

SOMMARIO: 1. Il contesto del decreto; 2. Le alternative alla giurisdizione nell'ordinamento comunitario; 2.1 Un approccio peculiare alle ADR; 2.2 Alcuni fondamentali interventi della CE; 2.3 Il ritardo nelle controversie di diritto pubblico; 3. Il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28; 3.1 Il contenuto della riforma; 3.2 Note critiche al decreto.

## 1. Il contesto di adozione del decreto

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 rappresenta lo strumento normativo con cui il governo ha provveduto a dare attuazione alla delega in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali disposta dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, contenente *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*. Tale articolo stabilisce, al suo comma secondo, che il legislatore delegato provveda ad adottare uno o più decreti legislativi avendo non solo riguardo all'osservanza dei principi e criteri direttivi stabiliti al comma 3 del medesimo articolo, ma anche nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria.

Dunque il riassetto del sistema della mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale che con tali disposizioni si è deciso di operare non sarebbe del tutto comprensibile se non alla luce della necessità di provvedere al recepimento della direttiva 2008/52/CE, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale e proprio per questo ad essa verrà fatto costantemente riferimento. Tale atto rappresenta, in realtà, solo l'ultimo di una serie di interventi con cui le istituzioni comunitarie hanno portato avanti la propria politica di diffusione e di sensibilizzazione a favore degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ma è, al tempo stesso, il primo ad avere natura vincolante per gli stati membri, ancorché nella veste flessibile offerta dallo strumento della direttiva. D'altra parte, si deve rilevare come la riforma voluta dalla legge n. 69/2009 sia stata rivolta anche a realizzare «il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti» in materia, obiettivo di non poco conto considerando il carattere del tutto asistemico con cui si è finora intervenuto nel settore della risoluzione alternativa delle controversie nel nostro ordinamento. Con tale clausola si è inteso dunque garantire che il legislatore delegato, nella stesura del decreto, si attenesse non solo alle indicazioni fornitegli nell'ambito della delega, ma tenesse anche conto anche delle più rilevanti fattispecie di risoluzione alternativa delle controversie previste nella normativa di settore.

Quello compiuto grazie alla legge n. 69/2009 rappresenta perciò, senza alcun dubbio, un lodevole passo in avanti nella sistematizzazione delle procedure alternative nel nostro ordinamento ma ciò malgrado si riproduce un importante limite, che accomuna questa norma a tanti precedenti analoghi progetti e che consiste nella circoscrizione del suo ambito di applicazione alle sole controversie che ricadono nella materia civile e commerciale, rimanendone ancora una volta escluse le controversie amministrative<sup>1</sup>. Si tratta, anche in questo caso, di una scelta che il nostro legislatore compie senz'altro in aderenza a quanto già disposto nella direttiva 2008/52/CE, dove all'art. 1, c. 2, viene stabilito che la sua applicabilità non venga estesa alla materia fiscale, doganale e amministrativa. A livello di disciplina comunitaria tale difficoltà è chiaramente comprensibile e si giustifica nelle ampie differenze che intercorrono negli ordinamenti amministrativi nazionali, tali da suggerire l'inopportunità di qualsiasi tentativo di armonizzazione in materia. Diversamente, al

---

<sup>1</sup> Si confronti Giovannini M., *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2008 (6), 821-32, in particolare 824-25.

livello di disciplina nazionale le riserve del legislatore si spiegano piuttosto perché risulta essere in dubbio la stessa ammissibilità in via generale di soluzioni negoziali per le controversie insorte nei rapporti di diritto pubblico tra il privato e l'amministrazione.

Ciò nonostante è pur sempre innegabile che la norma abbia degli evidenti profili di interesse anche per quanto riguarda l'attività della pubblica amministrazione. In primo luogo perché, come notoriamente stabilito dall'art. 1, c. 1 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, essa potrà trovare senz'altro applicazione in tutta la sfera delle controversie inerenti ad atti che non abbiano natura autoritativa. In secondo luogo, perché l'attività di risoluzione alternativa delle controversie in campo civile e commerciale vede i pubblici poteri ancora protagonisti nella qualità di organismi di gestione delle procedure. Questo perché, nell'ambito dei poteri di intervento nell'economia, le funzioni di regolazione diretta spesso sono completate da quelle di gestione del contenzioso e quindi di governo e controllo indiretto del mercato<sup>2</sup>. Tuttavia ci si riserva di tornare in seguito su questo delicato tema, preferendo dapprima offrire un rapido quadro panoramico sul fenomeno giuridico in cui si collocano conciliazione e mediazione, ovvero le cd. *alternative dispute resolutions*. Questo ci permetterà di contestualizzare meglio alcune riflessioni sul ritardo che si sconta nel settore delle controversie di diritto pubblico. Da questi presupposti sarà poi più agevole soffermarsi su un'analisi di dettaglio della disciplina del d. lgs. 28/2010, traendone alcune considerazioni finali.

## 2. Le alternative alla giurisdizione nell'ordinamento comunitario

### 2.1. Un approccio peculiare alle ADR

Sembra imprescindibile, per comprendere la *ratio* che ispira la normativa interna, soffermarsi su alcune considerazioni attinenti all'intervento delle istituzioni comunitarie nel settore della risoluzione alternativa delle controversie. Con ciò non si vuole certamente sostenere che gli strumenti rivolti alla composizione stragiudiziale delle controversie siano, rispetto al nostro ordinamento, il portato della partecipazione al progetto europeo, dal momento che istituti di diritto processuale quali la transazione, la conciliazione e l'arbitrato erano disciplinati già con nel codice di procedura civile del 1865. Tuttavia essi stanno conoscendo una nuova stagione grazie alle importanti trasformazioni introdotte dall'intervento del legislatore comunitario il quale, procedendo verso l'obiettivo della costituzione di uno "spazio giuridico europeo", ha favorito la circolazione di modelli ed istituti appartenenti a tradizioni giuridiche differenti, funzionalizzandoli alla soluzione di problematiche che si sono via via affacciate sul suo percorso<sup>3</sup>.

Dunque, nel suo ambizioso obiettivo di ampliare l'accesso alla giustizia, la Comunità europea si è largamente avvalsa, come parametro di riferimento e, contestualmente, di differenziazione, dell'esperienza dei paesi di *common law* dove – contrariamente a quanto avvenga nei sistemi di tradizione romano-germanica – le ADR rappresentano, nella prassi, una realtà consolidata da tempo e, a livello teorico, una materia in cui il dibattito della dottrina appare ancora vivo, sebbene siano ormai lontani gli anni dell'*ADR movement*<sup>4</sup>. Tale radicamento ha una molteplicità di ragioni, la principale delle quali sembra da rinvenire in una concezione della

2 Napolitano G. (a cura di), *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in De Vincenti C., Vigneri A. (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006.

3 Cfr. Chiti M., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000 (1), 3 e ss.

4 Sul ruolo avuto da tale corrente di pensiero negli Stati Uniti si rimanda a Cappelletti M., *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of World-Wide Access-to-Justice Movement* in *The Modern Law Review*, 1993 (3), 282-96; De Palo G., Guidi G., *Risoluzione alternativa delle controversie ADR (alternative dispute resolution) nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1999, XV + 186; Resnik J., *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana* in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1997, 699-714; Silvestri E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie* in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1999 (1), 321-37.

giustizia, tale per cui si presuppone che essa sia non tanto il frutto della sussunzione della fattispecie concreta ad una norma (concetto sostanziale di giustizia) quanto il risultato del procedimento, che emerge in modo spontaneo dalla semplice osservanza di determinate regole di comportamento, in conformità al principio del *due process of law* (concetto procedurale di giustizia)<sup>5</sup>.

Va da sé la conseguenza per cui non vi sarebbero differenze di sorta tra la conclusione di una lite dettata da sentenza rispetto a quella disposta da un accordo negoziale tra le parti a conclusione di un procedimento che segua le *rules of fairness*<sup>6</sup>. Perciò, a fianco al tradizionale strumento di risoluzione delle controversie, ovvero il processo giurisdizionale, si sono sviluppate sedi e procedure di composizione dei conflitti stragiudiziali ove viene al massimo grado valorizzata l'autonomia dei privati. Naturalmente, questo tipo di soluzioni ha offerto senz'altro uno strumento per deflazionare il contenzioso pendente presso le corti, soprattutto per le controversie di modesta entità, prospettando una valida via d'uscita dalla cd. *litigation crisis*. Tant'è vero che le riforme più recenti, sia negli Stati Uniti che nel Regno Unito<sup>7</sup>, hanno previsto l'incorporazione nel processo di procedure conciliative definite endoprocessuali, come fase obbligatoria ed introduttiva rispetto al dibattimento, svolta dallo stesso giudice davanti al quale è pendente la lite.

Le caratteristiche di rapidità, economicità ed estrema flessibilità intrinseche alle ADR non potevano che destare l'interesse anche delle istituzioni comunitarie, dal momento che le alternative si sono rivelate particolarmente appropriate rispetto a determinate problematiche insorte con lo sviluppo del mercato unico. Vale la pena notare a questo proposito come, non a caso, uno dei primi riferimenti a tecniche alternative per la risoluzione delle controversie, contenuto in un atto comunitario, si trovasse nella direttiva 1992/13/CE per le controversie insorte nell'aggiudicazione di appalti nell'ambito dei settori esclusi. La conciliazione era prevista originariamente al suo capitolo 4 – assieme all'attestazione della conformità delle procedure delle stazioni appaltanti ed al meccanismo correttore – ed era evidentemente orientata a garantire l'applicazione corretta ed uniforme di una disciplina in un settore chiave, nonché particolarmente problematico, per la costituzione di un mercato comune. Sembra allora innegabile la relazione intercorrente tra i tre fenomeni dell'intensificazione nella circolazione di beni, servizi e persone all'interno dell'Europa, del parallelo aumento delle controversie rilevanti rispetto all'ordinamento comune e dell'attenzione riposta dal legislatore comunitario nei confronti delle ADR.

Altro settore emblematico di questo fenomeno è stato quello del diritto dei consumatori, in cui le liti hanno rappresentato, per la Comunità europea, un ostacolo non solo per il loro numero vieppiù consistente ma anche per via del modesto valore economico delle stesse, tale da indurre molto spesso ad una rinuncia all'esercizio dell'azione in giudizio ed al risarcimento del danno, a tutto discapito della fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato unico. Senza poi sottovalutare il dato per cui ad esse si associ spesso un'elevata specificità della materia del contendere, tale da suggerire alle parti il deferimento delle stesse ad organi giudicanti qualificati da specifiche competenze tecniche, se ritenuto opportuno. A ciò vada aggiunto il problema, di non poco conto per l'effettiva realizzazione di un mercato unico, del mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, lì dove la controversia abbia carattere transfrontaliero, ovvero coinvolga soggetti appartenenti a stati membri differenti. Infatti, nello spazio giuridico europeo la validità del principio di diretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario può potenzialmente essere pregiudicato da quello della sovranità processuale degli stati membri, mentre gli organismi che offrono una risoluzione della controversie extragiudiziale possono operare direttamente a livello sovranazionale, permettendo di scavalcare le difficoltà legate ad un processo che si svolga in un paese straniero.

---

5 Per alcuni importanti spunti di riflessione sul ruolo di tale principio in riferimento ai pubblici poteri si veda Della Cananea G., *Al di là dei confini statuali: principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009.

6 Sul modello processuale cd. *adversary* si rimanda a Taruffo M., *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. Torino, 1990, 324-410.

7 Si fa riferimento all'*Alternative dispute resolution act* adottato nel 1998 negli Stati Uniti ed alla riforma del sistema processuale civile inglese contenuta nelle *Civil procedures rules* del 1999, per le quali si confrontino rispettivamente De Palo G., Guidi G., *Risoluzione alternativa*, cit., e Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bonomia University Press, 2007, XIX + 298.

Per queste molteplici ragioni si è deciso di agire attraverso il potere di autonoma iniziativa delle istituzioni europee nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile onde assicurare, tra le altre priorità, il miglioramento dell'accesso alla giustizia quale presupposto indispensabile alla realizzazione delle fondamentali libertà di circolazione. In questo ambito, come sancito dapprima nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 e come di recente confermato dal Trattato di Lisbona, le ADR occupano un ruolo cardine<sup>8</sup> e sintomatico della fiducia che la Comunità europea ripone nella risoluzione alternativa delle controversie come strumenti di ampliamento delle tutele. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, nel suo Titolo V, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, riconosca alle decisioni extragiudiziarie un maggiore rilievo, rispetto al passato. L'art. 67, al comma 4, stabilisce che «l'Unione europea facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie in materia civile». Successivamente, l'art. 81 comma 2, lett. g), sollecita l'esercizio dei poteri normativi per l'adozione di misure volte allo «sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie» nell'ambito della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali. Questo a fronte di una menzione del tutto marginale che le alternative avevano all'art. 65, c. 1, lett. a) del Trattato CE, laddove si ritenevano incluse, tra le misure da adottare «per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno», quelle relative al riconoscimento ed esecuzione delle «decisioni in materia civile e commerciale, comprese la decisioni extragiudiziali».

Preme, però, mettere in evidenza che l'approccio alle alternative fin'ora assunto in Europa denoti dei profili di indubbia peculiarità, rispetto all'esperienza del mondo anglosassone dal momento che se ne è voluto valorizzare il ruolo non tanto come mezzo per affrancare il sistema giurisdizionale dall'eccessivo carico di contenzioso, quanto come strumento che completi il quadro dell'offerta nella sfera delle tutele. L'impiego delle ADR viene favorito solo qualora esso non rappresenti un ostacolo per l'accesso alla giurisdizione ma piuttosto una garanzia ulteriore e complementare ad essa. Occorre notare, tuttavia, che le istituzioni comunitarie non hanno adottato, sin da principio, tale modo di concepire le ADR con convinzione. Si tratta, piuttosto di una prospettiva che ha acquisito consistenza nel corso del tempo, traendo spunto dall'esperienza sul campo maturata soprattutto nel settore del diritto del consumo. Essa si è poi palesata in modo sempre più evidente attraverso la sedimentazione di alcune scelte, come quella di fornire dei parametri di riferimento distinti a seconda del tipo di tecnica adottato. Esemplicativamente, si è deciso di regolare con atti separati le alternative decisorie rispetto a quelle facilitative, laddove con le prime si intendono quelle – *in primis* l'arbitrato – che pongono termine alla controversia anche attraverso una decisione vincolante ed imposta dal terzo, mentre con le seconde si fa riferimento a quei procedimenti in cui la composizione della lite è il frutto esclusivo del consenso espresso da entrambe le parti. Questo approccio può dirsi definitivamente confermato con la direttiva 2008/52/CE che, come si vedrà, pone dei vincoli assai stringenti nel caso in cui si voglia conferire forza esecutiva all'accordo transattivo in un paese diverso da quello della sua stipulazione. Che la *ratio* di questa scelta sia di natura garantistica risulta evidente se si considera che in tali casi le alternative, piuttosto che ampliare i percorsi per accedere alla giustizia, sembrano porsi in competizione rispetto alla decisione giurisdizionale.

## 2.2. Alcuni fondamentali interventi della CE

I primi interventi della Comunità a favore degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie risalgono già al 1993, quando, con l'intento di promuovere l'accesso alla giustizia dei consumatori, viene pubblicato sull'argomento un Libro verde<sup>9</sup>, in cui è contenuta una rassegna,

---

<sup>8</sup> Si confronti il punto 30 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, (15-16 ottobre 1999) consultabili all'indirizzo internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/dispute/doc\\_civil\\_dispute\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/dispute/doc_civil_dispute_en.htm).

<sup>9</sup> Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla composizione delle controversie in materia di

paese per paese, degli strumenti di tutela, giurisdizionali ed alternativi, a disposizione dei consumatori, e dove è contestualmente raccomandato l'ampliamento dell'uso dei secondi allo scopo di rafforzare il sentimento di fiducia nei confronti del mercato comune. Sulla scia di queste considerazioni sono state successivamente adottate due raccomandazioni, la 98/257/ CE del 30 marzo 1998 e la 2001/310/ CE del 4 giugno 2001, in cui vengono fissati i principi cardine intorno a cui deve ruotare il sistema delle ADR europee nella materia del consumo. L'ambito in cui i due atti intervengono non è ovviamente coincidente e questo spiega l'adozione di strumenti differenti. Infatti, mentre la racc. 98/257/ CE si riferisce alle «procedure che indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione», includendo l'arbitrato ed escludendo espressamente la mediazione, la racc. 2001/310/ CE si rivolge a quelle che «comportano semplicemente un tentativo di far incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso», ed è intesa evidentemente a colmare gli spazi vuoti lasciati in precedenza.

D'altra parte, neanche i principi che vengono enunciati nei due atti sono nominalmente gli stessi, sebbene il loro significato sia convergente: nel primo si fa riferimento a quelli di efficacia, contraddittorio, legalità, libertà e rappresentanza, nel secondo invece a quelli di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità. Tuttavia, è opinione consolidata che essi, per l'ampiezza dei profili toccati, formino i cardini intorno a quali debbano girare non solo le alternative poste al servizio delle controversie nel settore del consumo, ma più in generale tutto il sistema delle ADR comunitarie. Le stesse istituzioni europee lo hanno riconosciuto nel momento in cui, in occasione della pubblicazione nel 2002 di un nuovo Libro verde, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale<sup>10</sup>, affermano che «[q]uesti principi consacrati nel campo del diritto del consumo potrebbero essere in effetti di beneficio, fatti salvi gli adattamenti necessari, all'ADR in generale»<sup>11</sup>.

Il nuovo libro verde ha voluto essere un'occasione per sensibilizzare il più vasto pubblico possibile sulle ADR, raccogliere osservazioni generali dagli ambienti interessati e, con ciò, assicurarne una migliore comprensibilità. La sua rilevanza, nel processo di evoluzione della normativa comunitaria in questo settore, è data, da un lato, dal fatto che viene abbracciato per la prima volta tutto il settore civile e commerciale, segno della volontà di volerne estendere l'ambito di applicazione, e dall'altro, dal fatto che rivolgendosi alle «procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto»<sup>12</sup> viene confermata la scelta di prediligere solo alcune tipologie di ADR, ovvero quelle non concorrenti, bensì complementari, rispetto alla giurisdizione.

La fase di consultazione avviata con il Libro verde è stata il presupposto da cui si è poi proceduto, da un lato, all'elaborazione di un Codice di condotta dei mediatori, approvato nel luglio 2004, e dall'altro all'adozione della direttiva 2008/52/CE. Come già osservato, si tratta del primo intervento legislativo adottato da parte delle istituzioni europee che con esso assumono una serie di obiettivi, tra cui: contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, con specifico riguardo ai problemi della disponibilità e dell'accesso ai servizi di mediazione; offrire un quadro normativo comune, cui le parti possano fare riferimento nell'evenienza in cui vogliano ricorrere a tali servizi; garantire un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario, aspetto questo tra i più complessi.

La direttiva, in primo luogo, fornisce una definizione di mediazione, quale quel procedimento strutturato dove le parti coinvolte nella controversia tentano, su base volontaria e con l'assistenza di un mediatore, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima (art. 3). Sono esclusi quei tentativi di mediazione che si inseriscono nel corso di un procedimento giurisdizionale e che siano compiuti dal giudice stesso, vale a dire le ipotesi di risoluzione alternativa che vengono comunemente chiamate endoprocedimentali. Inoltre, viene delimitato

---

consumo nel mercato unico, COM (93) 576 def, del 16 novembre 1993.

<sup>10</sup> COM (2002) 196 def.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 6.

l'ambito di applicazione ai soli procedimenti aventi per oggetto controversie transfrontaliere, sebbene nei *consideranda* si legga che «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni». Sono, altresì, escluse le controversie il cui oggetto ricada nell'ambito della materia fiscale, doganale ed amministrativa.

Quanto alle garanzie che la norma si preoccupa di fornire alle parti vi sono quelle relative alla riservatezza, per cui né i mediatori, né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione potranno essere obbligati a testimoniare davanti ad un giudice, o arbitro, riguardo alle informazioni risultanti dal procedimento medesimo. Altre garanzie sono fissate in relazione al rapporto tra la mediazione ed i termini di prescrizione e decadenza dell'azione in giudizio, per cui si richiede che alle parti che scelgano la mediazione per dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato. Tuttavia, le norme più interessanti della direttiva sembrano essere quelle riguardanti l'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione. Questo perché tale aspetto ci consente di dare ulteriore conferma di una differenziazione di approccio a seconda che le procedure di ADR si pongano come complementari o antagonistiche alla decisione giudiziale<sup>13</sup> e, perciò, che lungi dalle intenzioni del legislatore europeo fosse l'idea di configurare la mediazione come uno strumento deflattivo del contenzioso giudiziario.

Di fatti, allorché le parti, ovvero una sola di esse, seppur con l'esplicito consenso delle altre, chiedano che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo, il legislatore comunitario pone un necessario paletto all'autonomia negoziale dei soggetti in lite. L'accordo, infatti, non potrà acquisire forza esecutiva se contrario alla legge dello stato membro in cui viene presentata la richiesta ovvero se la legge di detto stato non ne preveda l'esecutività. Soltanto qualora superi positivamente questo specifico controllo contenutistico, che ha evidentemente l'effetto di condizionare l'autonomia contrattuale delle parti, l'accordo diventa titolo idoneo alla richiesta di esecuzione da parte delle autorità giudiziarie.

### 2.3. Il ritardo nelle controversie di diritto pubblico

A fronte di un numero di atti così elevato adottati nel settore delle controversie civili e commerciali si deve constatare invece la totale assenza di interventi nell'ambito delle controversie di diritto pubblico. Come si è visto la direttiva del 2008 esclude esplicitamente all'art. 1, c. 2, l'estensione dell'applicabilità della sua disciplina «alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)». La stessa abrogazione, effettuata con la direttiva 2007/66/CE del 11 dicembre 2007, delle disposizioni cui si è accennato riguardanti l'ipotesi di conciliazione inserita nella disciplina degli appalti nei settori esclusi è evidentemente indicativa della volontà di seguire un approccio sostanzialmente diverso allorché l'oggetto del contendere coinvolga l'esercizio di pubblici poteri<sup>14</sup>.

Ed in effetti, l'unico atto al riguardo è stato adottato non dall'Unione europea, bensì dal Consiglio d'Europa, con la Rec (2001) 9 del 5 settembre 2001 la quale rappresenta, ad oggi, il primo ed unico tentativo di trovare dei principi comuni in questa delicata sfera del diritto, sebbene i giudizi espressi a proposito non siano del tutto incoraggianti<sup>15</sup>. Nello specifico, la raccomandazione individua cinque diverse tipologie di tecniche alternative il cui impiego deve essere implementato, ovvero la mediazione, la conciliazione, l'arbitrato, *l'internal reviews* ed il *negotiated settlement*. Dunque, la mediazione risulta essere una delle tecniche di ADR ritenute eventualmente esperibili

13 Sul punto Rosollilo G., *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (adr) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008 (2), 349-65.

14 Cintioli F., *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, relazione AIDPA 2009, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 20.

15 In particolare Giovannini definisce un “esperimento azzardato”, sia perché non tutti i paesi aderenti all'organizzazione adottano ordinamenti a diritto amministrativo, sia per la eterogeneità di questo settore del diritto, tale da rendere difficile anche l'individuazione certa delle materie in cui siano esperibili le ADR. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche*, cit., 44 nota 69.

nelle controversie di diritto pubblico, ma ciò che interessa in primo luogo sottolineare, lasciando a dopo i possibili margini di applicazione dei suddetti strumenti, sono i principi la cui soddisfazione viene raccomandata per poter realizzare quelle “*good practices*” capaci di condurre ad un riavvicinamento delle autorità amministrative al cittadino.

Ancora una volta, quali standard per la realizzazione di livelli adeguati di tutela vengono indicati l'imparzialità e l'indipendenza del soggetto terzo, la corretta informazione delle parti sullo strumento che intendono impiegare, la garanzia di una procedura corretta, che consenta il rispetto dei diritti e delle libertà di cui ciascuna parte è titolare, la sua trasparenza<sup>16</sup>. Rimane, come presupposto indiscutibile per l'esperimento di ciascuno di questi strumenti, la possibilità di ricorrere in giudizio per una revisione della decisione eventualmente concordata, in quanto garanzia suprema dei loro rispettivi diritti<sup>17</sup>. Si tratta indubbiamente di un segnale di condivisione delle scelte già effettuate dal legislatore comunitario, sintomatico del fatto che i principi su cui si devono incardinare le ADR, per poter essere considerate strumenti affidabili, hanno sostegno unanime e fanno riferimento in sostanza al concetto di *due process*.

Tuttavia, se anche nell'ambito del diritto amministrativo, con questa raccomandazione, viene confermata l'idea di una giustizia procedurale, essa d'altra parte necessita di garanzie ancor più specifiche, onde assicurare il rispetto dell'interesse pubblico così come individuato dalla legge. In paesi come la Germania, la Francia, l'Italia e la Gran Bretagna sussistono i medesimi problemi di indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive quando si tratti di esercizio vincolato del potere amministrativo<sup>18</sup>. Perciò, rispetto a quanto non avvenga in ambito civile e commerciale, i principi di cui sopra difficilmente possono condurre ad una disciplina positiva se non da parte dei singoli ordinamenti, perché questa deve essere contestualizzata per risultare conforme al principio di legalità. Ed è per questo che le istituzioni sovranazionali sono indotte a fare un passo indietro rispetto a quanto fatto nei rapporti interprivati<sup>19</sup>.

Dunque, è il principio di tipicità, che vincola l'esercizio del pubblico potere a determinare la specificità degli ambiti di applicazione lasciati da ciascun ordinamento alle ADR nelle controversie di diritto pubblico. Precisato ciò, non si deve però sottovalutare l'importanza del ruolo che le ADR possono comunque svolgere in relazione alle controversie relative a rapporti giuridici pubblicistici. Come è noto «il diritto amministrativo è eminentemente procedurale»<sup>20</sup> e sempre di più affianco a quello di legalità si richiede l'osservanza di principi quali quelli di proporzionalità e di buon andamento che impongono, per pervenire all'assunzione della decisione più adeguata, valutazioni di necessità contestualizzate. In questo, le ADR rivelano tutte le loro potenzialità dal momento che consentono, attraverso lo svolgimento di un procedimento flessibile ma rigorosamente governato dal criterio del *due process*, di ponderare ogni profilo rilevante alla individuazione dell'assetto degli interessi meglio corrispondente all'interesse pubblico generale<sup>21</sup>.

### 3. Il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28

#### 3.1. Il contenuto della riforma

Il d.lgs. 28/2010 prende dunque le mosse da un contesto che, sul piano comunitario, ha visto un'intensa attività per l'individuazione di un substrato comune su cui fondare le tecniche di ADR, mentre sul piano normativo interno, si caratterizza per una certa estemporaneità e caoticità, dal momento che vede una pluralità di istituti oggetto di disciplina di settore, spesso frutto del

16 Cfr. art. 3, comma I, parte ii, della Rec (2001) 9.

17 Art. 3, comma II, parte iv, della Rec (2001) 9.

18 Masucci A., *La «mediazione» in Francia, Germania e nel Regno Unito un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1353-74.

19 Cintioli F., *Le tecniche*, cit., 20.

20 Della Cananea G., *Al di là dei confini*, cit., 25.

21 *Ibidem*, 21.

ricepimento di direttive comunitarie, e la mancanza di un qualsiasi raccordo tra gli stessi. Non solo, anche sul piano della dottrina, la confusione sulle nozioni e specificità delle singole tecniche di ADR risulta chiara, mancando delle classificazioni capaci di raccogliere un consenso unanime<sup>22</sup>.

Questa fotografia della situazione era certamente chiara al legislatore al momento del conferimento della delega dato che, come si è già osservato, si è premunito di vincolare l'esecutivo, nell'attuazione della stessa, alla realizzazione del necessario coordinamento con la normativa vigente. Il decreto fornisce, d'altra parte, una serie di definizioni, *in primis* quelle di mediazione e di conciliazione, allo scopo di chiarirne i concetti. Come precisa la norma, ricalcando la direttiva del 2008, la mediazione rappresenta quell'attività che, al di là della sua denominazione, venga svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella sola ricerca di un accordo amichevole ovvero nella formulazione di una proposta per risoluzione di una controversia. Si intendono perciò incluse le due ipotesi differenti, quelle in cui il mediatore ha solo il compito di favorire il dialogo, cercando tutt'al più di spianare eventuali prese di posizioni dei contendenti, sia quelle in cui questi svolga un ruolo più attivo, in quanto gli si chiede di proporre delle possibili ipotesi di definizione della lite. La conciliazione rappresenta, invece, «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione».

Se ne deduce, di conseguenza, che mentre con il primo termine ci si riferisce alla fase procedimentale di composizione della lite, con il secondo si vuole indicare la decisione che la conclude, stabilendo un assetto degli interessi che ottiene il consenso delle parti. Il che porta a domandarsi se la conciliazione sia o meno un negozio giuridico, che si affianchi magari al contratto di transazione, ovvero sia un termine utilizzato per indicare nient'altro che la causa di un contratto con finalità transattive. In questo secondo caso la conciliazione non sarebbe altro che la giustificazione dell'attribuzione patrimoniale di una parte a favore dell'altra. A tal proposito sorge perciò un dubbio, ovvero se il legislativo, nell'attribuzione della delega, non abbia aumentato la confusione in materia sanzionando l'uso del termine mediazione per designare qualcosa di diverso dal contratto tipico di cui all'art 1754 e ss. del c.c. Se infatti, come è stato osservato<sup>23</sup>, nel nostro ordinamento un tale uso non è che il frutto di un'inappropriata trasposizione dall'inglese della parola *mediation*, allora sarebbe stato forse più logico ed opportuno evitare un'inutile e artificiosa moltiplicazione di istituti ed adottare i tradizionali termini di conciliazione e transazione.

Passando all'esame della disciplina della mediazione si deve constatare, in primo luogo, che per garantire la più ampia conoscibilità possibile di questo strumento e favorirne l'impiego vige, a carico degli avvocati, l'obbligo di informare i propri assistiti dell'esistenza di questo procedimento e delle agevolazioni fiscali ad esso connesse e contenute nel decreto. Il legislatore delegato chiarisce poi, da un lato, che non si vogliano in alcun modo precludere altre modalità di risoluzione delle controversie, quali quelle derivanti da «negoziazioni volontarie e paritetiche», ovvero dalla presentazione di un reclamo in conformità alle previsioni delle carte di servizio. Tuttavia ha, d'altro canto, previsto delle ipotesi in cui l'esperimento della mediazione non è rimesso esclusivamente alla volontà delle parti, contemplando l'art. 5 un numero piuttosto consistente di fattispecie in cui vige una vera e propria condizione di procedibilità dell'azione in giudizio. Si tratta, evidentemente, di un meccanismo attraverso cui si confida di poter ottenere una riduzione del numero delle controversie pendenti in giudizio, favorendo un alleggerimento della pressione del contenzioso presso i tribunali.

Per accedere al procedimento di mediazione è necessario presentare, ad uno degli enti pubblici o privati presso cui ne sia ammesso lo svolgimento, la relativa istanza contenente, oltre all'indicazione dell'organismo medesimo, i nomi delle parti, l'oggetto nonché le ragioni della pretesa. Il procedimento non può avere durata superiore a quattro mesi, termine che decorre dalla presentazione della domanda, ovvero dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della medesima, nel caso in cui si tratti di mediazione obbligatoria ai fini della procedibilità dell'azione in giudizio. Segue la designazione del mediatore da parte del responsabile dell'ente

<sup>22</sup> Si vedano le posizioni di Chiti M. P., *Le forme di risoluzione*, cit., 8; Gasparri W., *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in Corpaci A. (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2003, 193 e ss.; Silvestri E., *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Dem. e dir.*, 2005 (2), 58-60.

<sup>23</sup> Passanante L., *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese ed italiana*, Padova, Cedam, 2007, 231-39.



presso cui il procedimento si svolge e contestualmente viene fissato il primo incontro da tenersi inderogabilmente non oltre quindici giorni dal deposito dell'istanza. La parte convenuta deve avere comunicazione della presentazione della domanda e della data stabilita per l'incontro con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche ad opera dello stesso istante. Una particolare condizione volta ad incentivare la partecipazione al procedimento, è prevista all'art. 8, c. 5, secondo il quale «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio...».

Nel caso in cui la controversia richieda per la sua soluzione di specifiche competenze tecniche è prevista la nomina da parte dell'organismo di mediazione di uno o più mediatori ausiliari. Qualora non ricorrano le condizioni per poter provvedere autonomamente è comunque possibile avvalersi anche degli esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. In ogni caso è il regolamento di procedura che deve stabilire i modi per calcolare e liquidare il compenso dovuto a tali consulenti esterni. Il procedimento deve svolgersi presso la sede dell'organismo ovvero in altro luogo sempre stabilito nel regolamento; nel rispetto di un'indicazione contenuta nella direttiva (vedasi il *considerandum* 9) riprodotta anche nella legge delega, si riconosce inoltre la facoltà alle parti di intraprendere mediazioni svolte in modalità telematiche, da tenersi in conformità alle previsioni del regolamento dell'organismo prescelto. In generale, lo svolgimento del procedimento di mediazione non deve prevedere particolari formalità ed è rimesso, per quanto non espressamente disposto nel decreto, ai regolamenti adottati dai singoli organismi. Ad ogni modo devono essere assicurate adeguate garanzie sull'osservanza dei principi europei di cui si è fatta menzione in precedenza quali la riservatezza, nonché l'imparzialità ed idoneità del mediatore allo svolgimento delle procedure (art. 3).

Compito del mediatore, ai sensi dell'art. 8, c. 3, è quello di adoperarsi «affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia». L'art. 14 impone l'osservanza, nel compimento delle proprie funzioni, di particolari obblighi quale quello, avente portata generale, che vieta non solo al mediatore ma anche ai suoi ausiliari, di acquisire la titolarità di diritti o obblighi ulteriori rispetto a quelli strettamente connessi alla prestazione dell'opera o del servizio. In particolare, si esclude che costoro possano percepire direttamente dalle parti somme di denaro a titolo di compenso essendo prevista, in sua vece, un'indennità da corrispondere all'organismo di mediazione. Sono stabiliti, poi, ulteriori obblighi aventi carattere specifico ed in particolare quello di sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità nelle forme e modi previsti dal regolamento di procedura dell'organismo di appartenenza nonché di dare immediata notizia di eventuali cause che possano pregiudicare tale imparzialità in relazione a specifiche controversie; quello di formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative e, in ultimo, di adeguarsi alle richieste organizzative fatte dal responsabile dell'organismo. Inoltre è ammesso che una delle parti possa avanzare una richiesta di rimozione e sostituzione del mediatore, da presentarsi sempre al responsabile dell'organismo.

Per quanto riguarda il dovere di riservatezza, sono dettate, agli artt. 9 e 10 del decreto, delle specifiche disposizioni. Si prevede una sua generale osservanza rispetto a tutte le dichiarazioni rese, ovvero alle informazioni acquisite, durante lo svolgimento del procedimento, obbligo che riguarda tutti coloro che svolgano servizio o prestino la propria opera presso l'organismo. Inoltre il mediatore deve tenere riservate tutte le informazioni e le dichiarazioni acquisite da una delle parti nello svolgimento di colloqui separati, salvo che questa non acconsenta alla loro divulgazione. Nessuna dichiarazione o informazione potrà essere utilizzata nel corso di un giudizio avente oggetto anche solo parzialmente coincidente con quello della mediazione e che segua all'insuccesso di quest'ultima, salvo che con il consenso espresso della parte da cui esse provengano. In particolare, si prevede per il mediatore l'estensione delle disposizioni riguardanti il segreto professionale, di cui all'art. 200 del codice di procedura penale, e dunque l'esenzione dall'obbligo a deporre davanti l'autorità giudiziaria ovvero altra autorità, e delle garanzie previste per il difensore, in quanto compatibili, dall'art. 103 del medesimo codice.

Il mediatore può formulare una sua proposta di conciliazione nei casi in cui, durante il corso della mediazione, le parti non pervengano all'autonoma formulazione di un accordo amichevole

ovvero ogni qualvolta queste gliene facciano concorde richiesta. La proposta deve essere comunicata in forma scritta alle parti le quali dovranno a loro volta informare il mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, riguardo l'accettazione o il rifiuto della medesima; quest'ultimo ricorre anche nel caso di silenzio della parte. Sia nel caso in cui venga raggiunto un accordo amichevole di composizione della lite, sia in quello in cui tutte le parti accettino la proposta di conciliazione, è redatto un processo verbale di conciliazione, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale ha anche il compito di certificare l'autografia della sottoscrizione. Si esige invece la autenticazione da parte del pubblico ufficiale quando l'accordo preveda la conclusione di un contratto, o altro atto, di cui sia richiesta la trascrizione ai sensi dell'art. 2643 del cc.

Il processo verbale deve essere redatto anche nel caso in cui la conciliazione fallisca, indicando la proposta e l'eventuale mancata partecipazione di una delle parti alla mediazione. In ogni caso si prevede il deposito dell'atto presso la segretaria dell'organismo. È espressamente stabilita la possibilità di omologare il verbale di accordo con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, tuttavia tale procedimento potrà aversi solo qualora sia accertata la regolarità formale dell'atto nonché la sua conformità all'ordine pubblico e alle norme imperative dell'ordinamento. Nel caso in cui la controversia abbia carattere transfrontaliero, la competenza all'omologazione spetta invece al presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo è destinato ad avere esecuzione; in ogni caso, una volta che questa sia conseguita, il processo verbale acquista l'efficacia di titolo esecutivo. All'art. 15 è inoltre disciplinata l'ipotesi particolare della mediazione nell'azione di classe, di cui all'art. 140-*bis* del codice del consumo, per cui nel caso in cui sia raggiunta una conciliazione dopo la scadenza del termine per l'adesione all'azione di classe medesima, questa produce i suoi effetti nei confronti di tutti coloro che abbiano espressamente consentito alla stessa.

Molto puntuale è la disciplina del rapporto tra mediazione e processo. Si è già avuto modo di accennare al fatto che il legislatore ha stabilito che in alcune materie molto importanti, quali ad esempio quelle inerenti diritti reali, condominio, locazione, risarcimento del danno da circolazione di autoveicoli e natanti, successioni ereditarie, etc., «[l]l' esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale» (art. 5, c.1). Nell'ipotesi in cui sia già stato avviato un procedimento giudiziario è possibile eccepire, non oltre la prima udienza, l'improcedibilità sia da parte del convenuto che d'ufficio da parte del giudice. In questo caso, come in quello in cui la mediazione, pur avviata, non abbia ancora avuto un esito, il giudice fisserà la nuova udienza oltre il termine di conclusione del procedimento. È espressamente previsto dall'art. 7 che il periodo di quattro mesi stabilito per svolgimento della mediazione non sia computato ai fini della disciplina sulla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.

Al giudice viene inoltre riconosciuta la facoltà, anche in sede di appello – e fatta esclusione per una serie di controversie rientranti nelle materie indicate dal c. 4 dell'art. 5 – di invitare comunque le parti a procedere alla mediazione, sulla base di alcune considerazioni inerenti il comportamento delle stesse, la natura della causa, lo stato d'istruzione del procedimento. Lo svolgimento della mediazione non impedisce comunque l'eventuale adozione di provvedimenti cautelari ed urgenti qualora richiesti. Sempre a proposito del rapporto tra conciliazione e processo, risulta di notevole interesse la disposizione di cui all'art. 13 del decreto che, in piena aderenza a quanto disposto dalla legge delega all'art. 60, c. 3, lett. *p*), prevede, per la parte vincitrice, l'impossibilità della ripetizione delle spese processuali sostenute nel periodo successivo al rifiuto della proposta di conciliazione, qualora il contenuto della sentenza emessa dal giudice sia del tutto corrispondente a quello della conciliazione rifiutata. Non solo, anche nel caso in cui la decisione adottata dal giudice se ne discosti, questi può comunque, con provvedimento motivato, stabilire «per gravi ed eccezionali ragioni» l'esclusione dalla ripetizione di quelle spese che la parte vincitrice abbia sostenuto per le indennità di mediazione. Si tratta, evidentemente, di meccanismi che si collocano tra quelli predisposti per favorire la riuscita della mediazione e per dissuadere le parti dalla tenuta di comportamenti poco collaborativi.

Altra importantissima novità inserita nel testo del decreto, in aderenza ai criteri direttivi fissati nella legge delega, è quella prevista dall'art. 16 che contempla la predisposizione, con

appositi decreti ministeriali, di registri cui debbano iscriversi tutti gli organismi abilitati alla gestione di un procedimento di mediazione. Ad ogni modo, è previsto che fino all'adozione dei suddetti atti si applichino, in quanto compatibili, i decreti del Ministero della giustizia del 23 luglio 2004, nn. 222 e 223, disciplinanti i registri degli organismi di conciliazione in materia di diritto societario ed intermediazione finanziaria nonché in quella bancaria e creditizia. Dunque gli organismi abilitati, siano essi enti pubblici o privati, potranno conseguire l'iscrizione ai registri e a patto però che forniscano garanzie di serietà ed efficienza. Dovranno perciò ottenere, da parte del Ministero della giustizia, l'idoneità del proprio regolamento che deve essere depositato, insieme al codice etico, al momento di presentazione della domanda d'iscrizione al registro. Nel regolamento saranno indicate, qualora previste, le procedure telematiche predisposte dall'organismo e le garanzie a tutela della sicurezza delle comunicazioni e della riservatezza dei dati. In ogni caso sono da allegarsi al regolamento le tabelle delle indennità spettanti agli organismi da predisporre in conformità a quanto previsto dai decreti ministeriali.

La norma prevede inoltre che i consigli degli ordini degli avvocati possano istituire organismi di mediazione presso ciascun tribunale mentre i consigli di qualsiasi altro ordine professionale, limitatamente alle materie di propria competenza, possono istituire organismi speciali con l'assenso del Ministero della giustizia. Finalizzato al coordinamento con il principale degli strumenti di conciliazione già presenti nel nostro ordinamento è poi il meccanismo automatico d'iscrizione al registro, dietro semplice presentazione della domanda, previsto all'art. 19, c. 2, per gli organismi di conciliazione istituiti presso le camere di commercio ai sensi dell'art. 2, c. 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, per i quali opera una presunzione di conformità ai criteri di accesso. Sempre tramite apposito decreto del Ministero della giustizia si dovrà procedere all'istituzione di un elenco di formatori per la mediazione; saranno inoltre indicate le modalità di iscrizione, sospensione, cancellazione degli iscritti e di svolgimento dell'attività, «in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori» (art. 16, c. 5).

Da ultimo una menzione deve essere fatta alle agevolazioni fiscali, inserite nel decreto sempre su stimolo della legge delega, consistenti in un'esenzione dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro onere per atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione ed in un'esenzione totale dall'imposta di registro per il verbale di accordo se il suo valore economico è inferiore a cinquantamila euro. L'art. 20, c. 1, riconosce infine un credito d'imposta commisurato all'indennità di mediazione, fino ad un massimo di cinquecento euro, in caso di esito positivo della stessa, credito che si riduce della metà nell'ipotesi invece di un suo fallimento.

### 3.2. Note critiche al decreto

È chiaro dunque che la norma sia inequivocabilmente strutturata in modo tale da favorire il rafforzamento delle procedure di ADR nel nostro ordinamento e, d'altra parte, proprio questo era l'appello proveniente dalle istituzioni europee. Perciò, solo facendo riferimento all'ordinamento comunitario riteniamo che si abbiano i parametri corretti per poter formulare una valutazione del lavoro svolto dal legislatore. Vale a dire che il decreto potrebbe dimostrare buone possibilità di conseguire risultati positivi proprio nella misura in cui segua le indicazioni provenienti dall'Unione europea. Ed in effetti, sono state inserite nel testo numerose misure capaci di assicurare il rispetto di quei principi comunitari della cui elaborazione si è fatto riferimento in precedenza. Volendo fare alcuni esempi, il principio di trasparenza viene garantito dall'obbligo di informazione a carico dei legali rappresentati; quello di contraddittorio è tutelato dalle disposizioni che impongono alla parte che avvia il procedimento l'onere di comunicare all'altra, con ogni mezzo idoneo, l'avvenuta presentazione della domanda di mediazione e la data stabilita per l'incontro, in modo da assicurarne la partecipazione paritaria; a tutela dell'efficacia vi è la disposizione che limita ad un massimo di quattro mesi la durata della mediazione, mentre dubbio alcun poteva presentarsi sul fronte del principio di libertà, per cui la decisione può vincolare le parti solo in quanto queste vi abbiano acconsentito.

Probabilmente gli sforzi maggiori sono stati quelli compiuti sul fronte della tutela dei principi di imparzialità/indipendenza dei responsabili della mediazione. In primo luogo, puntando sulla serietà delle istituzioni a cui rivolgersi, serietà che dovrà trasparire dal regolamento che l'organismo stesso si attribuisce e che è comunque soggetto al vaglio ministeriale. Inoltre, ai soggetti svolgenti i compiti di mediatori, sono imposti non solo obblighi comportamentali, che ne guidino l'azione nello svolgimento dei propri compiti, ma è loro richiesta anche una preparazione tecnica la cui adeguatezza dovrebbe essere assicurata da un corpo di formatori a loro volta selezionati.

Il fatto che tali requisiti siano così stringenti e che, d'altro canto, in relazione ad essi operi una presunzione di possesso da parte delle commissioni di conciliazione ed arbitrato operanti presso le camere di commercio merita di essere opportunamente messo in evidenza. Si tratta di una scelta, a primo sguardo, del tutto ovvia dal momento che tali sportelli si sono ormai ampiamente consolidati e sono tra i pochi, nel complesso degli organismi operanti in Italia, ad aver meritato la fiducia delle istituzioni europee attraverso l'iscrizione presso lo *European Extrajudicial Network*, ovvero una rete di ADR in materia di consumo costituita con la racc. 98/257/ CE e finalizzata migliorarne l'efficienza<sup>24</sup>. Tuttavia ciò non sminuisce ma, anzi, valorizza il trattamento di favore riconosciuto loro anche dal d. lgs. 28/2010 perché ci offre argomentazioni per confermare le ipotesi di quanti sostengono l'importanza di una "amministrativizzazione" delle procedure di ADR<sup>25</sup>, quanto meno in relazione alle sedi presso cui esse debbano avere luogo, come ulteriore garanzia dell'effettiva imparzialità del terzo, in questo caso il mediatore.

Sono piuttosto altri i punti della norma che lasciano spazio a perplessità. Senz'altro non condivisibile è la volontà di configurare la mediazione come una possibile soluzione ai molti problemi della giustizia italiana, *in primis* quello dei tempi. Se da un lato è certamente vero che una giustizia offerta in ritardo equivale ad una giustizia negata, dall'altro più di un autore sottolinea come le tecniche di ADR abbiano dato le migliori garanzie di efficacia lì dove il sistema giurisdizionale desse già buone prove di sé stesso<sup>26</sup>. Tanto più che, come si è argomentato in precedenza, sono le indicazioni fornite dallo stesso legislatore comunitario che vanno in direzione contraria a tale percorso. Questo perché le ADR giocano senza dubbio un ruolo ambiguo nei confronti della questione dell'accesso alla giustizia. Sono in grado di favorirlo nella misura in cui consentono una moltiplicazione degli strumenti di tutela, tale per cui è lasciata alle parti la possibilità di scegliere liberamente quello che meglio si attagli alle esigenze del caso, ma sono anche capaci di ostacolarlo seriamente se si pongono come una sorta di sbarramento per l'ingresso alle aule dei tribunali.

E questo è il rischio di una norma che prevede un numero consistente di materie in cui la mediazione è condizione di procedibilità ed in cui sono comunque previsti, anche nei restanti casi, dei meccanismi di incentivo o di penalizzazione commisurati al comportamento singolarmente tenuto dai litiganti. Vi sono, infatti, margini assai ampi per dubitare che tali misure non siano in qualche modo in grado di incidere sullo stesso principio di libertà nella scelta degli strumenti cui appellarsi per la soddisfazione delle proprie pretese giuridiche, principio direttamente discendente dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>. Sebbene infatti tale diritto non sia del tutto compromesso, neanche in quelle materie in cui la mediazione è vincolata – essendo comunque indiscusso il potere delle parti di lasciar decorrere inutilmente i termini per il suo esperimento – sta di fatto che, i costi da sostenere ed i meccanismi vari di sostegno economico riconosciuti a coloro che si dimostrino disposti ad accordarsi, non potranno che condizionare, e di molto, la scelta di quanti non possono che parametrare la propria condotta alle risorse economiche di cui dispongano.

Ma, anche al di là di ciò, rimane il fatto che, per quelle controversie in cui la scelta per la

---

24 Cfr. Sticchi Damiani S., *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2003 (2), 743-774.

25 Si veda Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche*, cit., 31.

26 Fra tutti si confronti Resnik J., *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699-714.

27 Si veda Trocker N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (parte seconda), in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2007, 439-60.

mediazione non è più nella disponibilità delle parti, il risultato complessivo cui condurrà la norma sarà, plausibilmente, un allungamento dei tempi della giustizia. Dati i non pochi richiami e le sanzioni già comminate all'Italia per l'indicibile lentezza dei processi, sarebbe stato opportuno, anche sotto questo profilo, prestare una maggiore attenzione. Queste sono le ragioni per cui i principali motivi di perplessità che sorgono in relazione al decreto stanno proprio nel modo in cui viene strutturato il rapporto tra mediazione e processo. Esso rischia di riproporre, nel nostro ordinamento, un dibattito sulle ADR – viste alternativamente come anatema o panacea per il sistema giurisdizionale – che dovrebbe considerarsi in gran parte superato. Ciò proprio alla luce delle indicazioni dell'Unione europea, la quale ci sembra escludere chiaramente che le alternative possano essere ordinate alla deflazione del contenzioso in sede giurisdizionale nel momento in cui opta per la scelta di configurarle, piuttosto, come una *chance* addizionale offerta ai cittadini per la tutela delle proprie situazioni giuridiche.