

# I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie

di Marco Marianello

## 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>6</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>7</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 normativa comunitaria (Direttiva 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>8</sup>.

Lo sviluppo dei fenomeni della contrattazione c.d. "di massa" e della

<sup>6</sup> Cassese S., *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, 1 ss.

<sup>7</sup> Resta E., *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002, 1 ss.

<sup>8</sup> Caponi R., *La giustizia civile alla prova della mediazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 89.

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>9</sup>, ovvero di un diritto comune volto alla regolazione dei traffici internazionali, sta provocando anche un fenomeno di progressiva "contrattualizzazione"<sup>10</sup> degli ordinamenti giuridici, sempre meno fondati su norme imperative e cogenti ed improntati, invece, su modelli di legislazione scaturenti 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 infatti, si manifesta funzionale non soltanto alla regolazione e disposizione dei propri interessi<sup>11</sup>, ma risulta teleologicamente orientato -ovvero appare finalizzato- anche al superamento ed alla composizione delle eventuali controversie insorgenti tra le parti medesime<sup>12</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>13</sup>.

Le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili<sup>14</sup>, re-

9) Galgano F., *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, 219 ss.

10) Somma A., *Autonomia privata*, in *Riv. dir. Civ.*, 2000, II, 597 ss.

11) Sul fenomeno di progressiva erosione dell'apporto privato in ordine alla regolamentazione dei rapporti negoziali si rinvia, in senso critico, Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, Torino, 2007, 10 ss.

12) Ferri G.B., *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 26 ss.

13) Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 5 ss.

14) Tra i diritti indisponibili rientrano i diritti inalienabili *inter vivos*, intrasmissibili *mortis causa*, irrinunciabili, impignorabili, inusucapibili, imprescrittibili. Per un'ampia disamina v. Cuomo-Ulloa F., *La conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*,

stano 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>15</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 una moderna gestione dei conflitti<sup>16</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 giurisdizionale, 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, consentendo alle stesse di adire successivamente, in caso di esito negativo, l'autorità giudiziaria<sup>17</sup>.

La funzione teorica di "equivalenti del processo civile"<sup>18</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>19</sup>.

Per quanto attiene inoltre alla nozione di conflitto ed indipendentemente da ogni valutazione sul significato attribuibile al predetto termine<sup>20</sup>, quest'ultimo indica una situazione di contrasto fra divergenti inte-

---

Padova, 2008, 459 ss.

15) Bianca C.M., *Diritto Civile*, III, Milano, 2001, 17 ss.

16) Gulotta G.-Santi G., *Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Milano, 1988, 15 ss.

17) Così G.-Foddai M.A., *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, 1 ss.

18) Carnelutti F., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 60.

19) Taruffo M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 779 ss.

20) Troisi C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 15 ss.

ressi, 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>21</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 tutela degli insopprimibili diritti allo stesso garantiti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost.<sup>22</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>23</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>24</sup>.

21) Per la nozione di *flexible droit* si rinvia a Carbonnier J., *Flessibile diritto*, Milano, 1997, 5 ss.

22) Proto Pisani A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo*, in *Foro it.*, 2000, IV, 241 ss.

23) Fisher R.-Ury W., *Getting to yes*, New York, 1991, 1 ss.

24) Rumiatì R., *Decisioni manageriali*, Bologna, 2010, 168 ss.

La mediazione invece, consiste in un procedimento mediante 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>25 26</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 restano liberi di raggiungere un accordo (sovente con effetti novativi rispetto alle originarie pretese) oppure di intraprendere un'azione giudiziale<sup>27</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>28</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>29</sup>.

La natura aggiudicativa e la funzione etero-diretta 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>30</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte quindi, appare fuorvian-

25) Satta S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 1939, 206.

26) Punzi C., voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, 2000, IV, 328.

27) Iannicelli S., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 155; Luiso F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. III, 2076 ss.

28) Iannicelli S., *Op. ult. cit.*, 153.

29) Luiso F.P. - Sassani B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261 ss.

30) Troisi C., *Op. cit.*, 97.

te sul piano concettuale considerare le ADR sotto un profilo meramente quantitativo, ovvero reputarli strumenti alternativi di giustizia c.d. "minore" oppure fattori di emersione del "contenzioso sommerso"<sup>31</sup>.

Tali rimedi invece debbono essere valutati sul piano qualitativo, dal momento che risultano sottesi alla risoluzione delle controversie attraverso una modalità dialogica di approccio, espressione sia del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che rimedio complementare agli altri mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento<sup>32</sup>.

Le predette conclusioni risultano condivisibili anche alla luce delle linee guida delineate in materia dalla 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" [v. Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19.4.2002, Com (2002), 196].

## 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 si ispirano questi ultimi appartiene 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>33</sup>.

Ne deriva che in tale contesto le situazioni di conflitto sono configurate come una serie di giochi ripetuti, in cui i relativi agenti, ponendo in

31) Caponi R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* ("Alternative dispute resolution"), in *Foro it.*, 2003, V, 165.

32) Giacobbe G., *La cultura della conciliazione nel sistema dell'ordinamento giuridico: profili di natura privatistica*, in *Legalità e giust.*, 2005, 65.

33) Cooter R.-Mattei U.-Monateri P.G.-Pardolesi R.-Ulen T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, 15; Baird D.G.-Gertner R.H.-Picker R.C., *Game Theory and the Law*, Cambridge (Mass.)-London, 1984, 24 ss.

essere determinate strategie, perseguono il fine di conseguire una determinata utilità<sup>34</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>35</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>36</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 personali in un arco temporale di medio-lungo periodo<sup>37</sup>.

Nei giochi a "somma variabile" (c.d. *win-win*), quindi, non esistono vincitori e vinti, ma tutte le parti ritraggono comunque un beneficio dalla semplice partecipazione.

34) La nascita della moderna teoria dei giochi si fa tradizionalmente risalire all'opera di Von Neumann J.-Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944, 1.

35) Nash J., *Non Cooperative Games*, in *Ann. of Maths.*, 1951, 286.

36) Hall K.L., *Negotiation: Strategies for Mutual Gain*, Thousand Oaks, 1993, 12 ss.

37) Axelrod R., *Giochi di reciprocità: l'insorgenza della cooperazione*, Milano, 1985, 52 ss.

Esempi paradigmatici a tale riguardo sono costituiti dalla negoziazione c.d. cooperativa e, soprattutto, dalle procedure mediaconciliative<sup>38</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 [artt. 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>39</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>40</sup>.

Attraverso le reciproche concessioni i soggetti, oltre che eliminare una situazione di 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>41</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*

38) Fisher R.-Ury W.-Patton. B., *L'arte del negoziato*, Milano, 2008, 27 ss.

39) Santoro-Passarelli F., *La transazione*, Napoli, 1986, 77 ss.; Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, 2009, 1269 ss.

40) Punzi C., *Op. cit.*, 329; Del Prato E., *La transazione*, Milano, 1992, 71 ss.; Carnevali U., *La nuova mediazione civile*, in *Contr.*, 2010, 437 ss.

41) Valsecchi E., *Il giuoco e la scommessa, la transazione*, Milano, 1986, 183; Palazzo A., voce *Transazione*, in *Digesto civ.*, XIX, 1999, 388; Moscarini L.V.-Corbo N., *Transazione*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1998, 2.



Project<sup>42</sup>.

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>43</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>44</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>45</sup>.

L'operazione di *disclosure* in ordine all'esplicitazione dei contrapposti

42) Fisher R.-Ury W., *L'arte del negoziato*, Milano, 1995, 11 ss.

43) Troisi C., *Op. cit.*, 93.

44) Rumiati R.-Mistri M., *Psicologia economica*, Roma, 1998, 10 ss.; Shiller R.J., *Irrational Exuberance*, Princeton, 2000, 15 ss.

45) Lax D.A.-Sebenius J.K., *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperative and Competitive Gain*, New York, 1986, 45.

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 puntando 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>46</sup>.

L'ultima fase costituisce il logico corollario della prima atteso che le parti, libere ormai dai propri "idola" derivanti da pregiudizi di tipo cognitivo e/o personale, restano libere di raggiungere l'accordo mediante l'utilizzo di criteri prevalentemente oggettivi<sup>47</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<sup>48</sup>.

Al termine del procedimento sopra descritto i partecipanti risultano maggiormente propensi al raggiungimento dell'accordo, dal momento che dispongono di informazioni sufficienti per addivenire ad un'equa autocomposizione dei propri interessi<sup>49</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>50</sup>.

Si registrano, infatti, molteplici aggettivazioni dell'istituto, tali da ren-

46) Larrick R.P.-Wu G., *Claiming a Large Slice of a Small Pie: Asymmetric Disconfirmation in Negotiation*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, 212 ss.

47) Irti N., *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 25 ss.

48) Troisi C., *Op. cit.*, 96.

49) Russo D., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 47 ss.

50) Briguglio A., *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civ.*, 1988, 205.

dere ogni modello conciliativo *species* autonoma di un *genus* più ampio<sup>51</sup>.

La caratteristica comune ad ogni modello, tuttavia, non riposa sull'idea di una soluzione del conflitto bensì su una gestione 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>52</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 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>53</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.Lgs. 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<sup>54</sup>.

51) Iannicelli S., *Op. cit.*, 149.

52) Bonafé-Schmitt J.P., *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992, 25 ss.

53) Buffone G., *Mediazione e conciliazione: tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, Milano, 2010, 20.

54) Per la definizione della conciliazione quale "compromesso linguistico" si rinvia a

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>55</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>56</sup>, laddove altri autori ritenevano preferibile adottare una classificazione di segno opposto<sup>57 58</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>59</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>60</sup>.

---

Brunelli C., *Clause compromissorie, dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale in materia societaria*, in *La riforma delle società: aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi A., Torino, 2004, 321.

55) Per De Palo G.-D'urso L.-Golann D., *Manuale del conciliatore professionista: procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2004, 37, la predetta distinzione rappresenterebbe una questione da meri "puristi".

56) Bernardini P., *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001, 9 ss.

57) Benigni F., *Le procedure di ADR*, in *Composizione delle controversie commerciali con le procedure ADR. Opportunità per le imprese*, a cura di Benigni F. e Franzini F., Milano, 2004, 14 ss.

58) Iannicelli S., *Op. cit.*, 153.

59) Le espressioni mediazione "facilitativa" e "aggiudicativa" sono indicate nella Relazione illustrativa allo schema di Decreto legislativo attuativo dell'art. 60, l. 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".

60) Uzqueda A.-Frediani P., *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002, 15 ss.

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, si verifica 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>61</sup>.

La mediazione, inoltre, può essere<sup>62</sup>:

1. facoltativa (quando viene scelta liberamente dalle parti);
2. giudiziale (nel caso in cui sia il giudice, con ordinanza, ad invitare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione); l'invito può essere fatto in qualunque momento purchè 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 di improcedibilità della domanda); quest'ultima forma di mediazione entrerà in vigore decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto n. 28/2010 (ovvero il 20 marzo 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 e extragiudiziale, che opera quale condizione di proce-

61) Riskin L.L., *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, in *Harvard Negotiation L. Rev.*, 1996, 23.

62) Cuomo-Ulloa F., *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *Contr.*, 2010, 209 ss.

dibilità per una serie di controversie nelle materie dall'art. 5, I comma, d.Lgs. 4.3.2010, n. 28<sup>63</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>64</sup>.

L'art. 2, II comma, d.Lgs. 4.3.2010, n. 28, in ogni caso, non preclude il ricorso alle negoziazioni volontarie e paritetiche<sup>65</sup> relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi. I procedimenti paritetici si fondano 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

63) 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).

64) Bartolomucci P., *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contr.*, 2003, 101.

65) Alpa G., *Riti alternativi e tecniche di risoluzione giudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, 415 ss.

“conciliatore”, ciascuno nominato con le modalità stabilite nei rispettivi regolamenti, peraltro liberamente consultabili sui relativi siti internet.

La violazione del fondamentale canone di 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>66</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 similari.

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 del 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>67</sup>.

Anche il d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (c.d. T.U. del consumo), oltre che ribadire la propria preferenza per le procedure amministrative di composizione extragiudiziale delle controversie (artt. 140-141) ha riconosciuto all'istituto in parola un ulteriore spazio di operatività.

Il novellato art. 140 *bis*, introdotto dall'art. 2, 446° comma, 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, I comma, d.lgs. 4.3.2010, n. 28) e l'eventuale conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del ter-

<sup>66</sup>) Iannicelli S., *Op. cit.*, 152.

<sup>67</sup>) Romualdi G., *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2005, 425 ss.; Dittrich L., *Op. cit.*, 578.

mine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito<sup>68</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>69</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.Lgs. 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>70</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 di imparzialità del giudicante sanciti dall'art. 111 cost., nonché assicurare, da parte degli arbitri, il corretto esercizio di un potere simile a quello eserci-

---

68) Soldati N., *Mediazione nell'azione di classe*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bandini A. e Soldati N., Milano, 2010, 361 ss.

69) Troisi C., *Op. cit.*, 97 ss.

70) Amendolagine V., *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, 63 ss.



tato dai giudici statali<sup>71</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.), specificando 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>72</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>73</sup>.

<sup>71</sup>) Per la natura privatistica del procedimento arbitrale si rinvia a Cass., S.U., 3.8.2000, n. 527, con nota di RUFFINI P., *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 56 ss.

Per la teoria giurisdizionalistica, 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, con nota di CANALE G., *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, in *Giur. it.*, 2002, 689 ss.

<sup>72</sup>) Rubino-Sammartano M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2005, 54.

<sup>73</sup>) Chiarloni S., *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per*

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 la 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.

Quest'ultimo modello appare quello preferito dal legislatore, dal momento che 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 connotati alle procedure "ad hoc". Dal punto di vista sistematico, infatti, occorre osservare che anche l'abrogato art. 34, 2° co., d.lgs. 17.1.2003, n.5 prevedeva la nullità della clausola compromissoria conferente il potere di nomina degli arbitri a terzi estranei<sup>74</sup>.

Anche l'art. 2, 3° co., d.Lgs. 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 di 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>75</sup>, interpretando estensivamente le disposizio-

---

*arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, 562.

74) Buonfrate A., *Nuova giustizia alternativa: arbitrato speciale e conciliazione amministrata*, in *Soc.*, 2005, 1170 ss.

75) Trib. Roma, 5.10.2000, in *Giur. it.*, 2001, 743; Trib. Torino, 27.11.2001, in *Giur. merito*, 2002, 649; Trib. Roma, 18.8.2006, con nota di Mancini T., *L'abusività della clausola*

ni contenute nell'art. 33, II comma, lett. t), d.Lgs. 6.9.2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo).

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 diretta<sup>76</sup>.

Tali conclusioni, invece, non risultano estendibili alle procedure amministrative, atteso che l'art. 141, IV comma, d.Lgs. 6.9.2005, n. 206 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 Direttiva 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.lgs. 4.3.2010, n. 28 - di addivenire ad un sistema integrato di gestione e/o soluzione condivisa delle controversie<sup>77</sup>.

## 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 -

---

*compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, II, 111 ss.

76) Guerinoni E., *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2008, 306.

77) Vigoriti V., *Accesso alla giustizia e ADR: prospettive*, in *Riv. Arb.*, 2007, 138; Dittrich L., *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. processuale*, 2010, 578.

di "promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti"<sup>78</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>79</sup>.

Tale sviluppo infatti, potrebbe risultare propedeutico 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>80</sup>.

Dall'altro lato, inoltre, l'ordinamento è intervenuto tramite un micro-sistema di leggi speciali, con il quale si è tentato di incentivare il ricorso, da parte dei consumatori e delle imprese, a procedure amministrative di

78) Perrini M., *Il ruolo delle Camere di Commercio*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di Bernardini P., Milano, 2001, 43 ss.

79) Troisi C., *Op. cit.*, 167.

80) Luiso F.P., *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di Commercio*, in *Riv. arb.*, 2007, 15 ss.

arbitrato e conciliazione<sup>81</sup>.

Assume particolare rilievo a tale proposito l'art. 2, 24° comma, 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 alle ADR quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tale previsione legislativa ha trovato in seguito completa attuazione con l'art. 1, XI comma, 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)<sup>82</sup>.

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.) 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>83</sup>.

Anche l'art. 4, III comma, l. 135 del 29.3.2001, 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.Lgs. 17.1.2003, n. 5, ora abrogati dall'art. 23, 1° co., d.Lgs. 4.3.2010, n. 28).

Sulla falsariga del modello societario sono state introdotte le proce-

<sup>81</sup> In termini di "legislazione promozionale" si esprime Vigoriti V., *Il rifiuto del processo civile*, in *Rass. forense*, 1999, 811 ss.

<sup>82</sup> Romualdi G., *Op. cit.*, 411.

<sup>83</sup> Volanti A., *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 P. e Coccia M., Torino, 1998, 153 ss.

ture previste dall'art. 7, l. 6.5.2004, n. 129 in materia di contratti di affiliazione commerciale (c.d. *franchising*)<sup>84</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>85</sup>.

Un ulteriore e fondamentale impulso è stato fornito dall'art. 141, III comma, d.Lgs. 6.9.2005, n. 206 (c.d. T.U. del consumo), 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. 84 del 22.2.2006, , deferisce le questioni inerenti l'attività professionale di tintolavanderia alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso gli enti camerati.

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 (art. 19, 2° co., d.Lgs. 4.3.2010, n. 28 ed art. 4, IV comma., D.M. 18.10.2010, n. 180)<sup>86</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>87</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

84) Minervini E., *Art. 768 octies c.c.*, in *Il Patto di famiglia: commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, 186.

85) Brunelli C., *Op. cit.*, 332.

86) De Rita M., *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 A. e Soldati N., Milano, 2010, 319.

87) Minervini E., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: il ruolo delle camere di commercio*, Napoli, 2003, 78 ss.

durata irragionevole dei procedimenti civili<sup>88</sup>.

Il ricorso a tali strumenti, infatti, dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia efficiente, dal momento che gli stessi costituiscono dei rimedi complementari posti dall'ordinamento a disposizione dei consociati<sup>89</sup>.

Appare utile evidenziare, *de jure condendo*, sia 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>90</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, laddove risultava sancita la responsabilità solidale del conciliatore e dell'ente accreditato senza specificare il relativo titolo, né prevedere adeguati rimedi a tutela degli utenti<sup>91</sup>. Tale lacuna interpretativa risulta perpetuarsi anche all'interno del nuovo testo normativo, il quale laconicamente si limita a prevedere che l'organismo di mediazione risulti responsabile a qualunque titolo per i danni causati a terzi durante lo svolgimento della propria attività, prevedendo - per l'iscrizione nell'apposito registro - la stipula di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro (art. 4, I comma, 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 co-

88) Buffone G., *Mediazione e conciliazione: tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, Milano, 2010, 31.

89) Chiarloni S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2000, 455.

90) Sassani B.-Santagada F., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, 1 ss.

91) Jannicelli S., *Op. cit.*, 158.

municazione e negoziazione<sup>92</sup>.

Un fattore significativo di sviluppo potrà essere rappresentato dal maggior coinvolgimento dei professionisti forensi nelle procedure conciliative. Questi ultimi<sup>93</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>94</sup>.

---

92) Si rinvia, a tale riguardo, agli artt. 17, 18 e 19 del D.M. 18.10.2010, n. 180.

93) Di Marco G., *op. cit.*, 549; Caponi R., *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 48 ss.

94) Romualdi G., *op. cit.*, 428; Camusi M.P., *L'introduzione del livello di mediazione preventivo inciderà in maniera positiva sulla professione legale*, in *Guida dir.*, 2010, 14, 11 ss.; Finocchiaro G., *Scatta dal 20 marzo la prima informativa al cliente*, in *Guida dir.*, 2010, 12, 55 ss.