e 19, d.m. 18.10.2010, n. 180.

<sup>(89)</sup> CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 48 ss., il quale anteriormente all'emanazione del d.m. n. 180/2010 sottolineava che «Nessuno si può improvvisare mediatore. Altri ordinamenti, come quello austriaco, prevedono centinaia di ore di formazione, il nostro ne prevede solo 32 (art. 10, comma 5, del Dm. n. 222 del 2004 che ancora regge provvisoriamente la materia). Forse l'Austria esagera, ma l'Italia pecca certamente per difetto. Attendiamo con impazienza il nuovo decreto ministeriale ex articolo 16, comma 5, del D. Lgs. n. 28 del 2010». DALFINO, in *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V, 102: «La sanzione dell'annullabilità del contratto rimette al cliente l'iniziativa di farne valere il vizio, trattandosi di una norma c.d. di protezione (in questo senso la relazione illustrativa del decreto legislativo); l'annullamento del

contratto esclude il diritto del professionista di ottenere il pagamento per l'opera prestata».

<sup>(90)</sup> CAMUSI, *L'introduzione del livello di mediazione preventivo inciderà in maniera positiva sulla professione legale*, in *Guida dir.*, 2010, 14, 11 ss.: «Introdurre un livello di mediazione preventivo al ricorso in giudizio è un elemento che potrà sicuramente incidere sulla professione, esaltandone un attributo di ruolo, quello della mediazione, appunto, che gli avvocati rivestono da sempre, e inducendo una maggiore specializzazione per tale funzione che può essere acquisita». G. FINOCCHIARO, *Scatta dal 20 marzo la prima informativa al cliente*, *ivi*, 12, 55 ss.: «si tratta di una norma di grande rilievo non tanto teorico, quanto piuttosto pratico-applicativo: come si coglie agevolmente dalla lettera della disposizione, infatti, questa incide direttamente e immediatamente sull'attività di tutti gli avvocati (e sono la stragrande maggioranza) che svolgono attività giudiziale».