

## La Direttiva sulla conciliazione: tanto rumore per nulla

Cesare Vaccà

Le aspettative suscite dalle due versioni preliminari del 2004 della Direttiva sulla conciliazione sono state frustrate dal testo pubblicato il 21 maggio 2008, che ne circoscrive l'ambito applicativo alle sole controversie “transfrontaliere”. Sfuma, così, l'opportunità di armonizzare nell'Unione europea le procedure di accesso alla giustizia in sede extragiudiziale.

### *Le ascendenze della Direttiva n. 2008/52*

La proposta di direttiva sulla composizione negoziata dei conflitti, che sembrava avere una certa rilevanza fra le priorità della Commissione, date le due differenti versioni preliminari seguitesi nel 2004 a distanza di circa quattro mesi, ha successivamente imboccato percorsi carsici e se ne sono perse le tracce, per riemergere ora inaspettatamente con le sembianze della Direttiva n. 2008/52 del 21 maggio 2008, relativa alla mediazione in materia civile e commerciale.

La portata di questo atteso intervento di armonizzazione dei procedimenti di *mediation* è stata, però, significativamente ridimensionata rispetto alle *preliminary draft* che l'hanno preceduta,<sup>1</sup> in quanto la sfera applicativa è stata circoscritta alle sole controversie “transfrontaliere”, scelta del resto simmetrica a quella già operata in relazione al Regolamento n. 861/2007 dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità: uno dei pochi disegni d'intervento comunitario nella sfera procedurale civile risulta così complessivamente assai meno incisivo rispetto a quanto sarebbe stato lecito attendersi.

L'inattesa limitazione (secondo comma dell'art. 1 della Direttiva n. 2008/52) alle “controversie transfrontaliere” è solo parzialmente mitigata dall'ambiguo ottavo considerando, secondo il quale «*le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*».

Sorprendentemente il paragrafo 1.2 della Relazione alla *preliminary draft* manifestava una scelta opposta, rimarcando che «*non sarebbe fattibile restringere il campo di applicazione della proposta all'esclusivo fine di rimuovere gli*

<sup>1</sup> *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della media-*

*zione in materia civile e commerciale {SEC(2004)1314}*  
*Bruxelles, 22 ottobre 2004 COM(2004) 718 def.*

*ostacoli creati da elementi transfrontalieri o al fine di facilitare soltanto la risoluzione delle controversie che mostrano elementi transfrontalieri».*

La Commissione delle Comunità europee nel 2004 era, infatti, dell'avviso che «*nella valutazione della adeguatezza della mediazione come metodo di risoluzione delle controversie per una determinata vertenza, gli elementi transfrontalieri costituiscono solo una delle diverse circostanze da tenere in considerazione».*

Netta era, di conseguenza, la valutazione pesantemente negativa allora espressa circa i rischi della limitazione alla sfera transfrontaliera delle nuove regole: «*Promuovere la mediazione soltanto in relazione alle controversie che mostrano un elemento transfrontaliero sarebbe arbitrario e creerebbe un rischio di effetti discriminatori [...] una restrizione di questo genere determinerebbe indubbiamente una sostanziale riduzione dell'impatto pratico della proposta di direttiva. Rendere l'applicabilità delle norme di procedura civile contenute nella proposta di direttiva soggetta alla presenza di elementi transfrontalieri potrebbe condurre ad una maggiore incertezza del diritto».*

Una posizione tanto drastica era, del resto, coerente con la centralità attribuita dai programmi comunitari alle politiche di armonizzazione dell'accesso dei consumatori alla giustizia (Caspani, 2002), affermata sin dal Libro Verde del 16 novembre 1993<sup>2</sup> in quanto «*l'ordinamento giuridico comunitario è costituito da un sistema di norme la cui applicazione è in massima parte affidata non già ad un proprio ordinamento giudiziario, bensì alle giurisdizioni istituite nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali»* e, quindi, «*se l'accesso all'autorità giudiziaria nazionale è ostacolato, viene a subire pregiudizio l'efficacia stessa del diritto comunitario e in particolare il principio di non discriminazione».*

Lo stesso Libro Verde puntualmente rilevò (par. 1a), con una visione, - peraltro schiettamente economicistica - che «*se vi sono controversie la cui risoluzione rientra chiaramente nell'obiettivo e nella gestione del mercato unico, queste sono appunto le vertenze che possono insorgere dal libero gioco di questo mercato, principalmente quindi le vertenze che discendono dai contratti in materia di consumo»,* rispetto alle quali, come - forse un poco fideisticamente - la Commissione mostrava allora di ritenere, la sola «*esistenza di procedure efficaci favorisce l'esecuzione "spontanea" delle obbligazioni contrattuali».*<sup>3</sup>

## *Le prospettive dell'accesso alla giustizia*

Favorire, in ogni possibile forma, l'accesso alla giustizia non riguarda, in realtà, i soli rapporti economici, ma presenta precisi elementi di rilevanza sociale, verso i quali - peraltro - gli organi comunitari danno prova di minore confidenza:

<sup>2</sup> *Libro Verde della Commissione ue.* L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico (com 93-576 def, Bruxelles, 16 novembre 1993), par. 1a.

*Nei riferimenti bibliografici sono segnalati alcuni studi dedicati al Libro Verde.*

<sup>3</sup> *Idem, par. 1a.*

avvicinare la giustizia a ogni cittadino costituisce il fondamento del movimento per l'*access to justice* che, nel corso degli anni '60, in un clima di *welfare state* (Cappelletti, 1981)<sup>4</sup> e di diffusa consapevolezza dei diritti civili, negli ordinamenti di *common law* iniziò a propugnare riforme a favore dei meno abbienti (Cappelletti, Gordley, Johnson, 1975).

Grazie a significativi contributi non scalfiti dal tempo, andava maturando la consapevolezza della centralità delle regole che, nella sfera del diritto processuale, garantiscano a tutti pari opportunità di agire in giudizio e di essere difesi, oltre che di fruire dell'assistenza legale anche in sede extragiudiziale.

Dell'accesso alla giustizia, che «è il nucleo centrale, e quindi riflette la finalità primaria dello stato sociale di diritto, e rappresenta il valore fondamentale della nostra epoca» (Cappelletti, 1993), l'effettività del diritto alla difesa è uno degli aspetti, destinato a essere integrato dall'adozione di metodi ADR, *Alternative Dispute Resolution*, in grado di abbattere le barriere economiche, psicologiche, nonché quelle imputabili alla provenienza geografica e all'origine etnica, che si frappongono fra i cittadini, specie i meno abbienti, e la possibilità di tutelare in giudizio i propri diritti.

Come è stato ricordato dalla figura più nota del ciclo di studi sull'*access to justice*, la sensibilità verso i valori della solidarietà sociale e dello spirito di servizio verso i meno fortunati è testimoniata proprio dalla vita del patrono degli avvocati, il bretone Sant'Ivo che, secondo l'agiografia, prestava gratuitamente l'opera sua, essendo «*advocatus sed non latro, res miranda populo*» (Cappelletti, 1993).

Vi è, del resto, una consolidata tradizione di matrice religiosa non soltanto nell'assistenza, anche legale, ai bisognosi, ma altresì a favore della ricerca di modalità non conflittuali di composizione delle liti, evidente nello stesso Codice di Diritto Canonico del 1984,<sup>5</sup> il quale dispone che «*per evitare le liti giudiziarie, si può ricorrere utilmente alla transazione o conciliazione, oppure sottoporre la controversia al giudizio di uno o più arbitri*.»<sup>6</sup>

Il pensiero religioso ha certamente mutuato parte della cultura della mediazione dalla risalente tradizione orientale della composizione non conflittuale delle liti, alla quale si coniuga la diffidenza, efficacemente testimoniata da San Paolo nella Prima lettera ai Corinzi, nei confronti dei meri rimedi giudiziari.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Cappelletti promosse un'indagine comparatistica sulle istituzioni di diritto processuale e il loro grado di efficacia nel soddisfare le esigenze di accesso alla giustizia, specie dei cittadini meno abbienti, pubblicata in M. Cappelletti, B. Garth *Access to Justice. A World Survey*, Milano, 1978.

<sup>5</sup> Dispone infatti il Codex Iuris Canonici 1984 (Can. 1446): «Tutti i fedeli di Cristo, e soprattutto i vescovi, s'adoperino con diligenza, rispettando la giustizia, affinché nel popolo di Dio le liti, nei limiti del possibile, siano evitate e al più presto risolte pacificamente. Non appena sorga una lite, e anche in qualsiasi altro momento, il giudice, quando intravede una qualche speranza di buona riuscita, non tralasci di esortare e di assistere le parti a cercare di comune accordo un'equa

soluzione della controversia, e indichi loro i mezzi più adatti a tal riguardo, ricorrendo anche alla mediazione di persone autorevoli»; prosegue il medesimo Can. 1446 (§ 3) affermando che «se la lite verte su interessi privati delle parti, il giudice consideri se la controversia possa aver fine utilmente mediante la transazione o il giudizio arbitrale, a norma dei Cann. 1713-1716».

<sup>6</sup> Codex Iuris Canonici 1984, Can. 1713.

<sup>7</sup> Si legge, infatti, nella prima Lettera di San Paolo ai Corinzi (6; 4-5) «Quando avete da giudicare su cose di questa vita, costituite come giudici persone che nella chiesa non sono tenute in alcuna considerazione? Dico questo per farvi vergogna. Che non vi sia tra di voi neppure una persona saggia, capace di pronunciare un giudizio tra un fratello e l'altro?».

Istanze sociali che sono patrimonio comune di parte del mondo religioso e delle organizzazioni per i diritti civili portarono il movimento per l'*access to justice* a individuare tre principali fasi, prima delle quali, secondo una visione di piena realizzazione dei diritti della persona, l'eliminazione delle regole suscettibili di dar luogo a discriminazioni nel processo civile e in quello penale in funzione delle condizioni personali.

La seconda si riferisce, invece, alla posizione del singolo all'interno di una massa di individui esponenti di diritti individuali omogenei: l'inquinamento ambientale, la circolazione di prodotti difettosi, la discriminazione razziale, presuppongono efficaci azioni collettive atte a consentire a ogni danneggiato di ottenere giustizia con *chances* superiori e costi complessivamente inferiori rispetto a una somma di azioni individuali.

Peculiare strumento di tutela degli interessi diffusi<sup>8</sup> è la *class action*, modello che dagli Stati Uniti si è diffuso in altri paesi, anche di *civil law* (Crisigiovanni, Martinello, 2008).

La terza, e ultima, fase del movimento per l'accesso alla giustizia attiene sia agli interventi di semplificazione del processo civile - volti, fra l'altro, a istituire organi e procedure giudiziari con attinenza esclusiva agli *small claims* - sia all'offerta di modalità di composizione dei conflitti alternative al giudizio ordinario, evitando tuttavia, nell'uno e nell'altro caso, le insidie della creazione di una "giustizia di seconda classe", o "giustizia bagatellare", riservata ai cittadini portatori di diritti economicamente "minori" (Cappelletti, 1993) e, pertanto, a rischio di scarsa considerazione.

In questo percorso è centrale la transizione dalla "giustizia contenziosa" alla "giustizia coesistenziale", riposta su forme di mediazione affidate a soggetti estranei all'organizzazione giudiziaria: la "giustizia coesistenziale" non si propone, infatti, di decidere o definire, ma piuttosto di "rammendare" situazioni conflittuali fra soggetti che appartengono alla medesima collettività, o intrattengono comunque relazioni destinate a durare nel tempo all'interno di una comunità sociale, culturale, economica, grazie a un conciliatore moralmente e socialmente legittimato nei confronti del gruppo al cui interno è maturato il conflitto.<sup>9</sup>

## *Le carenze prospettiche*

Tuttavia solo un'immagine sfuocata delle finalità, dei valori, degli strumenti propugnati da questo intenso ciclo di studi trova riflesso nella legislazione del-

<sup>8</sup> Come è noto, la L. 24 dicembre 2007, n. 244, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge Finanziaria 2008), ha inserito nel Codice del Consumo (art. 140 bis l'"azione collettiva risarcitoria", giornalisticamente accreditata quale *class action*, delineando una procedura a tal punto oscura e lacunosa da determinarne il differimento dell'entrata

in vigore, originariamente fissata al 28 giugno 2008: si veda a questo proposito P. Martinello, La *class action*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 1/2006, p. 99 ss.

<sup>9</sup> La definizione di "giustizia coesistenziale" e la metafora del "rammendo" sono di M. Cappelletti, Il giudice di pace nella prospettiva del movimento per l'accesso alla giustizia, cit., pp. 34-35.

l'Unione europea, che tende, innanzitutto, a considerare l'accesso alla giustizia principalmente in relazione ai consumatori, che senza dubbio sono uno fra i soggetti deboli da tutelare, ma non l'unico nell'accezione originaria del movimento per l'*access to justice*;<sup>10</sup> inoltre, delle tre fasi che hanno improntato il movimento, fra loro funzionalmente interrelate, solo quella relativa alla ricerca di forme di amministrazione della giustizia secondo modalità alternative a quella ordinaria sembra suscitare l'interesse degli organi comunitari.

Ma, anche in questo caso, le originarie finalità sono filtrate attraverso una lente deformante, che induce a considerare i metodi ADR, enfatizzando più i profili patrimoniali che la salvaguardia dei diritti dei cittadini in senso lato: sintomatico, a questo proposito, che il Libro Verde del 1993 sottolineasse l'esigenza di eliminare le disparità di condizioni con le quali anche le imprese si confrontano nei singoli paesi membri in relazione alla gestione del contenzioso.

Privilegiando questi termini della questione, la prospettiva dalla quale tali Autori, in particolar modo nel nostro paese, giungono a osservare queste procedure è quella sola dell'impresa, accomunando finanche i metodi ADR alle modalità di negoziazione dei contratti (Nicosia, 2002).

Non poche fra le sempre più numerose opere dedicate alla conciliazione parafrasano con monotonia (e superficialità) le pagine dei più noti testi di scuola harwardiana sulle tecniche che il conciliatore/mediatore deve padroneggiare, in assenza di una visione complessiva delle reciproche relazioni fra gli strumenti individuati dal movimento dell'*access to justice*.

A quasi un decennio di distanza dal Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia, nel 2002 la Commissione europea licenziò il Libro Verde relativo alle modalità alternative di composizione delle controversie in materia civile e commerciale,<sup>11</sup> che si espresse a favore delle diverse forme di ADR prendendo atto del - poco - realizzato nei paesi membri e confermando l'impegno degli organi dell'Unione per lo sviluppo di procedure atte a garantire ai cittadini europei l'accesso alla giustizia secondo modalità semplici e poco costose.

Possono cogliersi in questo secondo Libro Verde i segni di una maggiore sensibilità, in quanto l'auspicio della diffusione di procedure di composizione dei conflitti, alternative rispetto al ricorso al giudice, venne formulato non soltanto in relazione ai rapporti patrimoniali d'interesse dei consumatori, ma altresì con attinenza alle relazioni fra piccoli e medi imprenditori, ai rapporti di lavoro, finanche allo stesso ambito familiare (Buzzi, Haynes, 1996; Riondino, 2005).

## *ADR e giustizia ordinaria*

Rispetto a queste premesse, la Direttiva n. 2008/52 rappresenta un'evidente cesura e disattende gli obiettivi di un'azione comunitaria volta ad assicurare e

<sup>10</sup> *I consumatori sono i protagonisti, in particolare, delle iniziative volte a favorire il radicamento delle classi*

*actions (Cappelletti, 1991).*

<sup>11</sup> *COM (2002) 196 def., Bruxelles, 19 aprile 2002.*

armonizzare in ogni paese i diritti dei cittadini in relazione alle procedure di composizione negoziata dei conflitti.<sup>12</sup>

Si consideri, inoltre, che la *preliminary draft* del 2004 opportunamente smentiva il radicato luogo comune<sup>13</sup> secondo il quale uno dei maggiori vantaggi delle modalità *out-of-court* di composizione delle liti si identificherebbe con la diminuzione della «*pressione sul sistema giudiziario, con ciò riducendo le lunghe attese nella trattazione delle cause e la possibilità di un risparmio per le finanze pubbliche*»: pur non escludendo un impatto positivo in questo senso, era infatti affermato che «*la mediazione ha un valore intrinseco come metodo di risoluzione delle controversie [...] che merita di essere promosso indipendentemente dalla caratteristica di poter alleggerire la pressione sul sistema giudiziario*».<sup>14</sup>

Fin troppo ovvio, quindi, come sempre rilevò la *preliminary draft*, che «*la disponibilità di metodi alternativi non può in alcun modo esimere uno Stato membro dal mantenere un sistema legale efficace ed equo, che risponda ai requisi richiesti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale costituisce uno dei pilastri fondamentali di una società democratica*».

La mappa dei tentativi di conciliazione presenti nel nostro codice di rito e nella legislazione speciale testimonia l'assenza in capo al legislatore di un disegno sistematico e consapevole e - al più - evidenzia la propensione ad assecondare esigenze contingenti (Vaccà, 1998).

Il legislatore, inoltre, dà prova di ignorare che la diffusione delle procedure alternative alla giustizia ordinaria non può prescindere dall'efficacia della funzione giurisdizionale: in altri termini, è difficile immaginare che il ricorso agli strumenti in grado di assicurare la tempestiva conclusione delle liti si radichi fintanto che l'amministrazione della giustizia civile dia prova di serie carenze, sulle quali - e in specie sulla durata del processo - specula proprio chi non ha alcun interesse alla celerità della giustizia (Pellegrini, 1997).

Qualsiasi alternativa alla giustizia ordinaria presuppone, infatti, l'efficienza del sistema giudiziario, poiché lo stimolo maggiore a ricercare soluzioni negoziate risiede nella certezza che una sentenza sarà pronunciata entro un breve termine e, in ogni caso, entrambe le parti devono anticipare le spese.

Le modalità extragiudiziali di composizione dei conflitti non sono, quindi, solo uno strumento per il recupero della produttività della giustizia statuale, per quanto mostrino di crederlo le relazioni che accompagnano gli articolati delle numerose proposte legislative che nell'arco di ormai diverse legislature sono state dedicate all'arbitrato e alla conciliazione (Cicogna, Di Rago, Giudice, 2004): indipendentemente dalle posizioni politiche dei proponenti, si leggono, infatti, monotone quanto vacue formule riposte sull'esigenza di deflazionare il carico di lavoro delle sedi giudiziarie mediante l'ampliamento del ricorso, nel caso della conciliazione eventualmente anche obbligatorio, alle procedure alternative rispetto a quelle ordinarie.

<sup>12</sup> *Relazione, par. 1.1.4.*

<sup>13</sup> *Relazione, par. 1.1.4.*, La relazione con l'organizzazione dei sistemi giudiziari degli Stati membri.

<sup>14</sup> *Ricorda, del resto, il secondo considerando della pro-*

*posta di direttiva che «il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato, in relazione a un migliore accesso alla giustizia in Europa, gli Stati membri a istituire procedure extragiudiziali e alternative».*

Il luogo comune secondo il quale si privilegia il solo presunto effetto deflattivo dell'attività giudiziaria che si assocerebbe allo sviluppo della pratica extragiudiziale svilisce, fra l'altro, la caratteristica delle forme alternative di composizione dei conflitti di consentire l'accesso alla giustizia anche a fronte di un limitato valore economico della lite, assolvendo così alla funzione di offrire un'opportunità a coloro i quali, trattenuti dai costi e dai tempi del procedimento civile ordinario, ben difficilmente varcherebbero la soglia di un tribunale.

## *I tratti della Direttiva n. 2008/52*

Con l'esclusione della improvvista delimitazione della sfera applicativa alle controversie transfrontaliere, i profili della direttiva rimangono, nella sostanza, invariati rispetto alle due precedenti bozze, pur dovendosi riscontrare un linguaggio talvolta decisamente più misero.

La terminologia adottata nella versione in lingua italiana risente poi, con evidenza, della traduzione dall'inglese, lingua adottata nei lavori preparatori: così, per esempio, lo stesso titolo *Certain aspects of mediation in civil and commercial matters* riverbera conseguenze innanzitutto sulla definizione delle controversie comprese nella sfera applicativa, vale a dire in "materia civile e commerciale", partizione priva di senso nel nostro paese, in seguito alla unificazione dei codici del 1942, ma tuttora riscontrabile in diversi paesi europei; in secondo luogo sul termine "mediazione" adottato in luogo di "conciliazione", essendo evidente che per noi la mediazione è il contratto di intermediazione commerciale disciplinato dagli artt. 1754 ss. C.C.

La direttiva (art. 3) definisce "mediazione" «*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro».*

Il ricorso alla conciliazione deve essere sviluppato per i vantaggi ravvisabili nelle modalità veloci, semplici ed economicamente efficaci di risoluzione delle controversie, atte a consentire la complessiva valutazione degli interessi delle parti, siano esse privati o imprese.

Il sesto considerando sottolinea, inoltre, che «*gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e più facilmente preservano una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera».*

Con il termine "mediatore" si intende, invece, «*qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato*

*membro interessato e dalla modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione».<sup>15</sup>*

La remissione delle parti a un conciliatore può essere disposta dall'organo giudiziario di fronte al quale si celebra un giudizio: l'art. 5, primo comma, della direttiva specifica, a questo riguardo, che «*l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene opportuno e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia».<sup>16</sup>*

Si tratta della cosiddetta “conciliazione delegata”: il giudice può sospendere il giudizio e disporre la remissione delle parti a un conciliatore, secondo l'esperienza sviluppata in Francia dapprima in sede giurisprudenziale, e successivamente disciplinata dalla Loi n. 95-125 dell'8 febbraio 1995.

Il *médiateur*, identificabile anche in una persona giuridica responsabile della successiva scelta del singolo conciliatore, è nominato, nelle sole materie concernenti diritti disponibili, dal giudice - di qualsiasi grado - e il suo compenso è imputato alle spese del giudizio.<sup>17</sup>

Il legislatore d'Oltralpe ha, inoltre, stabilito che il giudizio ordinario rimanga sospeso fino a tre mesi, prorogabili una sola volta, rimanendo ignoti al giudice i comportamenti delle parti nel corso del tentativo di ricerca di una soluzione negoziata.

Indipendentemente dalla ricezione della direttiva, che dovrà aver luogo entro il 21 maggio 2011, è opportuno rilevare che analoghi obiettivi possono, nel nostro paese, essere perseguiti già ora grazie alle opportunità dischiuse dall'art. 296 Cod. Proc. Civ. che, come è noto, consente a istanza congiunta delle parti di sospendere il giudizio fino a quattro mesi, nel corso dei quali può ben aver luogo il tentativo di conciliazione: in questa direzione si indirizzano iniziative quali il progetto pilota Conciliamo, promosso dalla Corte di Appello di Milano, unitamente ad altri soggetti,<sup>18</sup> con l'obiettivo di incentivare i cittadini, le imprese e i professionisti a ricorrere alla conciliazione (Schneebalg, Galton, 2004).

Sono, invece, estranei alla direttiva «*i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima»*, vale a dire gli accordi raggiunti direttamente a opera del giudice nel corso di un giudizio.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Articolo 3, Definizioni, alinea b.

<sup>16</sup> Art. 5, Deferimento alla mediazione, che prosegue (secondo comma) disponendo che «a presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti il diritto di accesso al sistema giudiziario»; *l'organo giudiziario può, in ogni caso, richiedere alle parti di partecipare a un incontro informativo sul ricorso alla mediazione* (primo comma art. 5).

<sup>17</sup> L. n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 e il relativo Decreto di applicazione n. 96-252 del 22 luglio 1996 (Kleiman, Ramon, 2004, Gaillard, Edelstein, 2001).

<sup>18</sup> Si tratta dell'Associazione per lo Sviluppo delle Agenzie di Conciliazione, della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, della Camera di Conciliazione dei Dotti Commercialisti, del Collegio Lombardo Periti Esperti Consulenti, del Collegio Ragionieri Commercialisti di Milano e Lodi, del Comitato Unitario delle Professioni di Milano, dell'Istituto Nazionale Tributaristi, dell'Isdaci, Istituto per lo studio e la diffusione dell'arbitrato e del diritto commerciale internazionale, dell'Ordine degli Avvocati di Milano, dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano, della Camera Civile di Monza, infine dell'Ordine dei Dotti Commercialisti di Milano.

<sup>19</sup> Art. 3, alinea a.

L'undicesimo considerando stabilisce, in modo a dire il vero non chiarissimo, che «*la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia.*».

A parte il curioso uso del condizionale (“non dovrebbe applicarsi”) non è affatto chiaro quale significato attribuire all'espressione “i reclami dei consumatori” e i rischi di opinabili scelte in sede di ricezione non possono sottovalutarsi.

Precisa, inoltre, il secondo comma dell'art. 1, che la sfera applicativa “non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri”.

Si tratta, del resto, di rapporti tendenzialmente estranei alla conflittualità transfrontaliera cui si riferiscono i tentativi di conciliazione oggetto della direttiva, ma nondimeno anche in questo caso la superficialità della disposizione potrebbe comportare conseguenze negative qualora taluni legislatori nazionali intendessero avvalersi della facoltà di disciplinare altresì la conciliazione delle controversie prive degli elementi di transnazionalità.

Potrebbe così presentarsi il rischio di precludere od ostacolare le ancor timide esperienze di conciliazione cosiddetta collettiva, vale a dire attinenti alla risoluzione dei conflitti insorti tra enti pubblici, associazioni e aggregazioni spontanee di cittadini portatori di interessi diffusi o diritti soggettivi comuni.

Il pensiero corre, in particolare, ai contrasti riposti sull'acquisizione del consenso delle comunità locali in relazione, per esempio, alla realizzazione di grandi opere pubbliche, all'apertura di centri commerciali, alla realizzazione di discariche, di termovalorizzatori, di impianti per la generazione dell'energia che, talvolta, potrebbero comunque presentare rilievo transfrontaliero, come mostra il recente caso del traforo alpino fra Italia e Francia per la realizzazione di una linea ferroviaria ad alta velocità.

Sebbene l'obiettivo della direttiva, come si evince dall'art. 1 (primo comma) risieda nel «*facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*», l'oggetto delle controversie (sesto considerando) appare incentrato sulla “materia civile e commerciale”, il cui ambito deve, nel nostro paese, essere opportunamente definito: «*la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti*».

La direttiva non entra nel merito dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di conciliazione, ma indica invece i principali aspetti che, in sede di ricezione, dovranno essere osservati dai legislatori nazionali: si tratta, fra gli altri, dell'interruzione dei termini di prescrizione in seguito all'avvio del tentativo di conciliazione (art. 8), della riservatezza del procedimento anche per quanto

concerne l'esenzione dall'obbligo di testimonianza in successivi giudizi - anche arbitrali - per i conciliatori e gli ulteriori soggetti che partecipano all'amministrazione del tentativo (art. 7), dell'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto.

In relazione a quest'ultimo profilo, l'art. 6, primo comma, della direttiva dispone che *«gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'espli-cito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo»*; il secondo comma del medesimo art. 6 specifica che *«il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione, o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta»*.

Il soggetto indipendente che affianca le parti nella ricerca di una soluzione negoziata deve essere in grado di adempiere adeguatamente al suo delicato ruolo: aspetto particolarmente rilevante è, quindi, la formazione permanente del conciliatore, sottolineata dalla direttiva (art. 4, secondo comma), secondo cui *«gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti»* (art. 4, secondo comma).

La direttiva indica altresì l'obbligo degli Stati membri di promuovere codici di condotta dei conciliatori e delle organizzazioni che offrono i servizi di composizione negoziata delle liti, adottando *«qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione»* (art. 4, primo comma).

L'obbligo di formazione del conciliatore costituisce un profilo centrale dell'*«European Code of Conduct for Mediators»*<sup>20</sup> che, al momento, è di volontaria adozione, ma potrebbe essere reso obbligatorio dalle organizzazioni che amministrano le procedure conciliative: dispone, infatti, l'art. 1.1 che *«i mediatori dovranno essere competenti ed abili in merito al procedimento di mediazione. Elementi rilevanti comprendono un adeguato training ed un continuo aggiornamento della propria formazione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo ai relativi standards ed ai sistemi di accreditamento»*.

La preparazione professionale rappresenta, in ogni caso, un preciso obbligo del conciliatore, che (art. 2.1.) *«non deve agire (o avendo già iniziato, non deve continuare ad agire) prima di aver dichiarato qualsiasi circostanza che possa (o possa essere considerata tale da) intaccare la propria indipendenza o determinare un conflitto di interessi. Il dovere di informazione costituisce una obbligazione che persiste per tutta la durata del procedimento»*; da rilevare il potere del mediatore (art. 3.2) di porre termine alla procedura *«nel caso in cui sia raggiunto un accordo che al mediatore appaia non azionabile o illegale, avuto riguardo alle circostanze del caso ed alla competenza del mediatore per raggiungere tale valutazione; o il mediatore valuti che la prosecuzione della mediazione difficilmente conduca ad una risoluzione della controversia»*.

<sup>20</sup> Presentato il 2 luglio 2004, nella versione italiana, Codice Europeo di Condotta per Mediatori.

## Conclusioni

È da chiedersi quali fortune arrideranno alla Direttiva sulla Conciliazione, anche alla luce del successo, senza dubbio inferiore alle aspettative, dello strumento europeo di composizione online dei conflitti transfrontalieri delineato anni addietro dalla Commissione europea e denominato *EEJ-Net*,<sup>21</sup> riposto sull'attivazione di una rete europea di conciliazione incentrata sulla creazione di centri che, in ogni Stato membro, offrono alle piccole imprese e ai consumatori il servizio di composizione delle controversie transfrontaliere definito ODR, *Online Dispute Resolution* (D'Ambrosio).

Nel panorama europeo, tuttora caratterizzato da una diffusione solo parziale della pratica extragiudiziale,<sup>22</sup> non può che lasciare perplessi l'insistenza sulla prospettiva transfrontaliera, quando le modalità di composizione negoziata dei conflitti non hanno ancora fatto breccia, a livello nazionale, nelle abitudini dei consumatori e delle imprese.

Non sembra facile, inoltre, che simili procedimenti possano trovare la diffusione che meriterebbero a breve termine, anche per le oggettive barriere linguistiche e culturali che i conciliatori chiamati a operare in una prospettiva transnazionale devono essere in grado di superare.<sup>23</sup>

È plausibile, quindi, che il radicamento della pratica conciliativa all'interno dei paesi membri rappresenti, al momento, il principale obiettivo a cui tendere: in questa prospettiva, appare ancora più incomprensibile la rinuncia all'armonizzazione della pratica conciliativa nei paesi dell'Unione europea operata dalla Direttiva n. 2008/52.

## Riferimenti bibliografici

- Buzzi, I., Haynes, J. M., *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Giuffrè, Milano, 1996.
- Cappelletti, M., *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981.
- Cappelletti, M., Weisner, J., *Access to justice. Promising institutions*, Milano, 1978.
- Cappelletti, M., Garth, B., *Access to justice. Emerging issues and perspectives*, Milano, 1979.
- Cappelletti, M., Koch, K. F., *Access to justice. Anthropological perspectives*, Milano, 1979.

<sup>21</sup> I tratti della rete *EEJ-Net* sono delineati dalla *Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione adottata in merito alla politica comunitaria concernente la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (Raccomandazione 98/257/ce e conclusioni del Consiglio europeo di Tampere) (2000/2209-INI)*, Documento di seduta finale A5-0134/2001, 25 aprile 2001.

<sup>22</sup> Come si evince dallo stesso *Libro Verde del 2002* relativo alle modalità di composizione delle controversie in materia civile e commerciale.

<sup>23</sup> Analogamente *Fin-Net*, la rete europea per la composizione extragiudiziale delle liti nei settori bancario e assicurativo, si propone di sviluppare la fiducia dei consumatori nei confronti degli operatori transfrontalieri.

- Cappelletti, M., Gordley, J., Johnson, E. jr, *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern society*, Giuffrè, Milano, 1975.
- Cappelletti, M., "Il giudice di pace nella prospettiva del movimento per l'accesso alla giustizia", Giuffrè, Milano, 1993.
- Cappelletti, M., "L'accesso alla giustizia dei consumatori", in *Dir. Econ.*, 1991, p. 15 e segg.
- Capponi, B., "Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia", in *Documenti giustizia*, 1994, p. 362 e segg.
- Caspani, V., *I consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale*, La Tribuna, Piacenza, 2002.
- Cicogna, M., Di Rago, G., Giudice, G.N., "La conciliazione commerciale. Manuale teorico-pratico", Rimini, 2004.
- Crisigiovanni, L., Martinello, P., "Verso una class action europea", in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Milano, n. 2/2008, p. 33 e segg.
- D'Ambrosio, F., "Le iniziative in tema di online dispute resolution (ODR). La composizione delle liti mediante Internet", in *Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Benigni, F., Franzini, F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004, p. 145 e segg.
- Dona, M., "La nuova azione collettiva risarcitoria", in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Milano, n. 2/2008, p. 9 e segg.
- Gaillard, E., Edelstein, J., "Conciliation and other forms of ADR in France", in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Bernardini, P. (a cura di), Egea, Milano, 2001, p. 133 e segg.
- Gasparinetti, M., "Consumatori, utenti e giustizia civile nel Mercato unico. Un dibattito aperto", in *Documenti giustizia*, 1994, p. 330 e segg.
- Kleiman, E., Ramon, M., "ADR in Francia", in *Composizione delle controversie commerciali con le procedure "ADR". Opportunità per le imprese*, Begnini, F., Franzini, F. (a cura di), Milano, 2004, p. 231 e segg.
- Martinello, P., "Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia: appunti per un'analisi critica", in *Documenti giustizia*, 1994, p. 338 e segg.
- Nicosia, P. S., "La tutela extragiudiziale degli interessi. Negoziazione, conciliazione, mediazione e arbitrato", La Tribuna, Piacenza, 2002.
- Pellegrini, S., "La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologica-giuridica", Giuffrè, Milano, 1997.
- Riondino, M., "La mediazione familiare", in *Commentarium pro Religiosis et Missionariis*, 2005, p. 39 e segg.
- Schneebalg, A., Galton, E., "Avvocati e consulenti delle parti in conciliazione. Manuale per organizzare e condurre gli incontri", Milano, 2004.
- Vaccà, C., "La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra conciliazione, arbitrato e giurisdizioni speciali", Milano, 1998.