

Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Come opera il mediatore? – 3. Che cosa intende il legislatore per mediazione? – 4. La condizione di procedibilità alla luce del principio dell'equo processo. – 5. La rilevanza delle questioni giuridiche in mediazione. – 6. Perché è opportuno che le parti partecipino personalmente alla mediazione? – 7. L'utilità della mediazione. – 8. In conclusione.

1. – Per effetto dell'adozione della recente legislazione italiana in materia ⁽¹⁾, negli ultimi tempi la mediazione in materia civile e commerciale ⁽²⁾ è al centro di un vivo dibattito ⁽³⁾, i cui toni accesi – se non addirittura viscerali, talora – tendono spesso a trascurare gli aspetti tecnici della questione, i quali invece dovrebbero forse costituire l'elemento centrale della discussione stessa.

⁽¹⁾ Decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28, *attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* (da ora il "Decreto Legislativo"), e relativo provvedimento di attuazione, costituito dal Decreto del Ministero della Giustizia del 10 ottobre 2010, n. 180 (da ora il "Decreto Attuativo").

⁽²⁾ In ambito penale, il ricorso alla mediazione viene promosso dall'Unione Europea mediante l'art. 10 della decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale* (2001/220/GAI). Per coglierne lo spirito, è particolarmente significativo – seppure riferito ad un contesto ben diverso e si spera lontano – il libro di TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Milano, 1999. Se ne veda in particolare il quinto capitolo, dal titolo: "un'udienza dedicata alle vittime". Con riferimento all'Italia, si veda invece SCRIVOLLETTO, *Mediazione penale minorile, Rappresentazioni e pratiche*, Milano, 2009.

⁽³⁾ Nella propria *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010* (punto 3.1), presentata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011, il Primo Presidente della Corte di Cassazione (dott. Ernesto Lupo) ha dichiarato: "Merita consenso l'iniziativa governativa della mediazione realizzatasi con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione di orientamenti dell'Unione europea. È essenziale, pertanto, che si superino, prima dell'entrata in vigore del provvedimento (prevista per il 20 marzo 2011), le difficoltà applicative segnalate dal Consiglio nazionale forense. Occorre, purtroppo, rilevare che la Pubblica Amministrazione, come parte in un numero elevato di controversie, non fornisce un apporto di tipo conciliativo, pure possibile di fronte ad indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati, ma tende a riversare sulle pronunce giurisdizionali la soluzione di controversie che potrebbero essere, se non eliminate, quantomeno semplificate attraverso una fase conciliativa precontenziosa. . . . Più in generale, non si può ignorare un'anomalia che ci caratterizza rispetto ad altri Paesi: l'elevatissimo e crescente numero di avvocati".

Per contribuire a quest'ultima, pare allora utile riportare l'attenzione sugli argomenti attualmente un po' negletti, chiarendo però subito che si è ben lungi da alcuna pretesa di esaustività. Di conseguenza, quanto seguirà va semplicemente inteso come l'offerta di qualche sintetico spunto di riflessione e nulla più.

Carne al fuoco ve ne è tanta: nella prassi, come opera il mediatore? Come viene concepita la mediazione dal legislatore? È legittimo prevedere che, in talune materie, l'esperimento della mediazione rappresenti una condizione di procedibilità per le domande giudiziali ovvero ciò lede il principio dell'equo processo? Quale rilevanza assumono le questioni giuridiche in sede di mediazione e, di conseguenza, quale funzione esplicano i consulenti – in particolare gli avvocati – che assistono i litiganti in tale contesto? Le parti devono partecipare personalmente? Serve realmente la mediazione?

2. – Sembra sensato iniziare la disamina da questo quesito, siccome la mediazione – come molti altri fenomeni del mondo economico e giuridico – è un'attività nata e sviluppatasi nella prassi, cui è poi seguita l'attenzione da parte dei vari legislatori.

La mediazione può svolgersi applicando tecniche ADR ⁽⁴⁾ ben diverse tra loro, ciascuna delle quali si fonda su presupposti e metodi di lavoro alquanto differenti ⁽⁵⁾. Ribadiamo – non nascondendo un certo stupore verso chi ancora fraintende – che non si tratta affatto di una forma alternativa di giustizia, siccome il rendere quest'ultima rappresenta un esclusivo nonché specifico compito dell'autorità giudiziaria ovvero degli arbitri. Né parliamo della panacea di tutti i mali.

Tra le principali tecniche di mediazione si annoverano la *mediation* e la *expert evaluation*, entrambe fondate sui seguenti presupposti: la riservatezza; il non imporre in alcun modo alle parti la soluzione per la loro lite; la totale neutralità della mediazione rispetto all'eventuale successivo giudizio in sede contenziosa, siccome il partecipare ad una sessione di mediazione non

⁽⁴⁾ Per *Alternative Dispute Resolution* (il cui acronimo è ADR) si intendono i sistemi di soluzione delle controversie alternativi al ricorso in giustizia dinanzi all'Autorità giudiziaria ovvero agli arbitri, è cioè a quei soggetti cui compete decidere una controversia in modo vincolante per le parti.

⁽⁵⁾ Per un approfondimento: AMERIO, APPIANO, BOGGIO, COMBA e SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, Milano, 2010; BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010; IANNINI, *Guida alla nuova conciliazione e mediazione*, 2010; TRIPODI e MASCIA, *Il codice della mediazione e della conciliazione*, Milano, 2010; VACCÀ e MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010.

comporta alcun pregiudizio di sorta alla futura posizione dei litiganti dinanzi a chi eventualmente li giudicherà; la libertà delle parti nel decidere come strutturare e disciplinare detti meccanismi.

La *mediation* è la negoziazione della lite con l'assistenza di un terzo neutrale, che favorisce l'efficacia della discussione. Detta metodologia è ispirata dall'approccio sistemico ⁽⁶⁾ alla soluzione del contenzioso, considerato il meccanismo conoscitivo più appropriato per le liti che presentano una certa complessità e vedono coinvolte parti legate da rapporti personali o economici da salvaguardare. Esso è del tutto antitetico a quello che caratterizza il processo civile, quest'ultimo necessariamente ed indiscutibilmente fondato su una modalità conoscitiva di tipo lineare.

Nella *mediation* si evita infatti di incentrare il discorso sullo stabilire cosa sia vero o falso e cosa giusto o ingiusto, siccome ciò condurrebbe a ridurre ogni soluzione negoziale ad un mero compromesso, frutto di trattative condotte sui confini di quelle che le parti reputano le "vere" questioni. Quest'ultimo atteggiamento è proprio del negoziato di posizione, ove i litiganti restano arroccati sulle proprie richieste, le quali non vengono in sostanza modificate per effetto delle concessioni, che ciascuno si dichiara disponibile a fare in favore della controparte. Situazione che spesso conduce al fallimento le trattative condotte direttamente dalle parti ovvero mediante l'ausilio dei loro consulenti ⁽⁷⁾. La *mediation* vuole invece superare tale angusto contesto. L'obiettivo è l'ampliamento della comunicazione tra i litiganti, attraverso lo scambio di nuove informazioni e il coinvolgimento di nuovi soggetti (almeno il terzo neutrale), in modo da far emergere le reali ragioni dello scontro. Così procedendo, le parti vengono liberate dagli schemi mentali utilizzati sino a quel momento nel conflitto, giacché il terzo – qui risiede l'essenza di questa metodologia, che si esplica durante la cosiddetta "fase esplorativa", ove si concretizza l'approccio sistemico al contenzioso – indirizza i litiganti ad individuare quali sono i loro concreti interessi in gioco e quali i punti in comune al riguardo.

Conseguentemente, concentrando l'attenzione sull'interesse delle parti, il terzo favorisce l'emergere di prospettive in grado di generare soluzioni prima non immaginate. L'idea è uscire dal conflitto mediante soluzioni il più possibile elastiche, capaci di ridurre al minimo gli effetti dannosi della

⁽⁶⁾ In materia si segnala l'interessante libro di GANDOLFI, *Formicai, imperi, cervelli - Introduzione alla scienza della complessità*, Torino, 1999, e in particolare p. 283.

⁽⁷⁾ MNOOKIN, *Beyond winning - Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge, 2000; FISHER e BROWN, *Troviamo un accordo*, Milano, 2008 (traduzione di *Getting together*, 1988).

lite (sia economici che relazionali) per ciascuna delle parti, se non addirittura di generare un plus-valore: cosa ben lontana dalla tradizionale concezione di transazione in perdita, ove ognuna delle parti rinuncia a qualche pretesa pur di appianare la lite. In altre parole: per la *mediation*, l'uscita dal conflitto è spesso conseguibile non solo riducendo il danno, ma valorizzando tutti gli interessi delle parti coinvolte, in modo da creare tra loro nuove situazioni o relazioni economiche, cui sarebbe assolutamente impossibile pervenire per effetto di una decisione in sede contenziosa.

La tecnica di *mediation* presenta due varianti. Per entrambe, comunque, resta assolutamente centrale la "fase esplorativa". Le differenze sono invece riconducibili ai limiti entro cui il terzo neutrale deve contenere la propria attività rispetto al contenuto dell'eventuale accordo.

Nella prima variante, la *facilitative mediation*, il mediatore limita la propria azione a un intervento di carattere "maieutico" sulle parti, evitando accuratamente qualsiasi interferenza sulle loro valutazioni in merito al possibile oggetto dell'accordo. Secondo tale metodologia, l'efficacia del mediatore è legata al non-giudizio: ciò implica che egli può naturalmente avere delle opinioni, ma gli è vietato esprimerle all'interno del processo. Una volta fatto emergere cosa è di comune interesse alle parti, egli deve limitarsi a condurre la discussione formulando ipotesi di ragionamento quanto mai aperte, in modo tale che siano gli stessi contendenti ad individuare come risolvere le cause del loro conflitto ⁽⁸⁾.

Nella seconda, la *evaluative mediation*, se necessario il mediatore assume un atteggiamento più propositivo sul contenuto del possibile accordo fra le parti, fermo restando che ciò avviene in modo mai invasivo o impositivo e solo quando - dopo l'effettiva esecuzione di un'approfondita "fase esplorativa" - la trattativa entra comunque in fase di stallo.

In considerazione della funzione esplicita dal terzo neutrale, emerge che la sua peculiare professionalità - cosa del tutto nuova per noi - consiste essenzialmente nell'assistere in modo adeguato le parti durante la citata "fase esplorativa", favorendo la comunicazione e la riflessione, senza dispensare giudizi (spesso fastidiosi e controproducenti, anche se dati con le migliori intenzioni). Competenza interdisciplinare, dunque, ben diversa rispetto alle cognizioni in possesso di chi è il sommo vate della materia su cui verte la contesa.

⁽⁸⁾ M. HAYENS, L. HAYENS, FONG, *La mediazione - Strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, 2003, pp. 123 e 135, evidenziano come "l'efficacia del mediatore è legata al non-giudizio. Egli può naturalmente avere delle opinioni, ma non può esprimerle all'interno del processo".

Diversa metodologia è la *neutral evaluation* (anche detta *expert evaluation*, e cioè valutazione neutrale, sostanzialmente paragonabile a un parere *pro veritate*), dove le parti chiedono semplicemente ad un terzo di esprimere un'opinione – riservata e non vincolante – su un determinato fatto ovvero un problema di natura tecnica ovvero una questione giuridica. Da non confondersi con l'*expertise* (invece piuttosto vicino alla perizia contrattuale), in cui il terzo neutrale non solo assiste le parti che si trovano a confrontarsi su una questione meramente tecnica, da cui può scaturire una controversia, ma – se richiesto – decide anche la questione sottopostagli, cosa quest'ultima che può anche avvenire nell'ambito di un procedimento arbitrale, e cioè quando la lite è già insorta nonché sfociata in un contenzioso.

Nella *neutral evaluation*, dunque, il terzo neutrale è chiamato ad esprimere la propria opinione circa la specifica questione che gli è sottoposta dalle parti, dichiarando infine quale può essere la soluzione corretta sul piano tecnico o giuridico, a seconda della natura del quesito. Dunque, si tratta di un giudizio (seppure non vincolante ed espresso in via riservata) che conduce ad individuare la soluzione vera o giusta, anticipando così l'esito della valutazione cui si potrebbe pervenire in sede contenziosa. Per operare in modo adeguato, il terzo non solo deve essere esperto nella materia controversa, ma necessita anche di venire posto nelle condizioni adeguate per esprimersi con cognizione di causa. Va da sé che, qualora la controversia concerna una questione di natura tecnica e non giuridica, a rivestire il ruolo del mediatore non deve essere un avvocato. Anche per questo motivo la nuova normativa sulla mediazione non riserva tale compito solo ai giuristi, ma lo estende anche a tutte le altre categorie professionali, ivi compresi coloro che risultano iscritti in un collegio ⁽⁹⁾.

Quanto sino ad ora illustrato non viene smentito dalla circostanza che nella *evaluative mediation* al terzo neutrale è comunque consentito rivelare una propria valutazione circa la soluzione della controversia. La coerenza risiede nella circostanza che nella *evaluative mediation* siffatta attività si fonda su presupposti completamente diversi: il mediatore deve farsi guidare da quanto è emerso – durante le discussioni da lui condotte – essere il reale interesse comune ai litiganti. Focalizzando allora l'attenzione esclusivamente su quest'ultimo, il mediatore potrebbe anche proporre un'ipotesi di accordo che trascende addirittura dalla materia oggetto del contendere: in altre parole, se volessimo equiparare la lite ad una malattia, egli tende a proporre una soluzione che ne cura la causa e non il

⁽⁹⁾ Decreto Legislativo, art. 19, nonché Decreto Attuativo, art. 4, comma 3, lettera a).

sintomo. Ciò spesso conduce il mediatore ad elaborare una proposta di composizione che ben può allontanarsi da quello che sarebbe l'esito di un giudizio dove, anziché guardare all'interesse delle parti, necessariamente si decide il caso controverso secondo diritto, nei limiti della domanda giudiziale, attenendosi a quanto accertato essere la realtà processuale durante la fase istruttoria. In tal modo, sovente il giudice cura solo il sintomo della malattia.

In definitiva: nella *mediation* la proposta del terzo è un elemento meramente eventuale e non ne rappresenta affatto l'aspetto caratterizzante, riconducibile invece alla "fase esplorativa". Se il mediatore trascura quest'ultima per concentrarsi nell'elaborare una proposta, egli travisa il proprio compito, che forse non ha nemmeno ben compreso.

Decisamente diverse, se non antitetiche rispetto a quanto sino ad ora illustrato, sono invece le caratteristiche di un'altra metodologia, l'*adjudication*. Essendo tendenzialmente paragonabile a un giudizio sommario, ove il valore privilegiato è la celerità nella decisione, tale sistema conduce a una valutazione sul merito del conflitto, che non solo non è mai riservata, ma – a seconda di come viene disciplinato il meccanismo – può condizionare in modo significativo l'eventuale successivo giudizio in sede contenziosa ovvero può addirittura assumere valore vincolante fra le parti (nella seconda ipotesi gravando i dissenzienti dell'onere di esperire particolari impugnazioni, al fine di sottrarsi a siffatto effetto).

Ferme tali fondamentali differenze, anche nella tecnica di *adjudication* il mediatore è chiamato a stabilire, a seconda della propria specifica competenza in materia, qual è sul piano tecnico o giuridico la soluzione corretta di una vertenza. Sotto quest'ultimo aspetto, allora, l'attività del mediatore che pratica una *adjudication* tende ad assomigliare a quella di chi effettua una *expert evaluation*, ma non si identifica del tutto. Infatti, stante il profondo divario tra le caratteristiche di fondo delle due citate metodologie, il primo deve rigorosamente garantire il rispetto del principio del contraddittorio (che pare incompatibile con lo svolgimento di incontri separati tra mediatore e singole parti) ⁽¹⁰⁾, mentre ciò non rappresenta un problema troppo assillante per il secondo, essendo piuttosto suo compito l'assicurare un tratta-

⁽¹⁰⁾ Ciò spiega perché il Decreto Attuativo, disciplinando il contenuto dei regolamenti di mediazione dei singoli Organismi, suggerisce che "in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto Legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente" (art. 7, comma 2, lett. b, prima parte). Per un commento, APPIANO, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., pp. 341 e 364.

mento equilibrato alle parti, le quali trovano nella riservatezza e nella neutralità della metodologia la garanzia avverso la formulazione di un parere che potrebbe risultare non condivisibile, a causa delle circostanze in cui il mediatore ha raccolto gli elementi per fondare la propria valutazione.

La scelta della tecnica di mediazione, da adottare nella singola fattispecie, dipende da alcuni fattori.

In primo luogo, le eventuali richieste avanzate dalle parti in proposito, le quali possono già aver identificato il tipo di assistenza cui necessitano per tentare di comporre la lite, e cioè se serve loro avere un parere *pro veritate* – motivato o meno – su una particolare questione (tecnica e/o giuridica) ovvero un aiuto nella trattativa finalizzata alla conciliazione.

In secondo luogo, la tipologia del contenzioso: in effetti, la tecnica di *expert evaluation* sembra più funzionale per mediare una lite in materia di responsabilità civile discendente dalla circolazione di veicoli ⁽¹¹⁾, siccome i fatti da cui scaturisce simile conflitto (la dinamica del sinistro), le relazioni sussistenti tra le parti (l'essere stati coinvolti nell'incidente nonché l'esistenza di un rapporto assicurativo) ed i loro rispettivi interessi (valutare l'*an* ed il *quantum* del risarcimento nel modo più conveniente per ciascuno) sono ben definiti e limitati, per cui difficilmente si prestano all'indagine della "fase esplorativa" tipica della *mediation*. Quest'ultima è finalizzata a promuovere la consapevolezza delle parti, portandole anche a considerare la lite come un semplice elemento che, da un canto, si inserisce all'interno di un loro più ampio rapporto (economico e/o personale) e che, dall'altro, va risolta nel modo più proficuo per tutti evitando di dissipare ricchezza. Pertanto la *mediation* appare ad esempio più appropriata per la mediazione delle controversie in materia di successioni.

In terzo luogo, il valore della controversia: raffinata metodologia, la *mediation* presuppone l'impiego di una certa quantità di tempo (mai avvicinabile a quella di un processo o un arbitrato, però!), che – per ovvie ragioni economiche – difficilmente è dedicabile a controversie di valore bagatellare o estremamente modico. Per queste ultime, allora, il mediatore tenderà verosimilmente a combinare tecniche di natura facilitativa (quali, ad esempio, quelle sottese alla Raccomandazione CE del 2001 sugli organismi di conciliazione per le controversie individuali in materia di consumo) a metodologie valutative (le prassi considerate dalla Raccomandazione CE del 1998 su analoga materia ovvero l'*adjudication*). In tale contesto, se le parti non si ac-

(11) APPIANO, *La mediazione delle controversie sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli*, in corso di pubblicazione su *La mediazione*, 2011.

cordano, il mediatore sarà portato a concludere la propria azione suggerendo loro una soluzione, espressa nei termini di una proposta contrattuale non motivata, onde salvaguardare la riservatezza della mediazione. Rendendo ignoto l'iter logico seguito dal mediatore, l'assenza di motivazione dovrebbe pure sedare il timore – verosimilmente di per sé infondato – che la sua proposta sia in grado di influenzare il giudizio del magistrato successivamente chiamato a decidere la controversia.

In pratica: dopo aver accolto i propri clienti, compete al mediatore chiarire loro come egli intende procedere, e cioè individuare la tecnica da applicare, se del caso discutendo tale scelta con le parti stesse.

Siffatto *modus operandi* è coerente con i principi deontologici sanciti dal Codice Europeo per i Mediatori (che rappresenta il “*codice etico*” scelto da vari Organismi italiani di mediazione, in osservanza a quanto disposto dal Decreto Legislativo) ⁽¹²⁾, secondo cui ⁽¹³⁾:

“il mediatore deve sincerarsi che le parti coinvolte nella mediazione comprendano le caratteristiche del procedimento di mediazione e il ruolo del mediatore e delle parti nell'ambito dello stesso”

e trova altresì conferma nella prassi internazionale, come si evince dalle *ADR rules* della *International Chamber of Commerce (ICC)*:

“The Neutral and the parties shall promptly discuss, and seek to reach agreement upon, the settlement technique to be used, and shall discuss the specific ADR procedure to be followed.

In the absence of an agreement of the parties on the settlement technique to be used, mediation shall be used”.

3. – Mediante la Direttiva 2008/52/CE ⁽¹⁴⁾, l'Unione Europea ha fissato alcuni principi sulla mediazione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale. A salvaguardia dell'autonomia privata, la Direttiva non disciplina affatto il modo in cui deve svolgersi la mediazione, ma all'art. 3 si limita a darne semplicemente la definizione comunitaria, intendendo per tale “*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse, su base volontaria, di*

⁽¹²⁾ Art. 16 del Decreto Legislativo: ogni Organismo di mediazione deve adottare un “*codice etico*”, da comunicarsi al Ministero della Giustizia.

⁽¹³⁾ Art. 3.1 del Codice Europeo per i Mediatori.

⁽¹⁴⁾ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, *relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* (da ora la “Direttiva”).

raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore" ⁽¹⁵⁾, e cioè un terzo neutrale, cui è richiesto di agire in modo efficace, imparziale e competente.

Per capire cosa intende il legislatore europeo per "mediazione", è utile guardare al campo di applicazione della Direttiva stessa. In effetti, ciò che esula da quest'ultimo, non può essere considerato un procedimento rientrante nella nozione di "mediazione" fissata dal diritto comunitario. Quest'ultima non comprende dunque l'arbitrato (la cosa è ovvia, ma è opportuno evidenziarlo, in vista di quanto si dirà successivamente), i reclami dei consumatori nonché i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia. Lo stesso vale per i "processes of an adjudicatory nature", come si evince dalla versione in lingua inglese ⁽¹⁶⁾.

Di conseguenza per la Direttiva è "mediazione" quella condotta secondo la tecnica di *mediation* o di *expert evaluation* (siccome la riservatezza copre ogni aspetto di quanto avviene dinanzi al mediatore e, al termine dell'incontro, non viene adottata alcuna proposta in modo formale, se le parti non si accordano), ma non quella svolta ricorrendo alla tecnica di *adjudication*.

La Direttiva non osta ovviamente all'esistenza di tutto ciò che esula dal suo ambito di applicazione. Pertanto, gli Stati membri restano innanzitutto liberi di disciplinare la mediazione delle liti interne in materia civile e commerciale come meglio essi ritengono. Per quanto concerne le controversie transfrontaliere, la Direttiva nemmeno impedisce l'esistenza di sistemi ADR aventi caratteristiche diverse da quelle presupposte dalla nozione comunitaria di "mediazione". Tuttavia, la Direttiva impone agli Stati di garantire che – per le controversie transfrontaliere – sia anche disponibile un procedimento di "mediazione" conforme a detta definizione.

Nemmeno il legislatore italiano disciplina come vada svolta la mediazione, siccome il Decreto Legislativo – senza distinguere tra liti interne e transfrontaliere – rinvia all'uopo ai regolamenti adottati dai singoli Organismi che prestano tale servizio ⁽¹⁷⁾. Pertanto, la scelta su come condurre la mediazione (e cioè a quale tecnica ricorrere) è lasciata a questi ultimi, che potranno o meno condividerla con le parti di volta in volta interessate. Ciò nonostante, a livello di fonte legislativa nel nostro ordinamento viene previsto che, qualora le parti non riescano ad accordarsi per comporre la lite, il

⁽¹⁵⁾ Art. 3 del Decreto Legislativo.

⁽¹⁶⁾ Art. 3 e *considerando* n. 11 della Direttiva.

⁽¹⁷⁾ Art. 3, comma 1, del Decreto Legislativo.

mediatore abbia facoltà di proporre formalmente una soluzione conciliativa, su cui le parti sono tenute a prendere posizione⁽¹⁸⁾. La facoltà si trasforma in obbligo per il mediatore, se tutte le parti concordemente gli richiedono di formulare la formale proposta. In entrambe i casi, quest'ultima viene incorporata nel verbale di mediazione⁽¹⁹⁾ che, se i litiganti non si conciliano, viene portato a conoscenza del magistrato competente a conoscere la controversia, onde consentirgli di regolare il regime delle spese processuali, comparando l'esito finale del processo da lui presieduto con le posizioni precedentemente assunte dalle parti rispetto a quanto era stato suggerito loro dal mediatore⁽²⁰⁾.

A rigore, il Decreto Legislativo non specifica i criteri cui deve attenersi il mediatore nell'elaborare la formale proposta in questione. Tuttavia il nesso, creato tra la stessa ed il regime delle spese relative al successivo processo in sede giudiziaria, porta a pensare che il meccanismo riesca a funzionare unicamente se il criterio valutativo utilizzato dal mediatore coincide con quello decisionale poi seguito dal magistrato. Ciò accade solo quando il primo compie una *adjudication*, seppure in forma blanda, visti i suoi limitati effetti. Qui si rivela dunque una discordanza rispetto alla Direttiva, che invece non considera "*mediazione*" le procedure comportanti *adjudication*.

Per conferire coerenza al sistema, una prima idea parrebbe suggerire al mediatore, in forza presso Organismi italiani, di astenersi dalla proposta agiudicativa, qualora la controversia abbia natura transfrontaliera e non sia qualificabile come un reclamo in materia consumeristica. Ciò ovviamente non gli impedisce di formulare alle parti proposte informali, e cioè aventi natura riservata, poiché avanzate senza ricorrere ai rigidi meccanismi individuati dal Decreto Legislativo⁽²¹⁾. Diviene forse tutto di più semplice comprensione, se si identificano tali proposte informali con quelle tipiche della *evaluative mediation* (ricordando però sempre che queste ultime non rappresentano affatto l'elemento centrale dell'attività di chi ricorre a detta tecnica) ovvero con il parere *pro veritate* riservato tipico della *expert evaluation*.

Una seconda idea si fonda poi sulla constatazione che la mediazione disciplinata dal Decreto Legislativo comprende anche le controversie in ma-

⁽¹⁸⁾ L'idea che il mediatore (o conciliatore) debba formulare una formale proposta alle parti non rappresenta affatto una peculiarità del Decreto Legislativo. Per una disamina del passato, mi permetto di rinviare al mio scritto *Mediation e procedura civile*, in *questa rivista*, 2002, p. 1.

⁽¹⁹⁾ Art. 11 del Decreto Legislativo.

⁽²⁰⁾ Art. 13 del Decreto Legislativo.

⁽²¹⁾ Art. 11 del Decreto Legislativo.

teria di consumo, che – anche quando trasfrontaliere – esulano dal campo di applicazione della Direttiva (22). Di conseguenza, nulla pare ostare a che il mediatore utilizzi per esse una metodologia valutativa, accompagnata da *adjudication*, se le parti non tendono a conciliare. Lo stesso approccio pare forse sensato anche per la mediazione delle altre liti bagatellari in materia civile e commerciale aventi natura prettamente interna al nostro Stato, siccome tali conflitti non paiono molto diversi – quanto meno in termini economici – rispetto alle controversie individuali di consumo.

Ciò va comunque inteso con una certa elasticità: in materia locatizia, ad esempio, una vertenza di modico valore (si pensi alla ripartizione della spesa per la sostituzione delle cinghie di una tapparella) potrebbe rappresentare il segnale di un più ampio malessere che affligge le parti del rapporto di locazione. Se così fosse, si imporrebbe di ricorrere alla *mediation*, a condizione però che le parti accettino di sostenerne il costo, accordandosi sulla circostanza che il valore della controversia diviene verosimilmente indeterminato, non avendo più senso calcolarlo in base a quello del modesto *casus belli*. Altrimenti non resta che condurre la mediazione con modalità appropriate all'importo di quest'ultimo.

Nella mediazione amministrata italiana, dunque, la chiave di volta dell'intero sistema è rappresentata dalla facoltà per il mediatore – che diviene obbligo solo in presenza di richiesta congiunta delle parti tutte (23) – di formulare o meno la proposta aggiudicativa. Avvalendosi sapientemente di detta facoltà, egli è allora in grado di condurre la mediazione nel modo più coerente con la tecnica di volta in volta prescelta. L'unica condizione è che, all'inizio di ogni mediazione, chi la tiene spieghi adeguatamente ai litiganti se e come egli intende addivenire alla formulazione della proposta aggiudicativa al termine della procedura stessa. Ciò non solo consente al mediatore di assolvere al precetto deontologico in precedenza citato (24), ma anche di instaurare le condizioni per lavorare con efficacia. In mancanza di chiarezza, infatti, le parti sono giustamente restie a concedere fiducia al mediatore.

4. – Sul piano del diritto comunitario, la Direttiva né impone, né vieta agli Stati di introdurre nei loro ordinamenti alcun obbligo per le parti di ri-

(22) Il citato *considerando* 11 della Direttiva osserva che la stessa non deve applicarsi ai “*reclami dei consumatori*”, per i quali vigono le due apposite Raccomandazioni della Commissione, rispettivamente adottate nel 1998 e nel 2001.

(23) Decreto Legislativo, art. 11, comma 1.

(24) Art. 3.1 del Codice Europeo per i Mediatori, cit.

correre alla “mediazione” (25) e tanto meno di istituire appositi Organismi cui affidare tale servizio.

Ciò fermo, la Direttiva fissa agli Stati un importante limite: l’eventuale obbligatorietà di ricorrere alla “*mediazione*” non deve creare pregiudizio al diritto fondamentale dei cittadini ad accedere alla tutela giurisdizionale (26). Ciò confliggerebbe con i fini stessi della Direttiva, la quale si propone di promuovere i diritti fondamentali dei singoli, tenendo conto dei principi riconosciuti dalla relativa Carta dell’Unione Europea (27), ora avente valore giuridico di trattato tra gli Stati membri (28).

Per capire quando siffatto pregiudizio può in concreto sussistere, si deve guardare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che di recente ha fornito alcune importanti indicazioni al riguardo, pronunciandosi con riferimento alla condizione di procedibilità prevista in Italia per le controversie in materia di telecomunicazioni.

Punto di partenza del ragionamento seguito dalla Corte comunitaria (che a sua volta si richiama alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) è il seguente:

“... secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (v., in tal senso, sentenza 15 giugno 2006, causa C-28/05, *Dokter e a.*, *Racc.* p. I 5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte Europea per i Diritti dell’Uomo, sentenza *Fogarty c. Regno Unito* del 21 novembre 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XI, § 33)” (29).

(25) Art. 5, comma 2, della Direttiva.

(26) Art. 5, comma 2 nel finale, della Direttiva.

(27) Titolo VI della Carta. In materia, bisogna anche richiamare il *considerando* n. 21 alla Raccomandazione 98/257/CE, cit.: “*considerando che, in conformità con l’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, l’accesso ai tribunali costituisce un diritto fondamentale che non conosce eccezioni; che quando il diritto comunitario garantisce la libera circolazione delle merci e dei servizi nel mercato interno, la possibilità per gli operatori, compresi i consumatori, di adire le giurisdizioni di uno Stato membro per decidere le controversie cui le loro attività economiche possono dar luogo, allo stesso titolo dei cittadini di questo Stato, costituisce il corollario di tali libertà; che le procedure extragiudiziali non possono proporsi di sostituire il sistema giudiziario; che di conseguenza l’utilizzazione della via extragiudiziale non può privare il consumatore del suo diritto d’accesso ai tribunali se non quando egli lo accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa e in una fase posteriore all’insorgere della controversia*”.

(28) Art. 6 del Trattato sull’Unione Europea, introdotto per effetto del Trattato di Lisbona.

(29) Corte CE, 13 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08,

Di conseguenza, per la Corte di Giustizia il fondamentale diritto all'equo processo non osta – in via generale – alla presenza di condizioni di procedibilità delle domande giudiziarie ricollegabili a forme obbligatorie di mediazione, purché siano rispettate le seguenti condizioni ⁽³⁰⁾.

In primo luogo, non deve essere impedito l'immediato ricorso alla tutela giurisdizionale in via cautelare. Tale principio è coerente con quanto era già stato in precedenza enunciato in riferimento al settore degli appalti pubblici, ove esistono apposite norme comunitarie che assicurano ai privati il diritto a disporre di rapidi mezzi di ricorso avverso le decisioni assunte dalle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici ⁽³¹⁾. La Corte di Giustizia aveva considerato illegittimo impedire ad un'impresa l'accesso a tali strumenti di tutela, quando l'ostacolo viene ricollegato al mancato previo esperimento di una procedura di conciliazione, prevista dalla legge nazionale ed attivabile dall'impresa esclusa dall'appalto. Così decidendo, la Corte aveva dunque negato che l'aver ignorato la procedura conciliativa valga a configurare in capo a detta impresa la carenza di interesse a ricorrere avverso la decisione assunta in suo sfavore nella gara d'appalto. In definitiva, la Corte aveva sancito che il subordinare l'accesso alle procedure di ricorso, espressamente previste da una direttiva comunitaria settoriale, al preventivo intervento di una commissione di conciliazione, è contrario agli obiettivi di rapidità ed efficacia perseguiti dall'ordinamento comunitario nel campo degli appalti pubblici ⁽³²⁾.

In secondo luogo, tornando al citato caso delle telecomunicazioni, il di-

Alassini, punto 63 della motivazione. Si veda anche la sentenza del 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, punto 29.

⁽³⁰⁾ Corte CE, 13 marzo 2010, *Alassini*, cit., il cui dispositivo sancisce: “*neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone*”.

⁽³¹⁾ Direttiva del Consiglio 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (G.U.C.E., L 395, p. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*ibidem* L 209, p. 1): se ne vedano gli artt. 1 e 2.

⁽³²⁾ Corte CE, 19 giugno 2003, causa C-410/01, *Fritsch e a. c. Asfinag*.

ritto comunitario all'equo processo impone che, in presenza di una condizione di procedibilità costituita dal preventivo esperimento di un tentativo di conciliazione, nelle more di quest'ultimo si sospenda la prescrizione dei diritti controversi. Ciò è pienamente conforme a quanto sancito sia dalla Direttiva⁽³³⁾, sia dal Decreto Legislativo⁽³⁴⁾: per entrambe l'attivazione della mediazione comporta la sospensione o l'interruzione dei termini di ricorso, e cioè quelli entro cui vanno fatti valere i diritti oggetto di lite.

In terzo luogo, il tentativo di conciliazione non deve condurre a una decisione vincolante, cosa perfettamente coerente con la nozione di "mediazione" accolta dalla Direttiva⁽³⁵⁾. A ben vedere, nemmeno il Decreto Legislativo si scontra con siffatto principio, in quanto la proposta di natura aggiudicativa non vincola né le parti, né il giudice chiamato a decidere il merito del caso su cui il mediatore si è pronunciato⁽³⁶⁾. Unico dubbio potrebbe forse ravvisarsi con riferimento alla disciplina del regime delle spese processuali⁽³⁷⁾.

In quarto luogo, siffatta condizione di procedibilità non deve comportare un ritardo sostanziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Nel Decreto Legislativo il riscontro è nella norma che limita a quattro mesi la durata massima della mediazione⁽³⁸⁾. Tale termine è però da intendersi come il tempo massimo oltre il quale non può essere impedito l'accesso al giudice naturale. Per contro, ciò non sembra comportare un divieto ai litiganti di protrarre ulteriormente le trattative in sede di mediazione, qualora essi siano convinti della loro utilità, rinviando volontariamente a un momento successivo il ricorso in giustizia, che ben potrebbe divenire inutile una volta raggiunta un'intesa.

In quinto luogo, il diritto comunitario osta altresì all'esistenza di condizioni di procedibilità ricollegabili a forme di mediazione esperibili solo in via telematica, poiché ciò sarebbe lesivo di chi è privo di un accesso a *internet* o risulta incapace a utilizzare tale strumento. La Corte non ha dunque negato la legittimità di una mediazione interamente telematica, a condizione che quest'ultima sia affiancata da modalità di accesso tradizionale al servizio.

In sesto luogo, ma solo se la controversia concerne un rapporto di consumo (com'era la fattispecie esaminata dalla Corte), il costo della mediazione deve non gravare sul consumatore o risultare alquanto contenuto.

⁽³³⁾ Art. 8 della Direttiva.

⁽³⁴⁾ Art. 5, comma 6, del Decreto Legislativo.

⁽³⁵⁾ Art. 3 e *considerando* n. 11 della Direttiva.

⁽³⁶⁾ Artt. 11 e 13 del Decreto Legislativo.

⁽³⁷⁾ Art. 13 del Decreto Legislativo.

⁽³⁸⁾ Art. 6 del Decreto Legislativo.

Tale principio si rinviene anche nelle Raccomandazioni della Commissione sui principi applicabili agli organismi di conciliazione che trattano le controversie individuali di consumo, ma non si riscontra nella Direttiva.

Pertanto la Corte di Giustizia ha concluso:

“Orbene, come rilevato in udienza dal governo italiano, si deve anzitutto constatare che le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale.

Risulta poi che l'imposizione di una procedura di risoluzione extragiudiziale come quella prevista dalla normativa nazionale di cui trattasi . . . non è sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti. Infatti, da un lato, come ha constatato l'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni ⁽³⁹⁾, non esiste un'alternativa meno vincolante 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 la realizzazione di detti obiettivi. Dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale” ⁽⁴⁰⁾.

Nell'ordinamento italiano, invece, alcune indicazioni giungono dalla giurisprudenza resa dalla nostra Corte Costituzionale con riferimento innanzitutto alla condizione di procedibilità – tutt'oggi vigente ⁽⁴¹⁾ – prevista per le liti in materia di subfornitura ⁽⁴²⁾, rappresentata dalla necessità di esperire un tentativo obbligatorio di conciliazione, da svolgersi presso la Camera di Commercio nel cui territorio ha sede il subfornitore.

Non è affatto previsto l'obbligo della difesa tecnica in sede di tale mediazione: in passato, nessuno ha mai reagito con veemenza. Lo stesso dicasi per i costi di tale servizio ⁽⁴³⁾, che corrispondono grosso modo a quelli at-

⁽³⁹⁾ Nelle proprie conclusioni (punto 45), l'avvocato generale Kokott ha altresì osservato: “una conciliazione delle parti conclusa in via extragiudiziale è spesso più idonea a conseguire una duratura stabilità del diritto rispetto a una decisione giudiziaria controversa”.

⁽⁴⁰⁾ Corte CE, 13 marzo 2010, *Alassini*, cit., punti 64 e 65.

⁽⁴¹⁾ Decreto Legislativo, art. 23, comma 2.

⁽⁴²⁾ Art. 10 della legge 18 giugno 1998, n. 192, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

⁽⁴³⁾ Nelle odierne discussioni, dando per scontato che la mediazione sia inutile, essa viene da taluni negativamente vista come un mero fattore di incremento del costo della giustizia. Guardando a quest'ultimo, per essere oggettivi bisogna forse considerare che a comporlo concorrono anche i minimi inderogabili delle tariffe professionali forensi. Essi sono stati di recente considerati legittimi dalla Corte di Cassazione (sentenza 27 settembre 2010, n. 20269, che applica nel concreto i principi in presenza fissati dalla Corte di Giustizia nella pronuncia

tuali imposti agli Organismi pubblici di mediazione (44). A ciò si aggiunge nel Decreto Legislativo il riconoscimento di un credito di imposta a favore di chi oggi ricorre alla mediazione (45).

In seguito all'intervento della Corte Costituzionale, detta condizione di procedibilità non vale però per il ricorso monitorio azionato dal subfornitore, onde ottenere il via ingiuntiva il pagamento dei propri crediti (46) e per l'azione esercitata dall'attore in opposizione all'ingiunzione stessa (47). Tale insegnamento è stato in sostanza recepito nel Decreto Legislativo sulla mediazione, con riferimento alle materie per le quali la mediazione è divenuta una condizione di procedibilità (48). In effetti, quest'ultima non scatta per i procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, ma solo sino al momento della pronuncia sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto (49).

Nella giurisprudenza di merito sono invece emersi orientamenti contrastanti circa l'applicabilità della condizione di procedibilità in questione nell'ambito dei procedimenti cautelari. Tuttavia, se si considera la tutela monitoria anche come una forma accelerata di ricorso giurisdizionale, dovrebbe a maggior ragione non applicarsi la condizione di procedibilità. Ad ogni modo, si rende adesso quanto mai necessario armonizzare la disciplina processuale per la subfornitura con quella portata dal Decreto Legislativo, ove è stabilito che *“lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari”* (50), coerentemente anche con quanto suggerito dal Modello di legge UNCITRAL (51) sulla leg-

del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04), con una motivazione il cui fulcro sembra essere il seguente: *“pur non essendo una garanzia della qualità dei servizi non si può certo escludere – e anzi si deve affermare – che nel contesto italiano, caratterizzato da una elevata presenza di avvocati, le tariffe che fissano onorari minimi consentano di evitare una concorrenza che si traduce nell’offerta di prestazioni «al ribasso», tali da poter determinare un peggioramento della qualità del servizio”*.

(44) Art. 16 e relativa tabella allegata del Decreto Attuativo.

(45) Art. 17 del Decreto Legislativo.

(46) Corte cost., 1° giugno 2004, n. 163, i cui principi sono poi stati applicati dal Tribunale di Genova, 17 aprile 2007, e dal Tribunale di Torino, sez. dist. Moncalieri, 24 ottobre 2006.

(47) Tribunale di Biella, 17 gennaio 2006.

(48) Decreto Legislativo, art. 5, comma 1.

(49) Decreto Legislativo, art. 5, comma 4, lettera a).

(50) Decreto Legislativo, art. 5, comma 3.

(51) Art. 13 del *Modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali* (Risoluzione A/RES/57/18, adottata il 19 novembre 2002, su cui il mio commento pubblicato in *questa rivista*, 2003, p. 1341).

ge applicabile alla mediazione delle controversie commerciali internazionali.

A ben vedere, siffatta situazione è pressoché speculare a quella che per vari lustri ha avuto vigore nel processo del lavoro (art. 412 *bis* c.p.c., ora abrogato dal recente “collegato lavoro”) ⁽⁵²⁾: anche lì la condizione di procedibilità ha sempre superato indenne – sotto i profili ora in rilievo – il vaglio del giudice delle leggi. Anzi, a differenza della subfornitura, nel diritto processuale del lavoro il tentativo di conciliazione in sede extragiudiziale si concludeva con una proposta aggiudicativa, e cioè fondata su un meccanismo pressoché identico a quello attualmente previsto dal Decreto Legislativo sulla mediazione.

La Corte Costituzionale ha innanzitutto evidenziato che la tutela monitoria ragionevolmente sfuggiva – così come era espressamente disposto dall’art. 412 *bis* c.p.c. – alla condizione di procedibilità, non tanto perché essa rappresentava un mezzo accelerato di tutela giurisdizionale, ma in quanto:

“... il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio. La logica che impone alle parti di “incontrarsi” in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi fin dall’inizio in contraddittorio fra le parti.

All’istituto sono quindi per definizione estranei i casi in cui invece il processo si debba svolgere in una prima fase necessariamente senza contraddittorio, come accade per il procedimento per decreto ingiuntivo. Non avrebbe infatti senso imporre, nella fase pregiudizionale relativa al tentativo di conciliazione, un contatto fra le parti che invece non è richiesto nella fase giurisdizionale ai fini della pronuncia del provvedimento monitorio” ⁽⁵³⁾.

Con riferimento alla tutela cautelare, pure esplicitamente non sottoposta dall’art. 412 *bis* c.p.c. alla citata condizione di procedibilità, la Corte ha osservato:

«... rileva anzitutto la “sedes materiae” prescelta per introdurre il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione, ossia la disciplina del processo di cognizione “ordinario” delle controversie di lavoro, che fin dall’inizio assicura il contraddittorio.

In secondo luogo le due categorie di procedimenti cui si riferisce l’ultimo comma dell’art. 412-*bis* cod. proc. civ. sono entrambe strutturate in modo da non precludere necessariamente il contraddittorio nella fase iniziale. Per i procedimenti cautelari – per i quali comunque l’esclusione dalla soggezione al tentativo di conciliazione si correla alla

⁽⁵²⁾ Legge 4 novembre 2010, n. 183.

⁽⁵³⁾ Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2000, n. 276, i cui principi sono stati ribaditi nell’ordinanza del 6 febbraio 2001, n. 29.

stessa strumentalità della giurisdizione cautelare – l’art. 669-*sexies* del codice di procedura civile prevede come regola il provvedimento in contraddittorio e solo come eccezione quello reso *inaudita altera parte*. Quanto ai “provvedimenti speciali d’urgenza” – che, secondo l’interpretazione corrente, si identificherebbero nei procedimenti di cui agli artt. 28 e 18, comma 7, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità del lavoratore, della libertà sindacale e dell’attività sindacale e norme sul collocamento), ed all’art. 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro) – il contraddittorio è assicurato fin dall’inizio e trae giustificazione dal carattere di urgenza della tutela da essi apprestata»⁽⁵⁴⁾.

Ciò posto, la Corte Costituzionale – evidenziato altresì che il tentativo di conciliazione aveva natura di trattativa extragiudiziale⁽⁵⁵⁾ – ha sempre concluso che la (ora abrogata) condizione di procedibilità, prevista nel rito del lavoro, non ledeva né il principio di eguaglianza, né quello alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti, né quello all’equo processo:

“Ritenuto che ... il giudice rimettente – ricordato che, secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 276 del 2000), il tentativo obbligatorio di conciliazione legittimamente incide sul diritto di azione, con un «impedimento obiettivamente limitato e non irragionevole», in quanto finalizzato a soddisfare l’interesse generale ad un processo celere e ad una composizione rapida delle controversie per via di composizione preventiva della lite – osserva come la tutela dell’interesse sopra richiamato non possa concretizzarsi in un mero differimento temporale dell’esercizio della giurisdizione, ma debba tradursi nell’effettivo espletamento del tentativo di conciliazione stesso;

che, pertanto, – a giudizio del rimettente – non sarebbe manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 410-*bis*, comma secondo, cod. proc. civ., per violazione dell’art. 111, comma secondo, Cost., laddove lo stesso – in combinato disposto con l’art. 412-*bis* cod. proc. civ. – consente il non effettivo espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione;

...

... questa Corte – dopo aver affermato che costituisce principio ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello enunciato dalla sentenza n. 276 del 2000, secondo cui «il legislatore può imporre condizioni all’esercizio del diritto di azione se queste, oltre a salvaguardare interessi generali, costituiscono, anche dal punto di vista temporale, una limitata remora all’esercizio del diritto stesso» – ha dichiarato la stessa manifestamente inammissibile, con ordinanza n. 436 del 2006;

... in particolare, nella citata ordinanza, la Corte ha osservato che «la pretesa del rimettente, secondo la quale “gli interessi generali” dovrebbero comunque prevalere impedendo l’esercizio del diritto di azione fino a quando il tentativo di conciliazione non sia stato effettivamente espletato, non solo è contraddittoria rispetto al parametro costi-

⁽⁵⁴⁾ Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2000, n. 276, *cit.*

⁽⁵⁵⁾ Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2000, n. 276, *cit.*, punto 6.1, secondo paragrafo.

tuzionale evocato, ma si risolve nel contrapporre una propria soggettiva valutazione al bilanciamento degli interessi, operato dalla legge, che questa Corte ha più volte ritenuto non solo consentito, ma imposto dai valori costituzionali implicati»

... tale orientamento – per l'identità dei presupposti e della ratio – deve essere, nella specie, confermato, con conseguente dichiarazione di manifesta inammissibilità della proposta questione di legittimità costituzionale” (56).

In buona sostanza, si direbbe che la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia condividono lo stesso orientamento (57).

Per quanto concerne, invece, un paventato vizio del Decreto Legislativo per eccesso di delega, ci si limita a ricordare che, nel momento in cui tale provvedimento è stato adottato, il Governo disponeva ben di due distinte deleghe: quella conferita mediante la legge su sviluppo economico, competitività e riforma del processo civile (58), da un canto, e quella contenuta nella legge comunitaria per l'anno 2008 (59) relativa all'attuazione della Direttiva, dall'altro.

Con riferimento alla prima di dette deleghe, uno dei criteri fissati al Governo era proprio quello di prevedere la presenza di una proposta aggiudicativa al termine della mediazione, in caso di suo insuccesso (60). Cosa rientrante nella piena discrezionalità del legislatore delegante, quanto meno per le controversie di natura interna al nostro paese.

Inoltre, il Governo era tenuto a far sì che la disciplina sulla mediazione non precludesse il ricorso alla giustizia (61). Alla luce dei citati concordanti insegnamenti, resi dalla Corte di Giustizia e da quella Costituzionale, anche questo requisito sembrerebbe rispettato dal Decreto Legislativo.

Ancora, il Parlamento aveva espressamente previsto (62) che la nuova disciplina sulla mediazione delle controversie in materia civile e commerciale potesse rappresentare un'estensione di quella (vigente all'epoca della delega) sulla conciliazione delle liti societarie (63). Se si confrontano le due fonti, fatti salvi alcuni adattamenti necessari per tenere anche conto degli al-

(56) Corte cost., ord., 26 ottobre 2007, n. 355.

(57) Ciò dovrebbe emergere con immediatezza, se si confrontano la sentenza della Corte Costituzionale del 13 luglio 2000, n. 276, cit., con quella della Corte CE del 18 marzo 2010, *Alassini*, cit.

(58) Art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

(59) Allegato B alla legge 7 luglio 2009, n. 88.

(60) Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60, comma 3, lett. p).

(61) Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60, comma 3, lett. a).

(62) Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60, comma 3, lett. c).

(63) Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, articoli da 38 a 40, ora abrogati.

tri criteri imposti dalla legge-delega, si noterà che tale trasferimento è puntualmente avvenuto, innalzando addirittura al rango di fonte legislativa nella “nuova” mediazione molti principi in precedenza contenuti nelle norme di attuazione della “vecchia” conciliazione ⁽⁶⁴⁾.

Con riferimento a questi ultimi, le previgenti fonti regolamentari stabilivano che gli Organismi di conciliazione societaria – al fine di rispondere ai requisiti di “*serietà e professionalità*” sanciti a livello legislativo ⁽⁶⁵⁾ – dovessero non solo assicurare “*professionalità ed efficienza*”, ma anche fornire “*garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio*” ⁽⁶⁶⁾. Adesso siffatti requisiti sono stati fatti propri dal Parlamento delegante, secondo cui la mediazione va svolta da “*Organismi professionali e indipendenti*” ⁽⁶⁷⁾. È assurdo pensare che un Organismo possa operare in modo “*professionale*” senza essere indipendente. Il secondo requisito rappresenta dunque una componente del primo.

Quanto sopra spiega perché il Decreto Legislativo consentiva – anche dal punto di vista organizzativo – che alla nuova disciplina sulla mediazione continuassero ad applicarsi in via transitoria (cosa ormai superata) le disposizioni attuative per la conciliazione societaria ⁽⁶⁸⁾.

A chiudere il discorso, dovrebbe allora forse valere la circostanza che le nuove disposizioni di attuazione ⁽⁶⁹⁾ (entrate in vigore dopo avere ricevuto il consueto parere del Consiglio di Stato) ⁽⁷⁰⁾ non solo ribadiscono che gli Organismi di mediazione devono offrire “*garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione*” ⁽⁷¹⁾, ma risultano addirittura più rigorose di quelle precedenti ⁽⁷²⁾.

Ad ogni modo, a definire la *querelle* sarà presto la stessa Corte Costituzionale, di recente chiamata a pronunciarsi dal TAR Lazio ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁴⁾ Decreti del Ministero della Giustizia del 23 luglio 2004, n. 222 e n. 223, ora abrogati.

⁽⁶⁵⁾ Art. 38, comma 1, del decreto Legislativo del 17 gennaio 2003, n. 5, ora abrogato.

⁽⁶⁶⁾ Art. 4, comma 3, del decreto del Ministero della Giustizia del 23 luglio 2004, n. 222, cit.

⁽⁶⁷⁾ Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60, comma 3, lett. b).

⁽⁶⁸⁾ Art. 16, comma 2, del Decreto Legislativo.

⁽⁶⁹⁾ Decreto Attuativo.

⁽⁷⁰⁾ Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, R.G. 3640/2010, parere interinale del 26 agosto 2010 e parere definitivo favorevole del 20 settembre 2010.

⁽⁷¹⁾ Art. 4, comma 2, lett. e) del Decreto Attuativo.

⁽⁷²⁾ Ad esempio l’art. 4, comma 2, lett. a) del Decreto Attuativo, ove si richiede agli Organismi di mediazione “*la capacità finanziaria e organizzativa del richiedente, nonché la compatibilità dell’attività di mediazione con l’oggetto sociale o lo scopo associativo*”.

⁽⁷³⁾ Ordinanza TAR Lazio del 12 aprile 2011 in causa R.G. 10-37/2010, in *La Mediazione*, 2011, p. 79, con commento di Lannutti.

Forse, se si volesse muovere una critica al Ministero, si potrebbe rilevare che in altri Stati europei il percorso formativo per i mediatori è alquanto più lungo delle cinquanta ore da noi previste ⁽⁷⁴⁾ come indispensabili, al fine di accumulare il bagaglio culturale iniziale per svolgere tale attività presso un Organismo. Detta specifica formazione si incentra essenzialmente sulle tecniche negoziali ⁽⁷⁵⁾, e dunque su una materia che attualmente in Italia non sembra essere oggetto né di insegnamento nemmeno nei corsi di laurea in giurisprudenza, né degli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense. Alla luce di ciò, allora, i requisiti formativi adesso richiesti per i mediatori paiono più rigorosi di quelli in precedenza imposti ai conciliatori societari. Mentre i primi – a prescindere dalla loro professione e anzianità – devono ora tutti acquisire apposite e verificate capacità negoziali ⁽⁷⁶⁾, indispensabili per condurre adeguatamente le trattative extragiudiziarie in cui essi interverranno, i secondi erano inspiegabilmente esonerati dall'obbligo formativo, qualora questi ultimi fossero stati avvocati o commercialisti iscritti nei rispettivi albi da almeno quindici anni ⁽⁷⁷⁾. Peraltro detta inappropriata esenzione operava – senza suscitare particolare scandalo – in modo indiscriminato, senza cioè tenere conto delle eventuali specializzazioni maturate da tali professionisti, consentendo così di accreditarsi come conciliatore anche a chi di loro mai avesse trattato la materia societaria o fosse del tutto privo di capacità negoziali.

5. – Tra le idee più fuorvianti attualmente in circolazione, una è quella secondo cui in mediazione si rifiuta *tout court* di prendere minimamente in considerazione il diritto. L'altra, parimenti ingannevole, è che spetti sempre al mediatore pronunciarsi al riguardo, cassando ogni tentativo di allontanarsi da ciò che a lui pare la soluzione giuridicamente corretta del caso.

Per tentare di gettare qualche luce su come il mediatore debba affrontare le questioni giuridiche, iniziamo con il ricordare che per la Direttiva ⁽⁷⁸⁾ non è “*mediazione*” né l'arbitrato, né l'*adjudication*. A sua volta, il Decreto Legislativo definisce il mediatore come un soggetto che rimane “*privo, in*

⁽⁷⁴⁾ Art. 4, comma 3, del Decreto Attuativo.

⁽⁷⁵⁾ A livello accademico, le tecniche negoziali sono ormai oggetto di approfonditi studi. Uno dei centri più rinomati è l'università di Harvard, che a loro dedicato un apposito e rinomato progetto di ricerca (*P.O.N. Program on Negotiation*).

⁽⁷⁶⁾ Art. 4, comma 3, lett. *b*), e art. 168, comma 2, lett. *f*), del Decreto Attuativo.

⁽⁷⁷⁾ Art. 4, comma 4, lett. *a*), del decreto del Ministero della Giustizia del 23 luglio 2004, n. 222, cit.

⁽⁷⁸⁾ *Considerando* n. 11 alla Direttiva.

ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo"⁽⁷⁹⁾.

Ciò posto, l'approccio del mediatore alle questioni giuridiche è strettamente funzionale alla tecnica di mediazione da lui adottata.

Se il mediatore effettua una *expert evaluation* su un caso ove sono controversi i profili giuridici, è pacifico che egli procede a valutarli: difatti, è proprio questo che gli viene espressamente richiesto, siccome la mediazione è destinata a produrre un parere *pro veritate* – che, si è detto, possiamo anche definire proposta – sulla materia controversa, utile alle parti per capire se e come eventualmente accordarsi.

Ben diverso discorso va fatto, qualora il mediatore ricorra alla metodologia di *mediation*, ove egli deve mostrare una diversa sensibilità nei confronti delle questioni giuridiche caratterizzanti la lite: ciò non significa affatto accantonarle. Semplicemente esse vengono "ridimensionate", considerandole non come un altare sul quale i litiganti devono immolarsi a loro discapito (e, se lo fanno, a chi giova in definitiva?), ma come uno dei tanti elementi condizionanti le posizioni delle parti in conflitto. In altre parole, alle questioni giuridiche controverse è attribuito il medesimo valore che assume solitamente il quadro giuridico di riferimento nel contesto di una trattativa tra due soggetti desiderosi di concludere tra loro un affare. È pacifico che la disciplina positiva va debitamente conosciuta, onde agire nel modo più opportuno e legittimo, ma ciò non deve tradursi in un ostacolo insormontabile per l'instauranda relazione contrattuale.

Nell'ambito di una trattativa commerciale, infatti, è pacifico compito dei consulenti (avvocati, commercialisti, altri professionisti) rendere edotti i loro clienti in merito al quadro normativo di riferimento, suggerendo conseguentemente loro le soluzioni ottimali per concludere l'affare stesso nonché avvertendoli sui possibili rischi presenti, ma senza boicottare la trattativa stessa. Ovviamente la decisione finale spetta ai clienti, destinatari dell'attività di consulenza e signori del loro patrimonio. Una volta acquisita la debita consapevolezza, solo a questi ultimi spetta valutare la bontà economica di un affare e, conseguentemente, se concluderlo o meno nonché definirne le eventuali condizioni.

Lo stesso vale per l'attività dei professionisti che assistono le parti in mediazione: è loro precipua competenza discutere – se utile e tenendo sempre in considerazione lo specifico contesto in cui si opera, rappresentato da una trattativa in sede extragiudiziaria – i profili giuridici del caso, ma unicamen-

⁽⁷⁹⁾ Art. 1, comma 1. lett. b), del Decreto Legislativo.

te al fine di consentire ai loro assistiti la miglior comprensione circa la propria situazione, si da permettere a questi ultimi di stabilire se sia più opportuno risolvere la lite mediante una decisione giudiziale ovvero un accordo. Qualora la prima ipotesi appaia a ragion veduta un'alternativa poco allettante rispetto alla seconda, si spalca la strada all'uscita dal contenzioso mediante una conciliazione che soddisfi il più possibile i reali interessi dei litiganti. Peraltro, questo è il momento in cui viene meno ogni differenza tra mediazione obbligatoria e facoltativa.

Compito del mediatore è dunque quello di guidare le parti e i loro rispettivi consulenti nell'esplorazione anche delle questioni giuridiche pendenti, astenendosi però dall'esprimere qualsiasi giudizio di sorta in proposito. Farlo comporterebbe per il mediatore non solo travisare completamente il proprio ruolo, ma anche perdere irrimediabilmente la propria imparzialità agli occhi delle parti.

Chiarito quanto sopra, ci si domanda spesso con smarrimento come in concreto il mediatore debba allora comportarsi, per assolvere adeguatamente siffatto compito. In altre parole, come il mediatore debba condurre la "fase esplorativa", quando si affrontano le questioni giuridiche.

La risposta nasconde una sconcertante semplicità, poiché si scopre che in proposito la tecnica di *mediation* condivide esperienze maturate anche in altri settori del mondo giuridico, seppure lontani a distanza siderale, quali l'arbitrato delle controversie commerciali internazionali.

Con riferimento all'attività che – senza pregiudicare la propria neutralità o addirittura incorrere nel rischio di venire ricusato⁽⁸⁰⁾ – il presidente di un tale collegio arbitrale può svolgere, per aiutare le parti a definire la lite pendente mediante un accordo che evita il lodo, Draetta (ben fermo nel rivendicare "*l'orgoglio di arbitrare*"⁽⁸¹⁾ e nel rimarcare la profonda distinzione tra arbitro e mediatore)⁽⁸²⁾ suggerisce di promuovere l'efficiente gestione della procedura:

"Ciò richiede che il presidente possieda in misura elevata tali capacità di gestione, rispettando così le aspettative delle parti e, anzi, cercando continuamente di indurle ad un certo realismo circa la valutazione della fondatezza delle rispettive pretese . . .

Ciò comporta l'identificazione, già dalla fasi preliminari del procedimento, delle questioni da decidere preliminarmente o, comunque, delle questioni più importanti da risolvere . . .⁽⁸³⁾

⁽⁸⁰⁾ DRAETTA, *Il "rovescio" dell'arbitrato*, Milano, p. 98.

⁽⁸¹⁾ DRAETTA, *op. cit.*, p. 157.

⁽⁸²⁾ DRAETTA, *op. cit.*, pp. 98 e 103.

⁽⁸³⁾ DRAETTA, *op. cit.*, p. 89.

Attraverso tale efficiente gestione, il tribunale arbitrale crea, infatti, un clima collaborativo e improntato a razionalità tra le parti e le induce a rivedere con maggiore realismo le proprie aspettative. Ciò può avvenire, per esempio, attraverso domande opportunamente calibrate che il presidente può porre alle parti, ... la richiesta che il *senior management* delle parti sia presente a determinate udienze. Tutti questi passi possono indurre le parti a guardare con maggiore rispetto, o almeno con maggiore attenzione, alle posizioni della controparte e non semplicemente ad ignorarle.

...

Senza assolutamente offrire alle parti alcun elemento che possa anticipare la decisione, il presidente può, ad esempio, prospettare alle parti stesse le conseguenze che potrebbero derivare dalla decisione, in un senso o nell'altro, di alcune questioni preliminari, in modo da assicurarsi che esse comprendano e valutino il rischio che corrono a seconda della decisione in questione. Può anche spingersi, se ne ricorrono gli estremi, fino a dire che l'intera controversia è molto complessa, che non si presta ad una decisione salomonica e che le parti dovranno valutare attentamente il rischio di uscirne totalmente vincenti o totalmente perdenti a fronte della convenienza di raggiungere esse stesse una soluzione salomonica nell'interesse delle loro rispettive attività di *business*. Se questo discorso è fatto dinanzi ai capi azienda delle due parti, esso avrà ancora maggiori *chances* di essere preso in seria considerazione dalle stesse ⁽⁸⁴⁾.

Per forza di cose, quanto prospettato da Draetta non è automaticamente traslabile in sede di mediazione, data la sua profonda differenza ontologica rispetto all'arbitrato ⁽⁸⁵⁾, ma fornisce forse interessanti indicazioni su come il mediatore possa affrontare le questioni giuridiche durante la fase esplorativa. In buona sostanza, egli inviterà i consulenti delle parti a discutere il caso, permettendosi di porre loro domande in proposito, non al fine di giudicare, ma allo scopo di favorire la consapevolezza sulle questioni controverse.

Nel fare ciò, da un canto il mediatore dovrà ben tenere conto di essere sfornito di qualsiasi potere decisionale e che nessuno gli sta chiedendo la sua opinione. Peraltro egli nemmeno sarebbe in grado di elaborarla con cognizione di causa, non disponendo di tutte le informazioni solitamente nelle mani di un arbitro, grazie a quanto presente nei fascicoli delle parti. Dall'altro, l'informalità della mediazione gli consentirà di invitare le parti a discutere anche aspetti giuridici non strettamente ricollegabili alla configurazione del conflitto inizialmente data dalle parti, ovviamente a condizione che si tratti di questioni ragionevolmente rilevanti. Dall'altro ancora (e questa è un'arma potente!), il mediatore proporrà alle parti di valutare se le soluzioni, che l'ordinamento giuridico di riferimento consentirebbe eventualmente lo-

⁽⁸⁴⁾ DRAETTA, *op. cit.*, p. 101.

⁽⁸⁵⁾ "Quando un arbitro pretende di agire come mediatore può perfino finire con l'allargare il divario esistente fra le posizioni delle parti": così DRAETTA, *op. cit.*, p. 103.

ro di raggiungere in sede contenziosa, rispondono effettivamente all'interesse reale delle parti, sia sul piano economico che relazionale.

Non resta che affrontare un ultimo dubbio: come deve comportarsi il mediatore, se ravvisa la presenza di squilibri tra le parti?

Nella tecnica di *mediation*, egli è sì tenuto a porsi il problema, siccome la sua deontologia gli impone di salvaguardare sempre il principio di autodeterminazione delle parti ⁽⁸⁶⁾, ma la conseguente reazione non deve pregiudicare la sua imparzialità. In effetti, così sancisce il Codice Europeo per i Mediatori:

“Il mediatore deve condurre il procedimento in modo appropriato, tenendo conto delle circostanze del caso, inclusi possibili squilibri nei rapporti di forza . . .

...

Il mediatore deve informare le parti, e può porre fine alla mediazione, nel caso in cui: sia raggiunto un accordo che al mediatore appaia non azionabile o illegale, avuto riguardo alle circostanze del caso e alla competenza del mediatore per raggiungere tale valutazione;

...

Il mediatore deve adottare tutte le misure appropriate affinché l'eventuale accordo raggiunto tra le parti si fondi su un consenso informato e tutte le parti ne comprendano i termini”.

Di conseguenza, qualora gli “*squilibri di forza*” tra le parti, relativi alla consapevolezza sulle questioni giuridiche, appaiono minare il principio di libera autodeterminazione delle parti, il mediatore dovrà inizialmente suggerire al soggetto debole di avvalersi della necessaria assistenza di un professionista, rinviando il proseguo della mediazione a nuova seduta. Qualora la situazione sussista e paia insostenibile, il mediatore dovrà infine porre definitivamente termine alla sua attività.

Diversa invece la condotta richiesta al mediatore cui è sottoposta una controversia individuale di consumo, perché qui si applicano i principi sanciti dalle due menzionate Raccomandazioni comunitarie in materia, espressamente richiamate dal nostro codice del consumo ⁽⁸⁷⁾.

In quella del 1998, pensata con riferimento agli organismi aventi poteri decisori o propositivi per la soluzione extragiudiziale delle controversie in

⁽⁸⁶⁾ *Codice europeo di condotta per i mediatori*, cit., art. 3. Nello stesso senso l'americano *Model standards of conduct for mediators*, versione 2005, regola I. Per un approfondimento, mi permetto di rinviare a APPIANO, *La deontologia per il mediatore*, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, cit., p. 345.

⁽⁸⁷⁾ Art. 141 del codice del consumo, richiamato dall'art. 16, comma 2, del Decreto Legislativo.

materia di consumo, l'idea di libertà è ricollegata all'adesione consapevole del consumatore al procedimento solutorio, ritenuta valida solo se effettuata dopo l'insorgere della controversia. A sua volta, l'idea di legalità impone all'organismo di valutare il caso, addivenendo a soluzioni che non privino il consumatore dei propri diritti.

Il principio di equità, portato dalla Raccomandazione del 2001, vuole invece che gli organismi informino il consumatore circa l'opportunità della soluzione liberamente ipotizzata dalle parti, e cioè se quest'ultima appare penalizzante rispetto al risultato che egli potrebbe invece conseguire in sede giudiziaria. Tale modo di procedere, giustificato dal modesto valore economico della controversia, impone un'evidente interferenza del mediatore sulle parti: chi opera per l'organismo deve comunicare loro il risultato della propria valutazione tecnico-giuridica autonomamente condotta sul merito della controversia, operando così con modalità concettualmente vicine ai meccanismi aggiudicativi.

Peraltro è la stessa Commissione europea ad evidenziare che, proprio a causa del valore limitato di tale contenzioso, risulta talora difficilmente giustificabile sul piano economico anche l'avvalersi dell'assistenza legale⁽⁸⁸⁾, quanto meno per il consumatore.

Qualora invece il mediatore effettui una *expert evaluation*, è connaturale all'incarico affidatogli il valutare adeguatamente il caso, siccome gli è richiesto di rendere un parere *pro veritate* sulla vertenza. Nulla esclude che le parti, una volta acquisito quest'ultimo – vuoi in via riservata, vuoi perché trasfuso nella proposta aggiudicativa con modalità adeguate a salvaguardare il riserbo della mediazione – possano valutare in separata sede l'opportunità di prenderlo in considerazione, prendendosi il tempo necessario per farlo e ricorrendo all'ausilio di propri consulenti, qualora questi ultimi fossero stati assenti durante la mediazione.

6. – Alla luce di quanto in precedenza illustrato, la mediazione costituisce dunque un meccanismo conoscitivo offerto ai litiganti, finalizzato a consentire loro di determinare in modo veramente consapevole se e come definire un conflitto mediante un accordo.

Nella tecnica di *mediation*, inoltre, l'insorgere della consapevolezza viene agevolato – se non addirittura reso possibile – ripristinando la comunicazione tra i litiganti, missione che il mediatore realizza facendo scendere i toni del

⁽⁸⁸⁾ Considerando n. 13 alla Raccomandazione del 2001; considerando nn. 3 e 18 a quella del 1998.

conflitto, e cioè consentendo alle parti di riconoscerne le reali ragioni e porre termine all'*escalation* di ostilità che solitamente precede l'azione in giudizio.

In altre parole, la mediazione aiuta le parti a superare i blocchi psicologici e conoscitivi, che sovente impediscono loro di definire in via volontaria il conflitto.

A siffatte affermazioni solitamente si eccepisce che tale azione potrebbe al massimo servire per le "beghe di pianerottolo o famigliari", ma sarebbe pienamente inutile, se non ridicola, per il mondo delle controversie d'affari, ove le parti agirebbero sempre in modo razionale e con piena consapevolezza, anche grazie all'ausilio dei propri consulenti sicuramente presenti.

A minare forse simile convincimento soccorre nuovamente l'esperienza maturata da Draetta nel mondo degli arbitrati commerciali internazionali, che – per il valore delle controversie, la preparazione culturale delle parti e la folta presenza di consulenti – rappresenta quanto di più antitetico è immaginabile rispetto alle menzionate "beghe":

"È lecito domandarsi ... cosa porti le parti ad una disputa arbitrale contraria al *good business judgement* di cui ogni operatore economico dovrebbe essere fornito e destinata, fra l'altro a deteriorare inevitabilmente le relazioni commerciali tra le parti.

Il fatto è che non sempre le parti agiscono razionalmente nell'iniziare un arbitrato e l'indagine sulle motivazioni irrazionali che possono portare le parti ad un tale passo richiederebbe a volte l'ausilio di uno psicologo.

Spesso si scopre che tra i capi-azienda delle rispettive parti esiste una profonda animosità, determinata dalla sensazione di avere subito presunti torti di cui ci si vuole vendicare, oppure vi è semplicemente una insuperabile antipatia personale. È la sindrome del "gliela farò pagare" che prevale sul buon senso, offusca la ragionevolezza della decisione di ricorrere all'arbitrato ed, in particolare, impedisce una obiettiva valutazione della fondatezza delle proprie ragioni.

In altri casi, i capi-azienda sono semplicemente mal consigliati dai propri collaboratori, inclusi i propri legali esterni e interni, i quali, attraverso il ricorso all'arbitrato, possono essere tentati di giustificare i propri errori o ritardare il momento in cui tali errori possono venire in evidenza con effetti pregiudizievoli per le loro carriere. Si innesta così una perversa spirale di mal riposte aspettative di successo, che si rinforzano a vicenda, ma che spesso sono destinate a scontrarsi con la spiacevole realtà di un lodo sfavorevole⁽⁸⁹⁾.

...

La domanda di arbitrato è una dichiarazione di guerra, alla quale i difensori dell'attore non assumono certo toni conciliativi, ma tendono ad amplificare al massimo le proprie pretese, anche a costo di inserirvene di irragionevoli. Nella risposta la controparte inevitabilmente cadrà negli eccessi opposti. Il divario tra le posizioni delle parti tenderà ad allargarsi e quel poco di clima amichevole che poteva ancora sussistere nel corso del-

⁽⁸⁹⁾ DRAETTA, *op. cit.*, p. 11.

le precedenti trattative tra tecnici od altri operativi svanirà come nebbia al sole, spazzato via da difensori che fanno il loro mestiere di *litigators* ⁽⁹⁰⁾.

... i capi azienda raramente partecipano alle udienze arbitrali, Se lo facessero, avrebbero probabilmente l'occasione di parlarsi tra loro e, al di là degli aspetti legali della controversia, di esaminare concretamente i vantaggi, sulla base di pure considerazioni di *business*, di una soluzione transattiva. Solo loro avrebbero l'autorità per farlo. Inoltre, partecipando all'udienza, avrebbero anche l'opportunità di valutare in concreto il comportamento dei legali che li rappresentano, specie con riguardo alla capacità di tali legali di cogliere occasioni per soluzioni transattive ⁽⁹¹⁾.

...

... vi sono momenti nella procedura arbitrale in cui lo sviluppo delle rispettive argomentazioni rende possibile alle parti di comprendere con maggiore obiettività le eventuali debolezze delle proprie e il livello di fondatezza di quelle avversarie. Questi momenti dovrebbero essere colti dai difensori delle parti per un utile tentativo di conciliazione.

In verità, la mia personale esperienza è che raramente i difensori delle parti colgono queste occasioni o le prospettano alle parti che li hanno rispettivamente nominati.

Le ragioni possono essere molteplici. ... vi è innanzitutto un elemento di carattere psicologico, dovuto al fatto che i difensori delle parti sono addestrati al contenzioso (sono dei *litigators*) e meno addestrati a negoziare accordi, ... La *forma mentis* del difensore di parte, in altri termini, lo porta a combattere fino alla fine con l'obiettivo di vincere. ... Una componente essenziale di tale *forma mentis* è quella di considerare ogni approccio conciliativo verso la controparte come una manifestazione di debolezza, *rectius* di temere che la controparte possa considerarlo tale. ... Questo atteggiamento di chiusura, però, a volte rasenta l'irragionevolezza. È difficile discernere, in tali casi, se si è in presenza di una semplice preclusione patologica verso l'interruzione della procedura arbitrale (criticabile quanto si voglia, ma lecita) ovvero di un comportamento non conforme all'etica professionale ⁽⁹²⁾".

È doveroso puntualizzare che l'autore citato è ben conscio della necessità di evitare ingiuste generalizzazioni. Cosa assolutamente indiscutibile.

Si spiega così la ragione per cui le controversie commerciali internazionali sono state una culla della mediazione, come testimoniato sia dall'attenzione prestata a tale fenomeno dall'UNCITRAL ⁽⁹³⁾, sia dalla circostanza che le organizzazioni arbitrali più famose prestano anche tale servizio, disciplinato da appositi regolamenti (uno per tutti, le citate *ADR rules* della ICC).

⁽⁹⁰⁾ Grassetto e sottolineatura da me aggiunti.

⁽⁹¹⁾ DRAETTA, *op. cit.*, p. 17.

⁽⁹²⁾ DRAETTA, *op. cit.*, pp. 41 e 42.

⁽⁹³⁾ Nel 1980 l'UNCITRAL ha elaborato le *Regole di conciliazione* (adottate il 4 dicembre 1980 dall'Assemblea Generale con Risoluzione 35/52), pensate come un sistema procedurale cui le parti possano volontariamente richiamarsi, quando intendono disciplinare l'attività di un terzo che interviene per aiutarle a raggiungere una transazione. Circa venti anni dopo è seguito il *Modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, cit.

Inoltre si comprende inequivocabilmente l'assoluta opportunità che agli incontri di mediazione partecipino le parti personalmente, evitando di farsi assistere da procuratori all'uopo nominati. Difatti, per essere realmente efficace, l'attività del mediatore deve poter raggiungere direttamente i litiganti stessi, perché altrimenti questi ultimi non riuscirebbero a beneficiare di quanto emerge grazie al procedimento cognitivo guidato dal mediatore, né della relativa catarsi quando utile. La stessa "fase esplorativa" nemmeno avrebbe modo di svilupparsi in modo adeguato, poiché non si riuscirebbe ad attingere a tutte le informazioni di cui solo le parti sono detentrici, quali l'identificazione dei rispettivi interessi.

Chiarito ciò sul piano pratico, dal punto di vista giuridico né la Direttiva, né il Decreto Legislativo impongono che alla mediazione partecipino le parti personalmente. Il farlo è dunque lasciato alla loro libera scelta, decisione che dovrebbe forse ispirarsi a criteri di ragionevolezza e opportunità nonché avvenire in piena consapevolezza.

Ecco perché il Decreto Legislativo obbliga i difensori a fornire adeguate informazioni ai loro clienti sull'esistenza e sulla natura della mediazione⁽⁹⁴⁾. Siccome quest'ultima rappresenta una modalità di condurre le trattative in sede extragiudiziale, detto adempimento dovrebbe compiersi all'atto di ricevere l'incarico professionale e non solo prima di autenticare la sottoscrizione della procura alla lite.

Alla luce di quanto sopra nonché di quanto si dirà immediatamente in appresso, si evince forse il reale significato della condizione di procedibilità introdotta dal Decreto Legislativo, che trascende le relative implicazioni in sede processuale. Verosimilmente il vero suo valore è semplicemente il portare le parti a contatto con la mediazione, sì da permettere loro di sperimentarla e trarne poi le debite conclusioni con cognizione di causa. In definitiva, quindi, il voler superare ad ogni costo la mediazione, senza mai tentare di trarne eventualmente vantaggio, ma considerandola sempre come un fastidioso incumbente burocratico, va semplicemente a detrimento solo delle parti e di nessun altro.

7. – Indiscussa l'utilità del comporre amichevolmente una controversia, sussiste però una differenza fondamentale nel farlo mediante una transa-

⁽⁹⁴⁾ Decreto Legislativo, art. 4, comma 3. L'utilità di una capillare e corretta informazione sulla mediazione è oggi riconosciuta da molte associazioni di categoria del mondo imprenditoriale (come emerge da un loro documento congiunto, oggetto di trattazione in nota successiva), che hanno pertanto invitato il Governo a predisporre apposite azioni divulgative, conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva all'art. 9.

zione ovvero mediante un accordo raggiunto in sede di mediazione (la “*conciliazione*”, secondo il Decreto Legislativo) ⁽⁹⁵⁾.

La transazione rappresenta un accordo in perdita per entrambe le parti (una relazione “*lose to lose*”) o, quanto meno per una di esse, se l’altro rinuncia a mere pretese prive di reale fondamento (“*win to lose*”). Idea perfettamente tradotta nella nozione legale di transazione del nostro codice civile ⁽⁹⁶⁾. Quale conseguenza, la transazione è sì utile perché chiude una lite, ma lascia l’amaro in bocca e poco giova a rinsaldare rapporti già pregiudicati per effetto del contenzioso, sfociato o meno in un processo. Tuttavia, la transazione è spesso la strada obbligata, quando il conflitto viene composto limitandosi a dare una diversa sistemazione ai beni o ai rapporti che sono specifico oggetto della lite. Usando un’immagine, si tratta della solita “coperta stretta”, la cui disposizione viene semplicemente modificata: se però essa deve continuare a scaldare tutti, il futuro non appare molto roseo per chi si trova a dividerla.

In mediazione, soprattutto con la tecnica di *mediation*, si cerca invece di aiutare le parti a trovare – se materialmente possibile – un accordo che le soddisfi entrambe ⁽⁹⁷⁾ (“*win to win*”), puntando a costruirlo sulla base dei loro rispettivi interessi. Se si individua un modo per farli collimare, è verosimile che le parti accettino di definire la lite mettendo in gioco – cosa lecita, trattandosi di diritti disponibili – anche beni o rapporti diversi da quelli controversi. L’immagine solitamente usata è quella di “ingrandire la torta”, manovra che consente di liberarsi dagli angusti movimenti imposti per forza di cose da una “coperta stretta”. Per contro, quando le circostanze consentono unicamente di raggiungere un’intesa assimilabile a una transazione, il farlo in mediazione tende comunque a favorirne l’accettazione, mitigando la sensazione di trangugiare uno sciroppo amaro.

In tale ottica si comprende allora perché, anche qualora il contenuto sia pressoché identico, una conciliazione in mediazione può risultare migliore di una transazione, soprattutto qualora le parti siano destinate a restare legate da un rapporto economico o personale (si pensi nuovamente a una successione ereditaria: diviso il patrimonio, permangono i legami famigliari).

Proprio in questi giorni, peraltro, le principali associazioni imprendito-

⁽⁹⁵⁾ Art. 1, comma 1, lettera *b*) del Decreto legislativo.

⁽⁹⁶⁾ Art. 1965 c.c.

⁽⁹⁷⁾ In un campo diverso, l’idea di un “metodo senza perdenti” ha ispirato il lavoro di GORDON, *Genitori efficaci*, Molfetta, 1970 (trad. it. del libro di detto autore *Parent Effectiveness Training*), finalizzato a “portare la disciplina in casa attraverso la gestione efficace dei conflitti” famigliari.

riali italiane – attive nel settore agricolo, artigianale e industriale – hanno riconosciuto pubblicamente l'utilità della mediazione, in quanto “*tutela gli interessi del mercato*”⁽⁹⁸⁾. Forse è un segnale da non trascurare.

Ciò detto in via generale ed astratta, vediamo adesso la ragione per cui la *mediation* pare particolarmente utile per affrontare le controversie ove le parti non possono permettersi di rovinare i rapporti che le legano⁽⁹⁹⁾, com'è ad esempio nei rapporti di subfornitura nonché nel caso di operazioni di *outsourcing*.

Utilizziamoli come banco di prova.

Secondo la vigente normativa italiana⁽¹⁰⁰⁾, la subfornitura è definita come il contratto con cui “*un imprenditore si impegna a effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati*

⁽⁹⁸⁾ “*La riforma della mediazione civile e commerciale rappresenta in Italia una occasione importante per ridurre il contenzioso e tutelare gli interessi del mercato*”: tale dichiarazione, dai toni netti ed inequivocabili, è portata da un documento congiunto sottoscritto dalle seguenti associazioni di categoria: Confederazione italiana dell'agricoltura, Coldiretti, Compagnia delle opere, Confagricoltura, Condapi, Confcooperative, Confindustria, Lega delle cooperative, Rete imprese Italia. Oltre alle predette associazioni (rappresentanti i fruitori del servizio di mediazione), il medesimo documento è stato altresì sottoscritto da: Consiglio nazionale degli architetti, Consiglio nazionale commercialisti ed esperti contabili, Consiglio nazionale dei geometri e dei geometri laureati, Consiglio nazionale degli ingegneri, Unioncamere (rappresentanti invece alcuni tra i potenziali prestatori del servizio stesso). Il testo integrale verrà pubblicato su *La mediazione*, 2011. Mediante detto documento, i firmatari manifestavano la propria contrarietà a uno slittamento nel tempo dell'entrata in vigore – fissata per il 20 marzo 2011 – della condizione di procedibilità introdotta dall'art. 5 del Decreto Legislativo, ventilata invece in Parlamento in occasione della discussione sulla ratifica del decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225 (“milleproproghe 2010”). In effetti, quest'ultimo non prevedeva originariamente alcun differimento al riguardo. L'idea di spostare tale data è dunque emersa in sede di conversione. Durante i lavori della competente commissione, alcuni senatori avevano proposto il rinvio di un anno, cosa auspicata da organizzazioni espressione dell'avvocatura. Facendo proprie le istanze portate dal citato documento congiunto, il Governo è intervenuto nel dibattito parlamentare mediante un proprio emendamento, volto a limitare tale rinvio solo a due materie: le controversie condominiali e quelle sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, nelle quali le imprese sono solitamente poco coinvolte, fatta ovviamente eccezione per quelle assicurative. In tal senso si è quindi orientata la commissione e successivamente l'aula. Si è così pervenuti al testo infine adottato nella legge di conversione.

⁽⁹⁹⁾ Per una più ampia trattazione, si rinvia a AA.VV., *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici – Guida alla conciliazione e al mini trial*, Milano, 2005.

⁽¹⁰⁰⁾ Legge 18 giugno 1998, n. 192, cit.

nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologie, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente" ⁽¹⁰¹⁾. Da tale nozione sono però esclusi *"i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature"* ⁽¹⁰²⁾.

È noto come la dottrina giuridica ⁽¹⁰³⁾ abbia – da subito – sollevato le proprie perplessità sulla portata di detta definizione, in quanto non paiono facilmente individuabili quali sono i rapporti contrattuali effettivamente presi in considerazione, al fine di assoggettarli ad una disciplina speciale, volta a tutelare la parte debole, individuata nel subfornitore. Dal punto di vista economico, infatti, i rapporti di subfornitura costituiscono un insieme più ampio di quello individuato dalla legge, giacché nel primo confluiscono tipologie piuttosto eterogenee, sintetizzabili nel seguente modo. In primo luogo, la fornitura continuativa di prodotti realizzati *ad hoc* per l'acquirente, da lui poi incorporati nel proprio prodotto. In secondo luogo, l'esecuzione di lavorazioni per conto del committente, e cioè su prodotti o componenti destinati a quest'ultimo. In terzo luogo, la fornitura di prodotti finiti, che il compratore poi inserisce per la commercializzazione nella propria gamma. In quarto luogo, la fornitura di attrezzature destinate ad un impianto produttivo. In quinto luogo, infine, la fornitura di servizi per il funzionamento dell'impresa del committente.

Siffatte relazioni vengono solitamente formalizzate ricorrendo agli schemi contrattuali propri del settore industriale ove operano le imprese coinvolte, e dunque contratti di vendita, di somministrazione, di appalto ovvero d'opera. Di conseguenza, la subfornitura industriale rappresenta in realtà il contesto economico al cui interno detti contratti vengono conclusi e nel quale si collocano le relazioni tra le parti, caratterizzate da un rapporto non paritario a sfavore del subfornitore, siccome tendenzialmente quest'ultimo può essere facilmente sostituito da un momento all'altro con un suo concorrente, senza che ciò comporti particolari traumi per l'organizza-

⁽¹⁰¹⁾ Per l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza agli accordi di subfornitura, si vedano i recenti *Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali*, in G.U.C.E., C 130, 19 maggio 2010, p. 1, punto 22.

⁽¹⁰²⁾ Art. 1 della legge 18 giugno 1998, n. 192, cit.

⁽¹⁰³⁾ Per tutti: GRANIERI, *La subfornitura*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Integrazione e collaborazione*, XIV, Torino, 2004, p. 657; COLANGELO, *Subfornitura, dipendenza economica ed obbligo di contrarre*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1000, cui si rinvia anche per la bibliografia in materia.

zione produttiva di chi utilizza nel proprio ciclo produttivo o commerciale le prestazioni del subfornitore.

In talune circostanze, però, la debolezza del subfornitore si traduce in uno stato di vera e propria dipendenza economica, secondo la legge sussistente quando il committente riesce ad imporre nel contratto un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, mentre il subfornitore non è in grado di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. In tali ipotesi, viene vietato al committente di abusare della propria preponderante posizione di forza. Siffatta condotta può consistere anche nel rifiuto di vendere ovvero nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto ⁽¹⁰⁴⁾. A ben vedere, però, così come costruita, la norma tende a sovrapporre la situazione della dipendenza economica a quella del suo abuso, siccome per ravvisarsi la prima è necessario accertare non un mero squilibrio tra la posizione delle parti, ma una condizione eccessivamente sbilanciata: il che porta facilmente ad identificare o confondere quest'ultima con l'abuso stesso.

Tenendo conto del citato quadro giuridico di riferimento, passiamo ad esaminare le peculiarità delle liti in materia di subfornitura, il cui oggetto tende solitamente a vertere sui seguenti punti: ritardi o inadempimenti nei pagamenti dei corrispettivi per le forniture; richieste di sconti non pattuiti; imposizione di nuove specifiche tecniche, comportanti maggiori costi per il subfornitore; interruzioni del rapporto di subfornitura ovvero modificazione delle sue condizioni; responsabilità per i vizi, ove il problema tende a focalizzarsi sul capire in capo a chi effettivamente grava la relativa responsabilità, qualora sia il prodotto finale a manifestare il difetto e non risulti immediato stabilire se ciò dipenda da quanto realizzato dal subfornitore ovvero dal lavoro di assemblaggio eseguito dal committente ovvero dalla progettazione ovvero da altri componenti riconducibili a soggetti terzi.

Tali controversie assumono peculiari connotazioni in considerazione della posizione in cui versa il subfornitore, il quale è solitamente, ma non necessariamente, un piccolo o medio imprenditore svolgente un'attività ritagliata sulle esigenze della committenza, perlopiù in regime di esclusiva. A tal fine, egli ha spesso sostenuto significativi investimenti, che deve ammortizzare confidando nella continuità delle commesse e che risultano difficilmente convertibili per diversi impieghi ovvero per soddisfare ordinativi provenienti da altri clienti.

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 9 della legge 192/1998, cit.

Talora il subfornitore dispone di un significativo *know-how*, maturato nel corso degli anni lavorando per il proprio committente: esperienza che gli consente di collaborare con quest'ultimo, onde migliorare il prodotto finale. In certi casi, il contributo del subfornitore diviene addirittura determinante, in quanto va ad integrare conoscenze perdute o non più sviluppate dal committente. Quando ciò accade, il rapporto tra le parti recupera un certo equilibrio, siccome il committente diviene a sua volta legato al subfornitore, non potendo permettersi di perdere la collaborazione di quest'ultimo, pena l'uscire dal mercato.

Altro possibile fattore di parziale riequilibrio è l'importanza per il committente di ricevere una fornitura continua ed ininterrotta: tale elemento risulta però meno significativo del precedente, siccome il committente può comunque organizzarsi per tempo, onde gestire in modo efficiente il passaggio da un subfornitore all'altro. Per contro, la debolezza del subfornitore si manifesta nella sua pianezza, quando egli sia facilmente sostituibile da un momento all'altro con un proprio concorrente.

Fatta eccezione per quest'ultima situazione, preservare il rapporto tra le parti diviene un'esigenza affatto non trascurabile per i litiganti (i quali ben potrebbero essere più di due soggetti, ad esempio quando la controversia coinvolge il committente ed i vari suoi subfornitori che rispettivamente concorrono a realizzare i componenti assemblati nel prodotto finale)⁽¹⁰⁵⁾. A ciò si aggiunga che, mentre essi si confrontano a causa della lite, può intervenire con effetto dirompente la reazione del cliente servito dal committente stesso, rovinando così gli affari ad entrambi. Viste altresì le incertezze sul quadro giuridico di riferimento, derivanti dall'assenza di un orientamento uniforme nella giurisprudenza (che va a discapito della parte debole)⁽¹⁰⁶⁾, si evince allora l'importanza della mediazione.

Passando alle controversie tra imprese nascenti nel contesto di quelle operazioni di decentramento produttivo di attività specialistiche che, nell'ottica economica, vengono definite *outsourcing*⁽¹⁰⁷⁾ o "esternalizzazione",

⁽¹⁰⁵⁾ Se la lite coinvolge più di due soggetti, possono insorgere rilevanti difficoltà nell'operatività delle clausole arbitrali eventualmente inserite nei contratti di subfornitura: al riguardo, si veda GRANIERI, *La subfornitura*, cit., p. 419.

⁽¹⁰⁶⁾ SPARANO, *La legge sulla subfornitura. Intervento, inapplicato, per le piccole e medie imprese*, in *Diritto e Giustizia*, suppl. al n. 3 del 22 gennaio 2005, p. 12.

⁽¹⁰⁷⁾ Per un approfondimento: FERRANDO e BERTA, *I contratti di outsourcing e di global maintenance service*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, cit., p. 395; ROSBOCH, voce *Outsourcing (diritto privato)*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2003, p. 993.

qui, rispetto ai casi di subfornitura, tende sostanzialmente ad accentuarsi l'autonomia dei soggetti cui viene affidato – senza troppa ingerenza nella loro organizzazione aziendale, giacché questi ultimi risultano spesso disporre di maggiori conoscenze o capacità tecniche in materia – l'espletamento di una parte dei processi produttivi o dei servizi dell'impresa che procede al decentramento, la quale così ne cessa (o nemmeno ne inizia) la realizzazione in proprio.

Più nel dettaglio, per *outsourcing* si intende essenzialmente una formula organizzativa imprenditoriale, ispirata dall'idea che un'impresa deve concentrare i propri sforzi su quanto rappresenta il *core business*, ricorrendo invece a soggetti terzi per lo svolgimento di tutte le altre attività ad esso strumentali o complementari.

I vantaggi consistono nel ridurre i costi operativi (aumentando quelli variabili e riducendo quelli fissi) ed i rischi di gestione, da un canto, nonché nell'accedere a forniture specializzate di prodotti, dall'altro.

L'altra faccia della medaglia è la perdita del controllo su fasi del processo aziendale che, più sono ampie, più aumenta il pericolo di intaccare lo stesso *core business* ovvero di pregiudicarne lo sviluppo futuro. Inoltre, l'impresa che esternalizza tende a trovarsi in balia dei propri collaboratori, i quali divengono magari in grado di paralizzarne o pregiudicarne l'attività, soprattutto se svolgono funzioni per essa strategiche. Sotto questo aspetto, la situazione può risultare anche antitetica rispetto a quella del subfornitore in stato di dipendenza economica, ma vicina a quella in cui egli versa quando ha acquisito un importante *know-how* nelle lavorazioni fatte per conto del committente.

Dal punto di vista giuridico, l'*outsourcing* non rappresenta una specifica tipologia di contratto, ma si tratta di un'attività che richiede necessariamente la predisposizione di un'apposita e molto dettagliata contrattualizzazione. Siccome l'*outsourcing* presuppone una stretta collaborazione tra le parti coinvolte, per formalizzarla talora si ricorre agli strumenti tipici del diritto societario, costituendo società partecipate o associazioni in partecipazione ovvero, ma più raramente, consorzi, cui l'impresa che decentra spesso conferisce un proprio ramo di azienda. Altra via per raggiungere il medesimo risultato è la scissione di quest'ultima in due distinte società: una rimane detentrica del *core business* e non subisce modificazioni proprietarie; l'altra riceve in dote l'attività esternalizzata e viene aperta alla partecipazione di nuovi soci o ceduta loro.

Conseguentemente, quando tali operazioni sono ispirate da reali esigenze imprenditoriali (e cioè non nascondono invece l'intento di dismettere di fatto rami d'azienda improduttivi, ricorrendo ad un sistema meno ap-

pariscente per l'opinione pubblica e le relazioni sindacali), viene a crearsi tra le parti coinvolte un legame molto stretto, a "filo doppio".

In un simile contesto, un conflitto rischia allora di risultare fortemente distruttivo per tutti i litiganti, a prescindere dagli esiti dell'eventuale decisione assunta in sede contenziosa, dopo una durata processuale peraltro suscettibile di dilatarsi a causa della complessità tecnico/giuridica della relativa vertenza, spesso comportante la necessità di procedere ad operazioni peritali affidate a consulenti d'ufficio, le cui conclusioni spesso condizionano fortemente la pronuncia del giudice.

Infatti, quando le aziende dei partecipanti divengono fortemente integrate per effetto dell'operazione di *outsourcing*, i reciproci contributi non risultano rapidamente rimpiazzabili. Pertanto, la rottura dei rapporti è talora suscettibile di provocare addirittura la paralisi dell'impresa che ha decentralizzato, mentre per le sue controparti significa quanto meno perdere un cliente importante (quando non fondamentale), sulle cui esigenze è stata modellata una rilevante parte dell'attività aziendale. Si comprende, allora, l'effetto deletereo di una controversia non rapidamente risolta in modo pragmatico: a causa del forte rallentamento o della paralisi della propria attività aziendale, chi ha decentralizzato ha buone probabilità di risultare inadempiente verso i clienti finali e di perderli a sua volta; entrambe le parti subiscono gravi perdite, da cui non è escluso che nei casi più gravi discenda il fallimento, cosa che vanifica l'utilità di qualsiasi azione risarcitoria, qualora l'insolvenza colpisca il responsabile del disastro.

Evidente l'analogia con la pericolosità dei conflitti nell'ambito delle *joint ventures*, specie se le partecipazioni sono paritarie fra le società-madri (che - come si è detto - vengono talora usate per realizzare operazioni di *outsourcing*): in tale ipotesi, oltre a presentare gli aspetti già analizzati, il conflitto si arricchirà di tutte le intricate problematiche di carattere societario relative alla gestione dell'impresa comune.

Duttilità ed immediatezza, dunque, le esigenze prioritarie per affrontare siffatti litigi. Giacché la risposta adeguata potrebbe derivare dalle tecniche ADR, sarebbe piuttosto imprudente ignorarle, e ciò sia nell'ipotesi in cui per i litiganti la soluzione migliore risulti continuare la relazione superando il conflitto, sia nell'ipotesi opposta, dove diviene importante pervenire alla cessazione dei rapporti nel modo per tutti meno traumatico.

Per le liti nascenti da operazioni di *outsourcing*, sul piano giuridico il tentativo obbligatorio di conciliazione scatta se il rapporto, instauratosi tra le parti per effetto di detta operazione organizzativa, è riconducibile alla citata nozione legale di subfornitura. Sul piano pratico, però, spesso la soluzione consensuale del conflitto si mostra essere l'unica strada verosimilmente

percorribile con effettivo vantaggio per le parti. Ecco dunque il terreno per la mediazione facoltativa.

In definitiva, se si guarda alle controversie rispettivamente scaturenti dai rapporti di subfornitura e di *outsourcing* ponendosi nell'ottica dell'opportunità economica per le imprese coinvolte in siffatte liti, visuale da cui esulano i profili di natura processuale, sfuma in sostanza ogni rilevante differenza tra la mediazione obbligatoria e quella facoltativa.

8. – Alla luce delle precedenti mere riflessioni, si paleserebbe forse il motivo per cui la mediazione “*risponde agli interessi del mercato*”⁽¹⁰⁸⁾, da un canto, e viene disciplinata dal Decreto Legislativo in modo verosimilmente coerente ai precetti sia comunitari (ferma la necessità di evitare una proposta aggiudicativa, se la lite ha natura transfrontaliera e non rientra tra i reclami dei consumatori) sia costituzionali, dall'altro.

Il mediatore, inoltre, non è affatto in competizione con il magistrato o l'arbitro. Soprattutto quanto egli ricorre alla tecnica di *mediation*, l'attività del primo è fondata su presupposti (l'approccio sistemico al contenzioso) completamente antitetica a quella dei secondi. Pertanto tale mediatore vanifica se stesso, quando con presunzione e maldestrezza egli si atteggia da giudice, dimenticando che la propria funzione è invece l'aiutare le parti a definire il conflitto in via volontaria, favorendo il dialogo e la consapevolezza nei dovuti modi.

Mediatore e magistrato sono dunque complementari. L'uno interviene durante le trattative in sede extragiudiziaria, ove – nel campo dei diritti disponibili – regna sovrano l'interesse economico e relazionale delle parti in lite. L'altro (e solo egli) rende giustizia, applicando il diritto alle singole fattispecie mediante gli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento giuridico cui appartiene.

⁽¹⁰⁸⁾ Documento congiunto in precedenza citato.