

## LA MEDIAZIONE ITALIANA: DEFINIZIONI E TIPOLOGIE

*Chiara Besso*

*Prof. ordinario dell'Università di Torino*

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Mediazione: l'istituto delineato dal decreto n. 28/2010. – 2.1. Mediazione facilitativa e mediazione "aggiudicativa". – 2.2. La conciliazione giudiziale non è mediazione. – 3. La mediazione obbligatoria. – 3.1. La compatibilità con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. – 3.2. Efficacia dell'istituto. – 4. La mediazione delegata. – 5. La mediazione di classe.*

### **1. Premessa**

I gravi problemi del sistema giustizia hanno portato da alcuni anni il legislatore italiano a vedere i sistemi alternativi di soluzione delle controversie come strumento per deflazionare la giustizia statale e ottimizzare in tal modo la sua efficienza ed offrire un migliore servizio al cittadino.

Il percorso – iniziato negli anni '90 del secolo scorso con la legge n. 580 /1993 sul riordinamento delle camere di commercio – ha trovato un punto di arrivo importante nel d.legisl. n. 28/2010, che, superando la logica dell'intervento settoriale che ha sino ad oggi caratterizzato l'operato del legislatore, pone una disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale.

La figura di mediazione costruita dal legislatore italiano, pur ponendosi sulla scia del modello statunitense e dei modelli propri di altri ordinamenti, presenta elementi di originalità. Il modello italiano, infatti, è imperniato sugli organismi di mediazione più che sui mediatori, che degli organismi sono semplici ausiliari. Gli organismi di mediazione, che possono essere enti pubblici o privati, operano in un mercato libero, ma controllato dallo Stato attraverso l'iscrizione in un registro tenuto presso il Ministero della giustizia. Anche la formazione dei mediatori – profilo estremamente delicato e

decisivo per la riuscita della mediazione – è posta sotto il controllo dello Stato, ancora attraverso la necessaria iscrizione in un apposito registro degli organismi di formazione.

Il modello, inoltre, con evidente intento deflativo del contenzioso proponibile o già proposto al giudice, compie una decisa scelta in favore della obbligatorietà del procedimento di mediazione: l'esperienza della mediazione è infatti requisito di procedibilità della domanda proposta davanti al giudice in una serie relevantissima di controversie civili. Viene anche prevista la possibilità che, iniziata la causa davanti al giudice, questi inviti le parti “a procedere alla mediazione”. La mediazione c.d. delegata, applicabile alla generalità delle materie, è però, a differenza di quella che precede il processo, subordinata all'accordo delle parti, che sono libere di aderire o meno all'invito del giudice. In un'ottica di incentivazione della partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e di raggiungimento della composizione della lite in tale sede, il decreto prevede che dalla mancata partecipazione al procedimento possano, dal giudice, essere ricavati argomenti di prova e che la mancata accettazione della proposta di mediazione comporta conseguenze sotto il profilo della attribuzione delle spese, in ogni caso “premiando”, con vantaggi anche fiscali, la conclusione dell'accordo in sede di mediazione.

Le seguenti riflessioni sono volte ad una breve illustrazione delle scelte definitorie operate e delle categorie di mediazione disciplinate dalla nuova legge <sup>1</sup>.

## ***2. L'istituto delineato dal decreto n. 28/2010***

Il decreto n. 28/2010, con approccio sistematico, dedica il primo articolo del capo I (Disposizioni generali) alle definizioni, iniziando, anzitutto, con la spiegazione del termine “mediazione”, seguita da quella dei termini “mediatore” e “conciliazione”.

Mediazione è “l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

---

<sup>1</sup> Per un esame dettagliato del d. legisl. n. 28/2010 cfr. Castagnola-Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010.

Mediatore, a sua volta, è la persona fisica che svolge la mediazione, rimanendo, in ogni caso, privo “del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti”.

Conciliazione, infine, è “la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”.

È evidente l'intento del legislatore italiano di porsi saldamente nel solco della tradizione nord-americana dell'ADR. La definizione che viene offerta di mediazione – quanto meno nella sua prima parte – è infatti quella “classica”<sup>2</sup>, imperniata sull'attività di assistenza alle parti posta in essere dal terzo privo del potere di decidere la lite.

Anche dal punto di vista linguistico, la scelta è a favore del termine di origine anglosassone “mediazione”. Sino ad oggi, il legislatore, per la materia civile e commerciale, aveva preferito, per indicare il procedimento ed il terzo neutrale, utilizzare i termini “conciliazione” e “conciliatore” - storicamente appartenenti al linguaggio giuridico italiano attraverso l'istituto della conciliazione ad opera del conciliatore -, invece del termine “mediazione”, che nel sistema del codice civile individua il contratto di cui all'art. 1754 e segg. c.c.<sup>3</sup>.

L'espressione “conciliazione” non viene però abbandonata: essa indica il risultato del procedimento, ossia l'accordo eventualmente raggiunto dalle parti<sup>4</sup>.

---

2 La prima parte della definizione di mediazione, come quella di mediatore, riprende, direi in modo letterale, la spiegazione dei termini “*conciliation*” e “*conciliator*” offerta dall'art. 1 della *Model Law on International Commercial Conciliation* della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) del 2002. All'art. 1, infatti, leggiamo: “*conciliation*” means a process, whether referred to by the expression *conciliation*, *mediation* or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“*the conciliator*”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. *The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute*”. Nel paragrafo 9 si specifica che la *Model Law* – e la stessa previsione è presente nella direttiva europea n. 52/2008 all'art. 3 (supra, il par. 6.1. del precedente capitolo) – non trova applicazione nei casi in cui siano il giudice o l'arbitro, nel corso del processo o dell'arbitrato, a tentare la conciliazione della lite.

3 Ai sensi dell'art. 1754 c.c. è “mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza”.

4 Si è osservato in dottrina che la rigorosa scelta linguistica operata con il d.legisl. n. 28 – già presente nella legge delega – rispecchia le scelte definitorie del legislatore francese che, con *esprit de geometrie*, contrappone *conciliation* e *mediation* nei titoli VI e VI bis del primo libro del *nouveau code de procédure civile* (così Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), § 3). Mi sembra che in tal modo si attribuisca al legislatore francese una chiarezza terminologica che non possiede. Con il termine *conciliation*, infatti, il codice francese fa riferimento, agli artt. da 127 a 131, alla conciliazione posta in essere dal giudice, mentre *mediation* – termine evidentemente tratto dall'idioma anglosassone – indica il procedimento, regolato agli artt. da 131-1 a 131-12, posto in essere da un terzo diverso dal giudice, appunto il mediatore che usa le tecniche della “moderna” *mediation*.

Se guardiamo l'utilizzo dei termini "mediazione" e "conciliazione" nei vari ordinamenti, possiamo osservare che essi, spesso usati come sinonimi, talvolta si distinguono a seconda che il tentativo di composizione della lite sia posto in essere dal giudice o da un suo ausiliario ovvero da un terzo estraneo alla funzione giurisdizionale, talaltra ancora indicano il diverso ruolo svolto dal terzo – facilitativo ovvero valutativo – nel procedimento<sup>5</sup>.

Certamente, la scelta del nostro legislatore coglie il diverso significato semantico dei due termini. Come dice Resta, "la conciliazione è meno procedimento e più effetto, è piuttosto orientata al risultato", mentre la mediazione guarda al procedimento, "è orientata, appunto, al mezzo"<sup>6</sup>.

Solo l'esperienza applicativa del nuovo istituto, però, potrà dirci se i due termini si imporranno nella prassi con il significato loro attribuito dall'art. 1 del decreto n. 28.

### **2.1. Mediazione facilitativa e mediazione "aggiudicativa"**

Il mediatore – così l'art. 1 del decreto – assiste le parti "nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia". Sino qui siamo nell'ambito della definizione "classica" della mediazione c.d. facilitativa<sup>7</sup>. Il dettato dell'articolo però prosegue: "sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

---

5 Mi limito ad alcuni esempi. Anche negli Stati Uniti viene usato il termine *conciliation*, talvolta per enfatizzare il ruolo svolto dal terzo nel convincere le parti a negoziare, ma perlopiù come sinonimo di *mediation* (così Cole-McEwen-Rogers, *Mediation: Law, Policy and Practice*, 2009, in *westlaw.com*, cap. 1, § 1; si veda anche Chase, *ADR and the Culture of Litigation: the Example of the United States of America*, in Cadiet [a cura di], *Médiation et arbitrage*, Paris, 2005, 140). In Austria i due termini si differenziano, in modo rigoroso, in base al ruolo del terzo, che è di mera assistenza alle parti nella mediazione e invece di tipo valutativo-propositivo nella conciliazione (cfr. Bajons, *La lite tra mediazione e processo*, in Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 55 s.). Lo stesso vale per il Giappone, ove nel procedimento di *chotei* o conciliazione il terzo che assiste parti formula una proposta di accordo, mentre nel procedimento di *assenn* o mediazione il terzo si limita ad assistere le parti (cfr. Maeda, *ADR in Japan*, in [www.jcaa.or.jp/jcaa-j/jigyuu/textadrinjapan.html](http://www.jcaa.or.jp/jcaa-j/jigyuu/textadrinjapan.html)). La relatività delle scelte linguistiche operate nei diversi ordinamenti è sottolineata nella Guida allegata alla *Model Law on International Commercial Conciliation* dell'UNCITRAL (*supra* menzionata).

6 Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Politica del diritto*, 1999, par. 10. Briguglio (*Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, 205) sottolinea invece che "conciliazione" è un termine che ha una doppia accezione, potendo indicare sia il risultato che l'attività tendente a quel risultato.

7 Nella mediazione facilitativa – il conio del termine "facilitativa", insieme a quello di "valutativa", viene attribuito a Riskin (*Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques*, in 1 *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, 7 ss.) - il mediatore fa domande, ascolta i punti di vista delle parti, le aiuta a individuare gli interessi sottostanti le loro posizioni, le assiste nel trovare possibili soluzioni; non fa raccomandazioni, non dà consigli o opinioni e nemmeno anticipazioni di quella che potrà essere la decisione del giudice. Se il mediatore ha la responsabilità del procedimento – che in

Il legislatore italiano, pertanto, riconosce in modo espresso il ruolo “valutativo” del mediatore<sup>8</sup>, ruolo che è tutt'altro che pacifico nella letteratura nord-americana del settore<sup>9</sup>, nella sua versione più estesa: l'enunciazione di una proposta rappresenta infatti, nel continuo delle possibili attività svolte dal terzo, quella che più si allontana dalla semplice assistenza alle parti<sup>10</sup>.

L'attribuzione di tale compito non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano: essa ha infatti costituito il profilo più controverso, per quanto concerne la conciliazione, della disciplina di cui al decreto societario. L'art. 40 del decreto disponeva appunto che il procedimento, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, si chiudesse con una proposta del conciliatore. La disposizione, a seguito dei rilievi critici formulati dagli operatori del settore, è stata poi modificata, ad opera del d.legisl. n. 37/2004, nel senso di subordinare la proposta alla concorde richiesta delle parti.

La vicenda si è ripetuta in relazione al decreto n. 28. Lo schema di decreto presentato all'esame del Senato e della Camera prevedeva che al mancato accordo facesse necessariamente seguito la proposta, per di più accompagnata da rigidi adempimenti formali (comunicazione per iscritto della proposta e dell'accettazione o rifiuto delle parti) e con possibili conseguenze negative in punto spese. Anche in questo caso le critiche avanzate hanno portato ad una modifica della disposizione. All'art. 11, comma 1, del decreto n. 28 è stato infatti aggiunto, come nel decreto societario, il presupposto della concorde richiesta delle parti, ma a questo è stato premesso, ambiguamente, che il mediatore “può formulare una proposta di conciliazione”.

---

genere si svolge attraverso sessioni congiunte e sessioni separate – la responsabilità del risultato spetta totalmente alle parti.

8 Nella mediazione c.d. valutativa il mediatore non si limita a dirigere il procedimento, ma assume un ruolo anche in relazione al risultato: valuta la posizione giuridica delle parti, fa delle anticipazioni circa l'esito della causa nell'eventuale processo davanti al giudice, arriva ad avanzare proposte di composizione della lite. L'attenzione, così, tende a spostarsi dalla individuazione degli interessi e dei bisogni delle parti alla determinazione della fondatezza o meno dei diritti da loro vantati. Cambiano anche le modalità del procedimento: il mediatore-valutatore, molto spesso un avvocato, privilegia, rispetto alle sessioni congiunte, gli incontri con ciascuna parte o, meglio, con il suo legale che viene ad assumere un ruolo attivo, così che la parte, quando non addirittura assente, viene ad essere relegata sullo sfondo del procedimento.

9 Cfr., in termini riassuntivi, Della Noce, *Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies*, in *27 Conflict Resolution Quarterly*, 2009, 193 ss.

10 Sulla distinzione tra le figure di mediazione, cfr. nella letteratura italiana Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2004, 1216 ss.

Perché mai questa “affezione” del legislatore delegato per un modello di composizione delle liti che si chiude, in mancanza di accordo delle parti, con una proposta del terzo <sup>11</sup>? Evidentemente non per motivi di propensione teorica per la mediazione valutativa, ma perché l'obiettivo del legislatore, come riconosce la relazione illustrativa del decreto <sup>12</sup>, è quello di deflazionare il carico di lavoro dei giudici civili attraverso una riduzione della domanda di giustizia,.

La relazione illustrativa parla di mediazione non valutativa, ma “aggiudicativa”. L'utilizzo dell'aggettivo – differente da quello che è in genere usato dalla letteratura di settore – è significativo. Aggiudicativo, infatti, deriva da *adjudication*, il sostantivo che nella lingua inglese indica il processo davanti al giudice o all'arbitro <sup>13</sup>. Ciò significa che, dal punto di vista semantico, ci troviamo di fronte ad un ossimoro: accanto alla mediazione facilitativa, vi sarebbe infatti la mediazione-processo. Che non si tratti solo di un “abbaglio” linguistico trova conferma nel punto della relazione ove leggiamo che la proposta si concreta in una soluzione della controversia, come tale fondata sulla logica c.d. *adversarial* della distribuzione delle ragioni e dei torti <sup>14</sup>. Quindi, secondo la relazione, prima il mediatore dovrebbe assistere le parti nel raggiungimento dell'accordo, poi, ove a questo non si giunga, potrebbe – e la facoltà di trasforma in dovere a fronte alla richiesta delle parti – decidere la lite sulla base della fondatezza o meno delle rispettive pretese <sup>15</sup>.

Questo però significa che ci troviamo allora di fronte non alla mediazione, ma ad una figura ibrida, una sorta di mediazione-arbitrato: ad una prima fase di mediazione, ove il terzo aiuta le parti a comporre la lite, seguirebbe una seconda fase,

---

11 L'intento deflativo, con abbandono di qualsiasi riferimento al carattere – proprio della mediazione “classica” - della partecipazione delle parti sta poi alla base del disposto dell'art. 7, comma 2, lettera b) dell'attuativo decreto ministeriale, a norma del quale l'organismo può prevedere nel regolamento che “la proposta può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione”.

12 *Relazione illustrativa*, 1, 14. Cfr. pure l'analisi tecnico- normativa che accompagnava lo schema di decreto, secondo la quale “l'obiettivo finale della novità sta nella capacità deflativa dell'istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali”.

13 *The Forms and Limits of Adjudication* è infatti il titolo del famoso saggio di Fuller sulle caratteristiche del processo giurisdizionale, in 92 *Harvard Law Review*, 1978, 353 ss.

14 *Relazione illustrativa*, 12.

15 Si veda al riguardo Monteleone, *La mediazione “forzata”*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), §3, il quale osserva che il mediatore, quando le parti non si accordano, non formula in realtà una proposta di conciliazione, ma di decisione della controversia; solo così potrebbe accadere che nel giudizio successivo la sentenza corrisponda “interamente al contenuto della proposta”.

sostanzialmente un arbitrato, che sfocia in una decisione non vincolante del terzo <sup>16</sup>. Il problema, però, è che, per come è strutturato il procedimento, il mediatore non ha a disposizione gli elementi – di fatto e di diritto - per decidere la controversia e, quindi, la proposta non potrà che basarsi sugli elementi sorti dall'incontro con le parti e avere un “contenuto fortemente transattivo” <sup>17</sup>.

La mediazione “aggiudicativa”, comunque, è presente soltanto nella relazione illustrativa e non nel dettato del decreto n. 28. Sarà pertanto la prassi a dirci quale modello di mediazione verrà applicato dai mediatori: se si limiteranno a facilitare le parti nel raggiungimento della conciliazione, se si avvarranno della facoltà di formulare la proposta anche in assenza della richiesta delle parti, se la proposta sarà circoscritta alla sintesi delle posizioni espresse dalle parti nel procedimento o avrà invece natura di decisione della lite.

## ***2.2. La conciliazione giudiziale non è mediazione***

Il decreto n. 28 introduce nell'ordinamento italiano, in via generale, la mediazione delegata dal giudice <sup>18</sup>. Non considera, invece, la conciliazione posta in essere dallo stesso giudice, in coerenza d'altro canto con la direttiva europea n. 52/2008, che all'art. 3 esclude dalla definizione di mediazione i tentativi di composizione della lite ad opera del giudice del processo.

Con il decreto n. 28, pertanto, l'accento sulla composizione amichevole della lite si sposta fuori dal processo. Non è sempre stato così <sup>19</sup>. Se già il codice di rito del 1940 aveva privilegiato, rispetto al tentativo non contenzioso, quello svolto dal giudice all'interno del processo, l'impostazione, in parte abbandonata con la c.d. controriforma del 1950, è stata ripresa con la riforma del 1990, che – sul modello del rito del lavoro –

---

<sup>16</sup> In effetti, il d.m. attuativo prevede, all'art. 7, comma 2, lettera b), la possibilità che il regolamento dell'organismo prescriba che in caso di formulazione della proposta, questa provenga da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione.

<sup>17</sup> Così Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo*, cit., par. 4.1. Afferma che nella legge delega non vi è nulla da cui si possa ricavare che l'accordo vada proposto dal conciliatore e, soprattutto, che il contenuto della proposta debba essere omogeneo rispetto ad una soluzione aggiudicativa della controversia Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 4.

<sup>18</sup> Cfr. *infra* il par. 5.

<sup>19</sup> Al riguardo cfr., ampiamente, Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano*, in Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit., 323 ss.

ha imposto all'inizio del processo il tentativo di conciliazione, ad opera del giudice, per tutte le cause, per essere poi di nuovo abbandonata a fronte dell'insuccesso dell'istituto (con la legge n. 263/2005 il tentativo è divenuto meramente eventuale).

Sono note le obiezioni avanzate contro lo svolgimento del ruolo di conciliatore/mediatore da parte del giudice <sup>20</sup>: le modalità di composizione della lite sarebbero troppo lontane, e poco conosciute dal giudice, professionalmente preparato a decidere sulla base di argomenti razionali e non ad ascoltare i bisogni e le necessità delle parti, che d'altro canto non si sentirebbero libere di esprimersi di fronte a chi, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, deve poi giudicare.

L'osservazione di altri ordinamenti, però, fornisce esempi di superamento di tali obiezioni: in Germania, ad esempio, il giudice del processo, invece di rinviare le parti di fronte ad un mediatore esterno al sistema giudiziario, può rinviarle di fronte ad un giudice con una specifica preparazione in materia di mediazione <sup>21</sup>.

### ***3. La mediazione obbligatoria***

Il decreto n. 28/2010 compie una scelta netta in favore del ricorso obbligatorio al procedimento di mediazione: a far tempo dal 20 marzo 2011 - ossia decorsi, ai sensi dell'art. 24 del decreto, dodici mesi dall'entrata in vigore del provvedimento legislativo – chi intende “esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari” deve preliminarmente esperire il procedimento di mediazione (art. 5, comma 1).

---

20 Per tutti cfr. Taruffo, *La composizione delle liti: la conciliazione*, in *Autodisciplina, conciliazione, arbitrato*, Milano, 1997, 27 s.; Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 4.

21 Cfr. al riguardo Malte von Bargen, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008. Cfr. pure il Canada, ove si parla di JDR, ossia *Judicial Dispute Resolution* per indicare l'attività di mediazione svolta dai giudici (al riguardo si veda Landerkin-Pirie, *Judges and Mediators. What's the problem?*, in [www.royalroads.ca](http://www.royalroads.ca), secondo i quali l'attività di JDR è parte importante del ruolo contemporaneo del giudice).

Numerose critiche e perplessità<sup>22</sup> sono state sollevate nei confronti della scelta operata dal legislatore, scelta a favore della obbligatorietà che, percorsa più volte (pensiamo al tentativo obbligatorio in materia di subfornitura o, più recentemente, in tema di telecomunicazioni), era stata di recente, con il precedente dichiarato del d.legisl. n. 28 – ovvero il decreto societario n. 5/2003 – abbandonata.

Rilievi sono stati anzitutto sollevati per quanto concerne la legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria, sia sotto il profilo dell'osservanza dei criteri e principi enunciati dall'art. 60 della legge n. 69/2009, sia sotto il profilo del rispetto del canone fondamentale dell'accesso al giudice. Critiche che si accompagnano a perplessità circa l'elenco delle materie assoggettate al tentativo obbligatorio di mediazione: l'elenco è infatti stato considerato poco omogeneo e comunque comprensivo di materie che mal si adattano ad essere mediate<sup>23</sup>. Ancora, è stata ribadita, rispetto all'istituto disegnato dal decreto n. 28, l'obiezione in genere sollevata contro le forme di conciliazione obbligatoria, ossia il fatto che la mediazione può avere successo solo ove sostenuta da una reale volontà conciliativa, così che quando sia invece svolta per ottemperare a un obbligo si trasforma in un mero adempimento formale che ritarda la definizione delle controversie<sup>24</sup>.

### ***3.1. La compatibilità con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale***

Vediamo, in modo più dettagliato, il profilo di, possibile, illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria *ex art. 5* che attiene alla violazione del canone fondamentale dell'accesso alla tutela giurisdizionale, garantito a livello nazionale dall'art. 24 della nostra Carta costituzionale e, a livello europeo, dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

---

<sup>22</sup> Cfr. Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, cit., § 4 (a). Un giudizio, prudentemente, positivo è invece stato espresso da Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 89.

<sup>23</sup> Cfr. Consolo, *La improcrastinabile riforma della Legge-Pinto*, in *Corr. giur.*, 2010, 431.

<sup>24</sup> Così il Consiglio Superiore della Magistratura nel Parere sulla legge delega (reso l'11 marzo 2009).

Come sottolinea la relazione illustrativa al decreto legisl. 28/2010, il giudice delle leggi italiano è intervenuto più volte in materia dettando alcune linee-guida<sup>25</sup>. In particolare nella pronuncia n. 276/2000, la Corte costituzionale italiana ha precisato, richiamando la propria precedente giurisprudenza, che l'art. 24 non comporta l'assoluta immediatezza dell'esercizio del diritto di azione, "ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali con le dilazioni conseguenti"<sup>26</sup>.

Da ultimo, è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi sulla compatibilità tra procedure di mediazione obbligatoria e diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>27</sup> e proprio in relazione ad un procedimento obbligatorio di conciliazione italiano, ossia quello imposto, nel settore delle telecomunicazioni, dal regolamento 2007 dell'autorità garante per le comunicazioni<sup>28</sup>. La Corte europea, dopo aver premesso che imporre come condizione di "ricevibilità" della domanda al giudice<sup>29</sup> il previo esperimento di un procedimento di conciliazione significa in effetti incidere sull'esercizio dei diritti conferiti ai singoli, ha osservato che il diritto di accesso al giudice – al pari degli altri diritti fondamentali – non è assoluto, ma può essere limitato, purché le limitazioni da un lato rispondano ad effettivi obiettivi di interesse generale e dall'altro lato non siano sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti.

L'imposizione del tentativo di conciliazione risponde – ha affermato la Corte europea - a interessi generali: anzitutto quello di una risoluzione delle liti in modo spedito e meno oneroso rispetto al processo davanti al giudice e poi l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari.

---

25 Si vedano in particolare Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82; Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 436.

26 Un'opinione radicalmente differente è invece stata espressa dalla *Court of Appeal* inglese (nella sentenza 11 maggio 2004, *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, in EWCA [Civ], 2004, 576) circa la sussistenza o meno del potere del giudice di imporre alle parti la mediazione. Al riguardo la Corte inglese ha osservato che obbligare le parti a svolgere un procedimento di mediazione significa violare il loro diritto di adire il giudice garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

27 Pronuncia 18 marzo 2010, Rosalba Alassini e altri. La pronuncia può essere letta, insieme alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, in <http://curia.europa.eu>.

28 La rimessione della questione pregiudiziale alla Corte europea è infatti avvenuta ad opera di un giudice italiano, il Giudice di pace di Ischia (le domande di pronuncia pregiudiziale, proposte il 15 luglio 2008, possono essere lette in *Gazz. uff. comunità europee*, 13/9/2008, C 236/10) che, a fronte dell'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata da Telecom e Wind in quattro controversie che le vedevano chiamate in causa da utenti che lamentavano il loro inadempimento, ha chiesto alla Corte di verificare la compatibilità con la normativa europea della prescrizione che appunto subordina la procedibilità della domanda giudiziale al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione.

29 In realtà nell'ordinamento italiano l'esperimento del tentativo obbligatorio non è tanto condizione di ricevibilità della domanda (che ne comporterebbe il rigetto) quanto condizione di procedibilità del giudizio.

La Corte ha escluso che nel caso ad essa sottoposta vi sia una sproporzione tra gli obiettivi dell'istituto e le limitazioni del diritto di azione che esso comporta, giungendo a questa conclusione sulla base di un esame della configurazione normativa del procedimento di conciliazione obbligatoria ad opera del regolamento dell'Autorità garante per le comunicazioni. Questi sono i profili del procedimento considerati dalla Corte: la procedura non sfocia in una decisione vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, che unicamente diviene improcedibile sino a quando il tentativo di conciliazione non viene esperito<sup>30</sup>; il tentativo di conciliazione non comporta un ritardo sostanziale nella proposizione della domanda giurisdizionale (la procedura deve infatti concludersi in trenta giorni<sup>31</sup>); durante il procedimento il termine per la prescrizione del diritto è sospeso<sup>32</sup>; i costi del procedimento sono inesistenti<sup>33</sup>.

La normativa italiana in esame – conclude la Corte - rispetta il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In chiusura, la Corte ha osservato – richiamando le conclusioni dell'avvocato generale<sup>34</sup> – che non vi è una alternativa alla predisposizione di una procedura obbligatoria, “dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace” per il raggiungimento degli obiettivi generali sopra ricordati.

Indubbie sono le analogie tra i criteri-guida elaborati dalla nostra Corte costituzionale e quelli espressi dalla Corte di giustizia, con l'unico ulteriore riferimento, in sede europea, al profilo dei costi. Un'altra differenza va, a mio avviso, colta nel diverso rilievo che riveste, nella valutazione della compatibilità tra la conciliazione obbligatoria e il diritto fondamentale di agire in giudizio, l'efficacia pratica dell'istituto.

---

30 Art. 3, comma 1, del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (il regolamento può essere letto sul sito dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, [www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

31 Art. 3, comma 3, del regolamento.

32 Art. 6 del regolamento.

33 La procedura che si svolge davanti ai Comitati regionali per la comunicazione (Co.re.com) – ossia gli organismi cui l'Autorità delega lo svolgimento della funzione conciliativa – è infatti gratuita.

34 Secondo l'avvocato generale, l'introduzione della conciliazione obbligatoria è necessaria solo quando quella meramente facoltativa non sia egualmente adeguata a raggiungere gli obiettivi generali ricordati in testo. A questo proposito, afferma Kokott seguendo le indicazioni offerte dal governo italiano, occorre riconoscere che le procedure di conciliazione meramente facoltative non si sono dimostrate efficaci quanto quelle obbligatorie, tanto più che – l'osservazione è del governo tedesco – l'esperienza dimostra come anche in situazioni in cui le parti non concilino la lite, l'aver esperito il tentativo fa sì che, nel corso del processo, emergano opportunità di composizione della controversia che altrimenti non si sarebbero presentate.

Se la Corte di giustizia, come abbiamo appena visto, assume questo profilo come uno degli elementi della sua analisi, una posizione diversa è stata assunta dal nostro giudice delle leggi. Nella sentenza n. 276/2000 la Corte costituzionale ha infatti affermato – in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le cause di lavoro – che l'inefficienza pratica dell'istituto non può comunque valere “a porre le norme che lo prevedono in contrasto con il parametro” di cui all'art. 24 Cost.: l'ineffettività del modo di tutela può risolversi nella violazione della norma costituzionale “in quanto derivi direttamente dalla legge così come formulata e strutturata e non dalle modalità, più o meno efficaci, della sua applicazione”.

La Corte di giustizia ha concluso per la legittimità dell'istituto della conciliazione obbligatoria in materia di comunicazioni. La medesima conclusione va estesa al procedimento di mediazione di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 28?

Quanto agli obiettivi che l'istituto si prefigge di raggiungere, essi sono indubbiamente i medesimi, ossia la deflazione del lavoro dei giudici e l'offerta ai cittadini di procedure semplici e poco costose per la risoluzione delle liti<sup>35</sup>.

Venendo alle modalità di svolgimento del procedimento, ritroviamo i caratteri ritenuti dalla Corte europea indispensabili per il rispetto del diritto di accesso al giudice, ovvero:

- il mediatore è privo del potere di rendere decisioni vincolanti<sup>36</sup>;
- la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il che comporta, in caso di suo mancato espletamento, il rinvio del processo<sup>37</sup>;
- l'istanza di mediazione ha effetti di sospensione della prescrizione e di impedimento della decadenza<sup>38</sup>;
- l'obbligatorietà della mediazione non priva il titolare del diritto della tutela cautelare<sup>39</sup>.

Vi sono due profili che però differenziano il procedimento disegnato dal decreto n. 28 rispetto alla conciliazione obbligatoria delle cause in materia di telecomunicazioni:

---

35 Si veda al riguardo la Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010, *sub* art. 5.

36 Art. 1 del decreto.

37 Art. 5, comma 1, del decreto.

38 Art. 5, comma 6, del decreto.

39 Art. 5, comma 3, del decreto.

i tempi, indubbiamente più lunghi (il procedimento deve infatti chiudersi in quattro mesi<sup>40</sup>), e i costi, che in relazione ad alcune delle controversie elencate nel primo comma dell'art. 5 possono essere di entità non lieve<sup>41</sup>.

Sono sufficienti questi due profili per rendere l'istituto incompatibile con il diritto di accesso alla giurisdizione? Ritengo di no. Quanto ai costi, la mediazione obbligatoria è gratuita per i cittadini non abbienti<sup>42</sup> e comunque l'indennità dovuta all'organismo di mediazione è in questi casi ridotta di almeno un terzo<sup>43</sup>. Circa la durata, un'attesa di quattro mesi è un lasso di tempo senza dubbio significativo (e un lasso di tempo che non va computato ai fini del rispetto del canone della ragionevole durata del processo<sup>44</sup>). Tuttavia, occorre considerare che la sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale – che comunque determina il semplice differimento dell'udienza – scatta ove nel frattempo non sia stata presentata l'istanza di mediazione e il procedimento non si sia concluso ovvero non siano comunque decorsi quattro mesi<sup>45</sup>, il che, se si considera che in ogni caso i termini minimi a difesa del processo di cognizione sono di novanta giorni, comporta, volendo, una posticipazione dell'udienza di soli trenta giorni.

### **3.2. Efficacia dell'istituto**

Rimane il profilo dell'efficacia dell'istituto. Il dibattito sull'efficacia di forme obbligatorie di mediazione è un dibattito da tempo aperto in Italia<sup>46</sup>, che si è subito

---

40 Cfr. l'art. 6 del decreto.

41 I costi del procedimento di mediazione sono determinati dalla tabella A allegata al decreto attuativo del Ministro della giustizia e, per ciascuna parte, vanno da un minimo di 45 euro (per le cause dal valore sino a 5.000 euro) sino a un massimo di 11.000 euro (per le cause di valore superiore ai 5 milioni di euro).

42 Ai sensi dell'art. 17, comma 5, del decreto n. 28, quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda all'organismo di mediazione “non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato”.

43 Cfr. l'art. 16, comma 4, lettera d), del decreto del Ministro della giustizia *supra* menzionato.

44 Si veda l'art. 6 del decreto n. 28.

45 Il 1° comma dell'art. 5 del decreto distingue infatti l'ipotesi in cui la mediazione sia già iniziata, ma non sia ancora conclusa (con fissazione dell'udienza da parte del giudice dopo i quattro mesi dal deposito dell'istanza) dalla diversa ipotesi in cui la mediazione non sia stata esperita.

46 Il dibattito è aperto anche negli altri ordinamenti. Un esempio per tutti: l'Inghilterra, ove alle opinioni contrarie (ricordiamo l'opinione, menzionata *supra* alla nota 16, espressa dalla Court of Appeal nel caso *Halsey v. Milton*, nonché, in dottrina *Brunsdon-Tully*, *There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2009, 218 ss.) si contrappongono opinioni nettamente favorevoli al ricorso obbligatorio alla mediazione. Così Sir Anthony Clark, Master of the Rolls, ha sostenuto che “*A horse (even a very obstinate horse) is more likely to drink if taken to water. We should be doing more to encourage (and perhaps direct) the horse to go to the trough. The*

riacceso alla luce delle prospettive aperte dal decreto n. 28/2010. Così, se secondo la relazione che illustra il decreto legislativo soltanto la previsione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda davanti al giudice per una vasta serie di rapporti può “garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflativa e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie”, ad avviso dell’opposta opinione vi è invece il rischio assai elevato che imponesse la mediazione per una così larga “platea tipologica di liti” sortisca l’effetto opposto di aggravare i costi e la durata dei processi <sup>47</sup>.

Certamente, il quadro italiano delle esperienze dei procedimenti obbligatori di conciliazione è un quadro a tinte contrastanti. Fallimentare si è rivelata l’esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di lavoro <sup>48</sup>. Ampiamente positiva è invece l’esperienza del tentativo obbligatorio in materia di telecomunicazioni di cui si è occupata la Corte europea di giustizia con la sentenza in commento: non soltanto è rilevante il numero delle liti chiuse in sede conciliativa <sup>49</sup>, ma in relazione a tali controversie si riscontra – circa i procedimenti che si svolgono presso gli organi conciliativi delle camere di commercio – la stessa percentuale di raggiungimento di un accordo che è presente nelle procedure conciliative volontariamente scelte dalle parti <sup>50</sup>.

Lo stesso successo avrà la mediazione obbligatoria disegnata dal decreto n. 28/2010?

E’ difficile dirlo e solo l’esperienza concreta dell’istituto potrà darci la risposta.

#### ***4. La mediazione delegata***

---

*more horses approach the trough the more will drink from it.” (Speech to the Second Civil Mediation Council National Conference: The Future of Civil Mediation, 8 maggio 2008, in [www.judiciary.gov.uk](http://www.judiciary.gov.uk)).*

47 Così Consolo, *op. loc. cit.*

48 Per tutti, cfr. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 461 ss. Per un esame della disciplina si veda Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. italiana dir. lav.*, 1999, 375 ss.

49 Le imprese partecipano al procedimento di conciliazione nell’82,7% dei casi e la percentuale di accordo raggiunto tra le parti è del 65%.

50 Cfr. al riguardo Luiso, *Interpretazione dei dati e tendenze evolutive*, in ISDACI, *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2010, 128 ss.

La direttiva europea n. 52/2008 individua nella mediazione “suggerita o ordinata” dal giudice una delle tre possibili forme di mediazione<sup>51</sup>, accanto a quella liberamente scelta dalle parti e a quella prescritta dal legislatore. Sul punto ha taciuto la legge delega.

Il d.legisl. n. 28/2010, invece, prevede l’istituto, dettando al riguardo una disciplina, alquanto sintetica, nel comma 2 dell’art. 5<sup>52</sup>.

La disposizione prescrive che, “fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4”, il giudice possa invitare le parti a procedere alla mediazione, “valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti”. L’invito può essere rivolto alle parti anche in appello<sup>53</sup>, ma in ogni caso prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni o, se questa non è prevista, prima della discussione della causa. Ove poi le parti aderiscano all’invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza dei quattro mesi previsti dall’art. 6 per lo svolgimento del procedimento, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dell’istanza di mediazione<sup>54</sup>.

La relazione che accompagna il decreto<sup>55</sup> precisa che la mediazione delegata – e richiama come fonte la direttiva comunitaria – si affianca, ma non sostituisce il tentativo di conciliazione posto in essere dal giudice, rispetto al quale avrebbe però potenzialità ulteriori legate alle soluzioni facilitative “che sono invece tendenzialmente estranee ai poteri del giudice<sup>56</sup>”. La mediazione delegata – precisa ancora la relazione – non è, circa le materie per le quali la mediazione preventiva è obbligatoria, impedita o vietata dal fatto che questa sia fallita.

---

51 Ricordo il testo dell’art. 5 della direttiva 52/2008: “l’organo giurisdizionale investito della causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia”.

52 Il fatto che l’istituto sia previsto dalla direttiva europea esclude, a mio avviso, ogni dubbio di illegittimità costituzionale dell’istituto sotto il profilo del rispetto della delega.

53 L’inciso “anche in appello” non era presente nell’originario schema di decreto legislativo. D’altro canto pensiamo che negli Stati Uniti è stata l’esperienza positiva dei programmi di mediazione delegata dalle corti d’appello federali a suggerire l’introduzione di analoghi programmi anche per le corti federali di primo grado (cfr. al riguardo l’*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, sezione 2, comma 3).

54 Sulla natura dilatoria di questo termine cfr. Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, cit., §10.

55 *Relazione illustrativa*, 8 s.

56 Non sono d’accordo su questo punto con la relazione: il fatto non è che il giudice, tentando di conciliare le parti, sia privo del potere di utilizzare tecniche facilitative (il legislatore nulla dice sulle modalità del tentativo di mediazione), ma piuttosto che tali modalità, incentrate sull’individuazione degli interessi invece che sull’accertamento dei diritti, sono estranee alla preparazione e all’esperienza del giudice.

La mediazione delegata dal giudice non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento.

Da un lato l'art. 155-*sexies*, comma 2 del codice civile<sup>57</sup> – siamo nell'ambito del giudizio di separazione – prevede che, “qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 (riguardo ai figli) per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo”<sup>58</sup>.

Dall'altro lato erano già presenti prassi di mediazione delegata, che, facendo leva sulla valorizzazione da parte del nuovo art. 183 c.p.c. della comune intenzione delle parti di procedere a un tentativo di conciliazione e sui poteri di direzione del processo di cui all'art. 175 c.p.c., contemplavano la possibilità per il giudice di rinviare la trattazione della causa per consentire alle parti di esperire il tentativo stragiudiziale di conciliazione, facoltà esercitabile *in limine litis ex art. 183 c.p.c.* ovvero nel successivo corso del giudizio *ex art. 185 c.p.c.*<sup>59</sup>

Come ho detto, la disciplina dettata dal d.legisl. n. 28 è piuttosto sintetica. Da essa ricaviamo che:

- l'invito a ricorrere alla mediazione rientra nei poteri discrezionali del giudice;
- è necessario l'accordo delle parti;
- l'invito deve essere fatto, in primo grado e in appello, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, se questa manchi, dell'udienza di discussione;
- qualora le parti aderiscano all'invito, la successiva udienza viene fissata alla scadenza del termine previsto per lo svolgimento del procedimento di mediazione (quattro mesi).

---

57 La disposizione è stata inserita dalla legge n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso dei figli.

58 Al riguardo cfr. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 287 s.; Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 2006, 1063; Occhiogrosso, *Mediazione e affidamento condiviso*, in *Minori e Giustizia*, 2006, 185 ss.

59 Il riferimento è a due esperienze. La prima è costituita dal Progetto Conciliamo, sviluppatosi dal 2007 con il supporto della Corte d'appello di Milano (informazioni al riguardo possono essere lette in [www.progettoconciliamo.it](http://www.progettoconciliamo.it)). La seconda esperienza è invece costituita dal Progetto Nausicaa, frutto di un protocollo d'intesa, sottoscritto nel dicembre 2009, tra magistrati, avvocati, commercialisti e docenti universitari fiorentini, con il sostegno della Regione Toscana (ulteriori notizie sul Progetto possono essere lette sul sito [www.progettonausicaa.it](http://www.progettonausicaa.it)).

La lettera dell'art. 5 è muta su tutto il resto. In particolare, nulla dice circa la scelta del mediatore, ossia se la nomina spetta al giudice o invece alle parti, seguendo le regole di cui al d.legisl. n. 28 e nulla, neppure, viene detto circa un eventuale controllo del procedimento da parte del giudice.

Dalle esperienze già presenti nel nostro ordinamento, d'altro canto, traiamo indicazioni contrastanti.

Quanto alla disposizione dettata dal codice civile all'art. 155-*sexies*, sono controversi sia la qualificazione degli “esperti” che l'ambito del controllo operato dal giudice sul procedimento di mediazione. Accanto a chi vede nella mediazione un'attività del tutto esterna al processo con gli esperti nominati dalle parti, vi è invece chi ritiene che la mediazione si svolga sotto il controllo del giudice che provvede lui a nominare gli esperti, opinione quest'ultima che ha trovato avallo nella giurisprudenza di merito. L' “esperto” sarebbe quindi un ausiliario del giudice, la cui natura giuridica “va inquadrata sistematicamente nell'ambito dell'art. 68 c.p.c. sia alla luce del dato normativo sia in base ad un esame sistematico delle disposizioni di legge”<sup>60</sup>.

Quanto invece alle prassi già presenti nei nostri tribunali, è netta la scelta verso un modello di procedimento ove il giudice si limita a suggerire alle parti di procedere al tentativo di conciliazione stragiudiziale presso uno degli organismi aderenti alla sperimentazione, organismo che poi amministra il procedimento provvedendo alla nomina del mediatore<sup>61</sup>.

Tornando al d.legisl. n. 28, mi pare che un punto debba essere considerato fermo. Il mediatore non può essere ricondotto alla figura del consulente tecnico, ausiliario del giudice. Se tale soluzione è infatti ipotizzabile in relazione all'art. 155-*sexies* c.c., ove da un lato manca una disciplina del procedimento e dall'altro lato il legislatore parla di “esperto”, alla stessa conclusione non è possibile giungere per l'istituto di cui al decreto n. 28. Qui infatti l'istituto della mediazione delegata è previsto all'interno di una disciplina che identifica la figura del mediatore, con compiti e obblighi che per certi aspetti sono incompatibili con quelli invece propri del consulente tecnico. Pensiamo all'obbligo di riservatezza proprio del mediatore circa le dichiarazioni rese dalle parti durante il procedimento di mediazione *ex* art. 9 decreto n. 28 rispetto all'obbligo, *ex* art. 200 c.p.c., del consulente tecnico di riportare nella relazione le

---

60 Così Trib. Lamezia Terme, 5 dicembre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 265.

61 Cfr. al riguardo sia il Progetto Conciliamo che il Progetto Nausicaa.

dichiarazioni delle parti, dichiarazioni che poi possono essere valutate dal giudice ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c.

Sempre seguendo quella che è la disciplina in generale dettata dal d.legisl. n. 28, il mediatore, anche quando il procedimento è delegato dal giudice, viene nominato dall'organismo di mediazione scelto dalle parti. Certamente, è auspicabile che, come già avviene per i Tribunali di Milano e di Firenze<sup>62</sup>, siano stipulati dei protocolli che vedano coinvolti determinati organismi di mediazione ai quali le parti possano essere indirizzate dal giudice.

Questo però, a mio avviso, non significa che il giudice, una volta che abbia raccolto il consenso delle parti e fissato la successiva udienza ai sensi del comma 2 dell'art. 5, perda i suoi poteri di direzione del processo. Così, qualora la mediazione dovesse ad esempio chiudersi immediatamente perché una delle parti, che pure ha dato il suo consenso, non si è presentata all'incontro<sup>63</sup>, al giudice può essere chiesto di revocare il proprio provvedimento di fissazione dell'udienza anticipandone la data.

### **5. La mediazione di classe**

L'azione di classe, dopo una lunga e tormentata vicenda, è divenuta realtà in Italia. Il dettato normativo di cui all'art. 140-*bis* del codice del consumo, nella formulazione introdotta dall'art. 49 della legge n. 99/2009, è infatti efficace a partire dal 1° gennaio 2010<sup>64</sup>.

Ora, se la precedente formulazione dell'art. 140-*bis* dedicava specifica attenzione al tema della conciliazione (sia pure con una disciplina da molti giudicata ambigua e foriera di difficoltà applicative<sup>65</sup>), nulla invece dispone l'attuale testo, che si limita al comma 15 a prevedere che “le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito”.

---

62 In relazione ai Progetti Conciliamo e Nausicaa cui abbiamo fatto cenno.

63 Non mi sembra infatti che le parti – che pure abbiano consentito davanti al giudice alla mediazione – siano poi “obbligate” a partecipare al procedimento, salva ovviamente l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 8.

64 Le azioni di classe sinora proposte sono poche e i provvedimenti emessi soltanto due. Cfr. al riguardo Menchini, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

65 Si vedano Gitti, *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Santagada, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, ibidem.

Nella disciplina del decreto legisl. 28/2010 l'istituto dell'azione di classe ricorre due volte.

Anzitutto, l'ultima parte del primo comma dell'art. 5 esclude l'obbligatorietà del preventivo tentativo di mediazione per l'azione di cui all'art. 140-*bis* (così come per le azioni previste dagli artt. 37 e 140 del codice del consumo)<sup>66</sup>.

In secondo luogo, l'art. 15 del decreto – rubricato “mediazione nell'azione di classe” – afferma che “quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito”<sup>67</sup>.

Certamente, a confronto con le scelte operate in altri ordinamenti – anzitutto, ma non soltanto, gli Stati Uniti<sup>68</sup> – il nostro legislatore è stato molto prudente nel prevedere la “mediazione di classe”.

Come ha scelto il sistema di c.d. *opt-in* per la formazione della classe (il singolo consumatore deve infatti prestare espressa adesione all'azione<sup>69</sup>), allo stesso modo il legislatore ha infatti imposto che gli aderenti prestino espresso consenso alla conciliazione intervenuta tra l'attore collettivo e l'impresa convenuta affinché questa possa avere efficacia nei loro confronti.

Al riguardo, però, non viene dettata alcuna regola. In particolare, se è chiara la necessità di una procura *ad hoc*, il testo dell'art. 15 – così come l'art. 140-*bis*<sup>70</sup> – non

---

66 Al riguardo, la relazione illustrativa del decreto afferma che “non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni”.

67 La relazione precisa che la mediazione intervenuta tra attore e convenuto in un'azione di classe non è distinguibile da una normale mediazione individuale. Affinché la mediazione possa divenire “mediazione di classe” occorre anzitutto attendere la scadenza del termine per l'adesione degli altri membri della classe e poi che ciascun aderente dia il suo consenso all'accordo raggiunto.

68 Pensiamo all'Olanda ove nel 2005 è stato disciplinato il c.d. procedimento collettivo di conciliazione: si tratta di un procedimento che può essere attivato – senza che sia necessaria una previa pronuncia giurisdizionale – sia da una associazione o da una fondazione che rappresenti gli interessi dei titolari del diritto che dalla controparte, con l'obiettivo di raggiungere un accordo che possa essere ratificato dal giudice (la Corte d'appello di Amsterdam). La conciliazione, una volta che sia stata ratificata, vincola tutti i membri della classe, a meno che questi abbiano manifestato la volontà di essere esclusi dall'accordo.

69 Cfr. il comma 3 dell'art. 140-*bis*.

70 Sui rapporti tra il disposto dell'art. 15 del d.legisl. n. 28 e il 15° comma dell'art. 140-*bis*, e se il primo si limiti a riprodurre il secondo ovvero abbia una propria, autonoma portata precettiva, cfr. Zulberti, *Art. 15*, in Castagnola-Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., 237 ss.

ci dice se tale procura possa già essere conferita al momento dell'adesione o se invece sia necessario che il consenso sia prestato dopo che l'aderente ha avuto conoscenza della proposta conciliativa e in ogni caso non fissa un termine scaduto il quale si possa concludere che il consenso non sia stato dato <sup>71</sup>.

Circa la proposta, poi, l'art. 15 tace circa la sua pubblicità e, in particolare, non impone che l'accordo sia portato a conoscenza degli aderenti in modo che questi possano valutare se aderirvi o meno <sup>72</sup>.

Si è giustamente osservato <sup>73</sup> che è realistico pensare che l'impresa convenuta, dopo la valutazione di ammissibilità dell'azione e una volta che sia decorso il termine per l'adesione da parte dei membri della classe, sarà fortemente interessata a chiudere la lite con parte attrice, e probabilmente a condizioni di favore rispetto agli altri membri della classe.

Una volta che si sia conclusa la conciliazione tra le parti, il processo si estingue infatti nella sua totalità: per l'attore collettivo e l'impresa convenuta, in relazione ai quali si avrà cessazione della materia del contendere, e anche per tutti gli aderenti, sia per quelli che hanno dato il loro consenso che per quelli che tale consenso non l'abbiano invece dato (l'art. 140-bis non prevede infatti la possibilità di una prosecuzione dell'azione con la nomina di un nuovo rappresentante <sup>74</sup>). Con la conseguenza, per questi ultimi, della definitiva consumazione dell'azione collettiva: ai sensi del 14° comma dell'art. 140-bis, infatti, “non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma” <sup>75</sup>.

---

71 Consolo, *Come cambia, rivelando ormai il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1306 s., il quale osserva – in relazione al comma 15 dell'art. 140-bis – che è aperta la questione, dato il silenzio al riguardo della disposizione, circa la possibilità, e le eventuali modalità, del ritiro dell'adesione e se sia possibile per il singolo consumatore porre in essere una autonoma transazione e se ciò comporti la revoca dell'adesione.

72 Cfr. Fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), cit.

73 Fiorio, *op.loc. cit.*

74 Tale soluzione viene avanzata come quella che avrebbe dovuto adottare il legislatore da Menchini-Motto, *Art. 140-bis*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

75 Opposta era invece la soluzione ricavabile sulla base della precedente formulazione dell'art. 140bis (cfr. Consolo, *La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi*, in *Analisi giur. Economica*, 2008, 188, secondo il quale la transazione comportava la rinuncia alla proposizione dell'azione da parte dell'attore collettivo, ma non comprometteva la possibilità di avviare una nuova azione di classe da parte di altri soggetti legittimati).

Il legislatore, pertanto, tutela efficacemente il convenuto (che conciliando la lite con l'attore può definitivamente chiudere ogni azione di classe), ma non possiamo concludere lo stesso per i componenti della classe, diversi dall'attore, che abbiano aderito all'azione. È vero che essi non sono vincolati da accordi ai quali non hanno prestato il proprio consenso, ma anzitutto non è scontato che tale accordo venga da loro conosciuto e poi non è certo tutelato da un lato il loro diritto ad ottenere una sentenza nell'azione di classe e dall'altro ad avere un accordo transattivo adeguato, con la conseguenza che possono trovarsi a dover scegliere tra l'accettare una composizione magari poco soddisfacente della lite e l'avviare un nuovo ed autonomo giudizio individuale.

Si sottolinea come – a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti <sup>76</sup> – l'accordo raggiunto nel procedimento di mediazione (o a seguito di una semplice negoziazione tra parte attrice e parte convenuta) non sia soggetto ad alcun controllo da parte del giudice.

Questo è vero se siamo alla disciplina contenuta nell'art. 140-*bis* e nell'art. 15 d.legisl. 28. In realtà, vi è a mio avviso un percorso interpretativo che consente di porre la mediazione di classe sotto il controllo del giudice.

Il d.legisl. n. 28/2010, come abbiamo appena visto, ha introdotto nell'ordinamento italiano la mediazione delegata. L'art. 5, comma 2, dice che essa viene disposta dal giudice “valutata la natura della causa”. Ora, mi pare che per l'azione di classe la natura dell'azione debba portare il tribunale, una volta che la domanda abbia superato il filtro di ammissibilità, ad esplorare la volontà delle parti di giungere ad una composizione della lite <sup>77</sup> e in caso positivo (la mediazione delegata presuppone infatti l'adesione delle parti <sup>78</sup>) a disporre la mediazione.

---

<sup>76</sup> Per una panoramica dei nei quali le conciliazioni delle azioni collettive sono sottoposte all'approvazione da parte del giudice cfr. Cappiello, *La composizione stragiudiziale dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 196.

<sup>77</sup> Al riguardo se veda anche la già menzionata Guida all'UNCITRAL *Model Law*, che sottolinea il ruolo fondamentale che può essere svolto dalla conciliazione in relazione alle liti che coinvolgono una pluralità di parti.

<sup>78</sup> Bove (*La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, cit., § 10) pone il dubbio che per disporre la mediazione delegata sia necessario che l'invito del giudice debba essere accolto non solo dalle parti, ma da tutti gli aderenti e conclude che imporre tale estensione sarebbe poco ragionevole perché non di facile attuazione ed in contrasto con la logica della stessa azione classe.

In tal caso, mi sembra che i maggiori poteri discrezionali che il comma 11 dell'art. 140-*bis* riconosce al tribunale in relazione all'azione di classe <sup>79</sup>, insieme al compito, affidato al tribunale sempre dal comma 11, di tutela degli aderenti, portino a sottoporre il procedimento sotto il controllo del giudice. Così, se non si vuole pensare ad una nomina del mediatore da parte del tribunale – in quanto ipotesi non contemplata dall'art. 5 d.legisl. n. 28 -, sicuramente l'accordo una volta raggiunto in sede di mediazione andrà sottoposto alla verifica del giudice che, oltre al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative imposto dall'art. 12 d.legisl. 28, dovrà anche accertare che l'accordo si ponga come equo per l'intera classe <sup>80</sup> e solo in tal caso chiuderà l'azione di classe.

Mi pare inoltre che, una volta riportato l'accordo sotto il controllo del tribunale, sia possibile superare la lacuna relativa alla comunicazione dell'accordo conciliativo: usando i poteri conferitigli dall'art. 140-*bis*, comma 11 <sup>81</sup>, il tribunale ordinerà alle parti di comunicare agli aderenti il contenuto dell'accordo in modo che questi possano prestare il loro eventuale consenso.

---

79 Ai sensi del comma 11, infatti, il tribunale determina “il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo (..) e disciplina ogni altra questione di rito”.

80 Ricordiamo i parametri dettati dalla *rule 23* delle statunitensi *Federal Rules of Civil Procedure*, ossia che l'accordo sia “*fair, reasonable, and adequate*”.

81 Così la disposizione: il tribunale “onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti”.