

Luglio 2015

Breve excursus storico della mediazione civile e commerciale

*Dott. Enea Franza e Dott. Roberto Rossi, Consob**

Premessa

Dalla riforma del 2010 alla nota pronuncia della Consulta di fine 2012, fino a giungere alla conversione in legge del c.d. “Decreto del fare”, la materia della mediazione ha vissuto mutamenti profondi e sostanziali ed è stata al centro di un’attenzione mai così vasta rispetto al passato. Propulsore di tanta popolarità è stata l’obbligatorietà della mediazione, che ha spiccato il volo nei primi mesi del 2011, e poi ha visto tarpate le ali solo 18 mesi più tardi. Ma oggi è tornata con diversi cambiamenti, presentandosi come ulteriore opportunità per lo sviluppo e la crescita sociale. Peraltro il cammino sembra rafforzarsi con l’implementazione della direttiva comunitaria.

1. La conciliazione nei tempi antichi

La storia della conciliazione è vecchia come il mondo. Nelle società patriarcali esisteva il c.d. “saggio” incaricato di dirimere le controversie tra i componenti della comunità.

Con l’avvento dell’impero romano si usava tentare di risolvere una controversia mediante la conciliazione delle parti prima di recarsi davanti al pretore. Qualora le parti fossero arrivate ad un accordo mediante l’intervento di un terzo, il magistrato si limitava ad emettere una sentenza conforme all’accordo raggiunto.

Anche nel mondo cattolico si riscontrano numerosi esempi di mediazione finalizzati alla conciliazione. I parroci, a tutt’oggi, svolgono opera di conciliazione per dirimere le controversie insorte tra i fedeli, mentre le alte sfere ecclesiastiche svolgono attività di mediazione diplomatica fra gli Stati belligeranti¹.

* *Le opinioni sono espresse dagli autori a titolo personale e non coinvolgono l’Autorità per la quale essi lavorano.*

¹ In tal senso cfr. Bruni – La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno – in Dossier del mediatore.

2. La conciliazione nel mondo moderno

La conciliazione così come è intesa al giorno d'oggi, ossia come modalità di risoluzione delle controversie, alternativa alla tutela giurisdizionale, volontaria e non vincolante in cui un terzo aiuta le parti a raggiungere un accordo, trae origine da alcuni studi sulla negoziazione portati a termine presso l'Università di Harvard negli Stati Uniti d'America all'inizio degli anni '70 e successivamente diffusasi nel mondo anglosassone. Anche in quei Paesi all'inizio l'istituto della mediazione finalizzato alla conciliazione si rese necessario come strumento per alleggerire il carico di lavoro dei giudici offrendo alle parti la possibilità di risolvere le controversie attraverso l'attività di una terza persona imparziale senza escludere la possibilità di far valere le proprie pretese dinnanzi al giudice nell'ipotesi in cui un accordo non fosse stato raggiunto.

Dagli Stati Uniti il metodo di risoluzione alternativa delle controversie si diffuse dapprima nel Nord Europa e successivamente in tutta Europa dove incominciavano a presentarsi le stesse problematiche di sovraccarico di lavoro dei giudici civili in precedenza avvertite oltre oceano. In Italia, prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 28/2010, l'istituto aveva avuto applicazioni marginali.

Il 2 luglio 2004 la Commissione europea ha adottato il codice di condotta per i mediatori, redatto da un gruppo di esperti, che stabilisce una serie di principi ai quali i singoli mediatori possono spontaneamente aderire. Il codice può essere applicato a tutti i tipi di mediazione in materia civile e commerciale. Gli organismi erano tenuti ad elaborare codici più dettagliati adatti allo specifico contesto in cui operano o al servizio di mediazione offerto. L'adesione al codice non pregiudica la legislazione nazionale né le regole che disciplinano le singole professioni².

3. Gli scandali finanziari degli anni 2000 e la reazione del legislatore italiano

Gli scandali finanziari degli anni 2000 hanno posto in evidenza le responsabilità del sistema finanziario e creditizio. I dissesti si sono diffusi come un'epidemia investendo l'economia reale, danneggiando il risparmio delle famiglie³ e complicando la situazione delle piccole e medie imprese. La dimensione degli scandali non poteva essere ricondotta semplicemente alle responsabilità di una ristretta categoria di *managers*. L'intero sistema finanziario era entrato in crisi.

La risposta del legislatore italiano è stata il varo della legge 28 dicembre 2005, n. 262 contenente "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati

² In tal senso cfr. Allegria – Il codice deontologico del mediatore in www.nuovefrontierediritto.it/il-codice-deontologico-del-mediatore/; Tiscini – Corso di mediazione civile e commerciale, Milano 2012; Rinaldi – Deontologia e professionalità del mediatore; Besso – La mediazione civile e commerciale, Torino 2010; Mazzoli e altri – La nuova mediazione nel contenzioso civile e commerciale dopo il D.M. 180/2010.

³ Prima della crisi l'Italia era considerata il salvadanaio d'Europa per l'alta propensione al risparmio della sua popolazione.

finanziari” con la quale si è inteso tutelare i risparmiatori non solo dal punto di vista sostanziale, ma anche da quello processuale⁴.

Sotto il profilo processuale l’art. 27 della citata legge delegava il Governo ad adottare un decreto legislativo per l’istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e arbitrato, da svolgersi in contraddittorio davanti alla Consob, per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori e le banche o gli intermediari finanziari circa gli adempimenti degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con la clientela.

L’esecutivo esercitava la delega con il D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 che istituiva la Camera di conciliazione e arbitrato assegnandole i compiti previsti dal legislatore delegante.

4. La Direttiva 2008/52/CE

Mentre il legislatore italiano era impegnato a tutelare i risparmiatori, il Parlamento europeo e il Consiglio dell’unione emanavano la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

La Direttiva, pur essendo riferita alle controversie “*trasfrontaliere*” in materia di diritti disponibili, concedeva la facoltà agli Stati membri di applicare le disposizioni in essa contenute anche alle procedure di mediazione svolte in ambito nazionale. La Direttiva conteneva le linee guida lasciando liberi gli Stati di prevedere ulteriori norme più stringenti con lo scopo di favorire la mediazione senza, peraltro, renderla obbligatoria.

L’obiettivo principale perseguito dal legislatore europeo è stato quello di snellire il lavoro dei giudici offrendo alle parti la possibilità di affidare la risoluzione delle proprie controversie ad uno o più conciliatori, senza peraltro privarli della tutela giurisdizionale in caso di mancato accordo. In altri termini la tutela giurisdizionale è stata posticipata ma non esclusa

I punti salienti della Direttiva 2008/52/CE sono:

- formazione dei conciliatori;
- possibilità di conferma degli accordi raggiunti tramite la mediazione in sede giurisdizionale;
- tutela della riservatezza;
- sospensione dei termini di prescrizione e decadenza durante la procedura di mediazione.

⁴ In tal senso cfr. Sangiovanni V. – La conciliazione stragiudiziale presso la Consob, in Rivista dell’arbitrato 2010, pp. 213-232.

La data di recepimento della normativa comunitaria era stata fissata per il 21 maggio 2011.

5. Il recepimento della Direttiva

Per dare attuazione agli impegni comunitari, il Parlamento italiano ha adottato la legge 18 giugno 2009 n. 69, contenente “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, che ha introdotto una serie di riforme nella disciplina del processo civile.

L’art. 60 della suddetta legge conteneva una delega al Governo per l’adozione di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore. Il legislatore delegante si è mosso sul solco della tradizione prevedendo che la mediazione fosse disciplinata anche attraverso l’estensione delle disposizioni del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 che disciplinavano la materia degli organismi per la conciliazione societaria.

Il legislatore italiano si proponeva una serie di obiettivi forse troppo ambiziosi: alleggerire il carico di lavoro degli organi giudiziari, contribuire alla diffusione della cultura della mediazione, valorizzare le esperienze di conciliazione stragiudiziale già esistenti, minimizzare l’intervento statale nel settore.

A tal fine erano state previste tre tipologie di mediazione: obbligatoria, facoltativa, delegata dal giudice.

6. Il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Il Governo ha esercitato il potere conferitogli dal Parlamento emanando il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha avuto il merito di dettare per la prima volta una disciplina omogenea in un settore come quello degli ADR in precedenza disciplinato in modo frammentario⁵.

Le disposizioni della Direttiva comunitaria avrebbero dovuto applicarsi solo alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma era prevista la facoltà degli Stati

⁵ Secondo Carbone F. - L’Italia ha recepito la direttiva Europea sulla mediazione? - in www.deconflict.eu/notizie/direttiva-europea-mediazione-e-italia.phf - con l’emanazione del D.lgs. 28/2010 il legislatore italiano non ha recepito la direttiva in quanto il suddetto decreto fa riferimento ad una delega non comunitaria, come quella contenuta nella legge 69/2009 e non in una legge specifica come quella contenuta nella legge 88/2009. Inoltre, la legge delega 69/2009 non aveva affidato al Governo il compito di recepire la direttiva europea sulle mediazioni, ma si era limitato ad un generico, quanto inutile, richiamo al rispetto del diritto comunitario. L’Autore conclude sostenendo che la direttiva europea non era stata applicata, ma si era semplicemente introdotto nell’ordinamento giuridico italiano la mediazione civile e commerciale ed avendolo attuato con un evidente eccesso di delega, si sarebbe potuto anche ipotizzare un inadempimento nei confronti della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

membri di applicarle anche ai procedimenti di mediazione interni⁶. Il legislatore italiano ha ampliato l'ambito di applicazione estendendolo anche alle controversie interne in materia di diritti disponibili.

Il D.lgs. esordisce con una serie di definizioni relative ai termini di mediazione, mediatore, conciliazione, organismo, registro⁷.

Nel linguaggio comune i termini di mediazione e conciliazione sono usati promiscuamente, ma, in realtà la mediazione è l'attività che precede la conciliazione, mentre la conciliazione è il risultato positivo dell'attività di mediazione che pone fine ad una controversia.

Per controversia si intende una situazione di crisi nei rapporti contrattuali fra soggetti privati che può essere risolta non solo attraverso una sentenza del giudice che definisca torti e ragioni, ma anche attraverso accordi amichevoli tra le parti che tendano a rinegoziare il rapporto e a ristabilire la cooperazione mediante l'intervento di un soggetto estraneo al rapporto contrattuale.

Per quanto riguarda i soggetti preposti alla mediazione, il D.lgs. distingue il mediatore dall'organismo che amministra la procedura di mediazione e che conferisce l'incarico al mediatore.

Il primo è una persona fisica (o più persone fisiche se trattasi di organo collegiale) che aiuta le parti a trovare un accordo, ma che è privo del potere di imporre una decisione vincolante, mentre il secondo è un ente, pubblico o privato, presso il quale può svolgersi la mediazione.

In realtà, il vero motivo che ha indotto il legislatore europeo prima e quello nazionale poi a valorizzare l'istituto della mediazione è la sua capacità di alleggerire i carichi di lavoro dei giudici civili. Per centrare in pieno l'obiettivo l'art. 5, comma 1, del D.lgs. 28/2010 aveva reso obbligatorio il tentativo trasformandolo in condizione di

⁶ Il considerando 8 della Direttiva testualmente dice: *“Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”*.

⁷ Art. 1 Definizioni: *“Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per: a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; b) mediatore: la persona o le persone fisiche che individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione; d) organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto; e) registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222”*.

procedibilità per poter adire il giudice civile in tutte quelle materia a più alta litigiosità⁸. Inoltre, muovendosi nella stessa ottica, aveva apportato modifiche al regime delle spese processuali addossandole alla parte che aveva rifiutato la proposta di conciliazione, anche se risultata vincitrice, in caso di piena coincidenza fra la proposta conciliativa e la decisione del giudice. Inoltre, poteva essere condannato a pagare una somma di denaro a titolo di sanzione processuale in misura pari all'entità del contributo unificato dovuto per quella tipologia di causa.

6.1 La normativa secondaria

Dopo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale del D.lgs. 28/2010 il Ministero della giustizia ha emanato il D.M. n. 180 del 18 ottobre 2010 contenente il Regolamento per la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 D.lgs. 28/2010.

Dalle disposizioni ministeriali emerge che il mediatore deve possedere determinati requisiti tra cui un'adeguata preparazione professionale nonché uno specifico aggiornamento, almeno biennale acquisito presso enti di formazione individuati dallo stesso D.M..

L'applicazione della nuova disciplina incontrò subito l'avversione dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUI) secondo la quale la mediazione si risolve soltanto in un allungamento dei tempi del processo senza alcun effetto deflattivo.

Dal lato opposto non sono mancate tesi secondo cui per essere un buon mediatore non è necessario essere un giurista, anzi il giurista incontra una notevole difficoltà a svolgere il ruolo di mediatore.

Secondo altri è necessaria una conoscenza generale del diritto, ma la cosa più importante è saper gestire il conflitto.

Le perplessità suscitate, nonché le esigenze di maggiore qualificazione professionale dei mediatori, hanno indotto il Ministero della giustizia ad adottare il decreto 6 luglio 2011, n. 145 contenente il Regolamento recante modifica al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del D.lgs. 28/2010 mediante il quale veniva introdotto l'obbligo per il mediatori di partecipare ad un'attività formativa denominata tirocinio assistito, che consiste nell'assistere ad

⁸ Controversie in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'aziende, risarcimento danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

almeno 20 casi di mediazione nel corso di un biennio in modo da affiancare alla formazione teorica quella pratica.

7. La sentenza della Corte costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272

Contro le disposizioni del D.lgs. che avevano introdotto il tentativo di conciliazione obbligatorio sono state sollevate una marea di ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale da parte dei giudici di merito⁹.

I profili di incostituzionalità lamentati erano diversi¹⁰, ma il più importante riguardava il contrasto tra la disciplina contenuta nell'art. 5, comma 1, che considerava la mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, con gli artt. 76 e 77 della Costituzione, in tema di legislazione delegata.

La Corte, ritenendo assorbente il motivo principale, non ha ritenuto di effettuare un esame nel merito degli altri profili di incostituzionalità sollevati, stabilendo che, né la Direttiva comunitaria né l'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 autorizzavano il Governo ad introdurre l'obbligatorietà della mediazione. In altri termini l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del D.lgs. 28/2010 derivava da un eccesso di delega¹¹.

Pertanto, la Corte ha ravvisato solo un difetto formale, ma non ha dichiarato l'illegittimità della mediazione di tipo obbligatorio. Anzi, in taluni passaggi della sentenza, afferma che la Direttiva comunitaria 2008/52/CE è neutra, nel senso che lascia agli Stati membri la facoltà di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione¹².

Dopo la sentenza della Corte che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 del D.lgs. 28/2010 nella parte in cui era previsto l'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, l'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel D.lgs. 28/2010 si era ristretto alle procedure di mediazione volontarie, a quelle delegate dal giudice e a quelle derivanti da clausole contrattuali.

⁹ Otto ordinanze di remissione da parte del Tar del Lazio, due dai giudici di pace di Catanzaro e da altri giudici di Salerno, Parma e Reggio, altre da parte dei tribunali di Genova e Torino.

¹⁰ Le questioni di illegittimità portate all'esame della Corte riguardavano il contrasto tra gli artt. 5 e 16 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, l'art. 2653, comma 1 n. 1 c.c., l'art. 17 D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, con le modifiche apportate dal D.M. 6 luglio 2011 n. 145 con gli artt. 24 e 77 della Costituzione.

¹¹ Come è stato esattamente notato – Altalex, mediazione: finalmente le motivazioni. Più dubbi o certezze – con nota di Ceccobelli A., in www.altalex.com “*Dunque, nessuno “scandalo costituzionale” per un modello di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale ma semplicemente eccesso di delega dal legislatore delegato, rispetto a quello delegante*”.

¹² L'art. 5, comma 2, della Direttiva 2008/52/CE testualmente dice: “*La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*”.

8. La reintroduzione della mediazione obbligatoria

La decisione della Consulta ha avuto il merito di alimentare un vivace dibattito sull'opportunità di reintrodurre l'obbligatorietà della mediazione in materia civile e commerciale attraverso meccanismi di incentivazione e sanzionatori che orientino il cittadino ad accettare forme alternative di giustizia¹³.

Era, infatti, emerso che il breve periodo di vigenza dell'obbligatorietà della mediazione non consentiva di ritenere inutile l'istituto, considerato anche l'ostruzionismo posto in essere dalla classe forense. Del resto la stessa Corte costituzionale aveva sostenuto che l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione non contrastava con il diritto di azione. Senza contare, poi, che dall'entrata in vigore del D.lgs. 28/2010 erano stati creati circa 900 organismi di mediazione¹⁴.

L'istituto della mediazione, inoltre, presentava altri pregi in quanto il mediatore non è vincolato all'oggetto della domanda come il giudice. In realtà, il vero ostacolo al diffondersi di questo strumento è dovuto ad una scarsa cultura della mediazione. E' necessario far capire alle parti in lite che la decisione dall'alto adottata dal giudice, che dia ragione ad una e torto all'altra, non è l'unica forma di giustizia.

9. Il “decreto del fare”

Preso coscienza delle potenzialità insite nell'istituto della mediazione, come metodo alternativo di risoluzione delle controversie, con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, contenente misure urgenti per il rilancio dell'economia, comunemente noto come “decreto del fare”, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, il Governo ha apportato modifiche al D.lgs. 28/2010 riproponendo la mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale cercando di depurarla dai profili di incostituzionalità rilevati dalla Corte (art. 84).

All'art. 5 del D.lgs. cit. è stato introdotto un comma 1-*bis*, che va a sostituire il comma originario affetto da incostituzionalità, contenente un elenco di una serie di materie per le quali è obbligatorio esperire il procedimento di conciliazione prima di adire il giudice civile.

¹³ Come è stato esattamente notato in dottrina, Pasini C. – La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata – in www.judicium.it, pag. 5 “Il punto di partenza per realizzare appieno le potenzialità della mediazione è rappresentato dalla coscienza che l'accesso alla giustizia non deve essere il primo rimedio per la soluzione dei conflitti tra le parti. E ciò, non si può tacere, soprattutto nella situazione di congestionamento in cui il panorama giurisdizionale si trova. Il focus, dunque, si deve spostare dal quesito se l'obbligatorietà della mediazione sia ammissibile alle modalità per far sì che il tentativo di mediazione sia fruttuoso e non pregiudizievole per le parti. Per usare le parole dell'ex Presidente della Corte di Cassazione Ernesto Lupo, insomma, l'atteggiamento di fondo per permettere il successo della mediazione è la convinzione che un simile strumento configuri un miglioramento della giustizia, di certo perfezionabile ma da non sottovalutare”.

¹⁴ In tal senso cfr. Pasini C. – op. cit., in www.Judicium.it, pag. 6.

Rispetto alla precedente versione sono state eliminate le controversie relative a sinistri da circolazione di veicoli e natanti e inserite quelle derivanti da responsabilità mediche.

E' stato, inoltre, inserito un comma *2-bis* secondo cui, quando il procedimento di conciliazione è previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro davanti al mediatore si conclude senza il raggiungimento dell'accordo.

Sono state apportate modifiche anche all'istituto della mediazione disposta dal giudice che era sopravvissuta alla pronuncia di incostituzionalità. Il testo previgente prevedeva la facoltà del giudice di invitare le parti ad attivare un procedimento di mediazione. Le parti erano libere di aderire o meno. La nuova versione del 2° comma dell'art. 5 rafforza il ruolo del giudice conferendogli il potere di disporre, anche in sede di appello, il tentativo di conciliazione. Viene, quindi, introdotta una nuova figura di conciliazione obbligatoria in sede di appello. Nei casi in cui il giudice eserciti questo potere, il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale ed è compito del giudice indicare l'organismo di mediazione dinnanzi al quale le parti sono tenute a comparire.

E' rimasta, invece, sostanzialmente immutata la fattispecie della conciliazione contenuta in una clausola contrattuale o nell'atto costitutivo di un ente e il tentativo non sia stato esperito (art. 5, comma 5). In tal caso può essere disposta solo su istanza di parte dal giudice o dall'arbitro.

Un'altra modifica di rilievo riguarda la durata del procedimento di mediazione che da 4 mesi è stata ridotta a 3.

Importante è anche la disposizione contenuta nell'art. 8 che prevede lo svolgimento di un primo incontro per verificare la possibilità di proseguire nella procedura di mediazione nonché l'assistenza obbligatoria di un avvocato. Al fine di spingere le parti a partecipare alla mediazione, la legge prevede che, in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, il giudice oltre a desumere elementi di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., condanni la parte che non ha partecipato al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Inoltre, quando il provvedimento del giudice che definisce il giudizio corrisponde integralmente alla proposta avanzata dal conciliatore, il giudice deve escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta condannandolo al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nonché al versamento al bilancio dello Stato di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato.

Quando, invece, non vi sia un'esatta corrispondenza tra il provvedimento che definisce il giudizio e la proposta conciliativa, è in facoltà del giudice, in presenza di gravi ed eccezionali ragioni, escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto nei casi in cui è prevista la nomina (art. 8, comma 4, D.lgs. 28/2010).

Altre modifiche consistono nell'inserimento dell'accordo di mediazione che accerti l'usucapione tra gli atti soggetti a trascrizione, ai sensi dell'art. 2643 c.c., nel contenimento delle spese e in un maggior coinvolgimento della classe forense con la disposizione che considera gli avvocati regolarmente iscritti come mediatori di diritto.

10. Il libro verde sulla qualità degli organismi di mediazione

Nella fase di avvio e di sperimentazione della nuova disciplina sulla mediazione, il Ministero della giustizia, Direzione generale della giustizia civile, al fine di poter attivare una corretta attività di vigilanza che contemplatesse non solo l'osservanza delle previsioni di legge primarie e secondarie, richieste per ottenere l'accreditamento, ma anche il raggiungimento di standard di qualità richiesti per poter svolgere un servizio di mediazione improntato a presupposti di professionalità, efficienza ed idoneità, aveva ritenuto necessario procedere alla redazione di un "Manuale di Qualità" in cui riportare gli standard qualitativi necessari che ciascun organismo dovesse possedere ai fini della valutazione dell'idoneità del servizio.

Il Manuale, pertanto, aveva una triplice funzione:

- 1) costituire un parametro di riferimento per gli organismi che esercitano la mediazione per poter confrontare i servizi resi agli standard qualitativi richiesti;
- 2) agevolare l'attività ispettiva del Ministero;
- 3) costituire uno strumento di conoscenza, per gli organismi, delle violazioni che il Ministero riteneva di dover indicare e del differente peso anche ai fini dell'adozione di provvedimenti sanzionatori.

Ai fini della predisposizione del Manuale, la Direzione generale della giustizia civile aveva ritenuto di coinvolgere tutti gli operatori del settore invitandoli a fornire il proprio contributo. A tal fine era stato costituito un tavolo di lavoro composto dai rappresentanti dei principali organismi pubblici di mediazione accreditati presso il Ministero, maggiormente rappresentativi¹⁵.

¹⁵ Il Ministero ha precisato che la scelta di limitare agli organismi pubblici la partecipazione al tavolo di lavoro era basata sulla concreta constatazione di non poter privilegiare l'uno o l'altro soggetto privato, sia persona fisica che giuridica, coinvolto o interessato al fenomeno della mediazione, pur riconoscendo la preparazione personale o la capacità rappresentativa.

Al fine di poter contare sui suggerimenti di tutti i soggetti coinvolti, si era ritenuto di elaborare preliminarmente un “Libro Verde”, sulla base di quelli adottati dagli organi europei per la redazione degli atti normativi, contenente una serie di quesiti rivolti a qualunque soggetto fosse interessato alla gestione del servizio di mediazione.

La decisione della Corte Costituzionale sul procedimento di mediazione ha rallentato la realizzazione del progetto.

La consultazione si è conclusa nel mese di gennaio 2013.

11. La Direttiva 2013/11/UE

Mentre in Italia la mediazione viveva alterne vicende, il Parlamento europeo e il Consiglio, il 21 maggio 2013, dopo 5 anni esatti dall’adozione della Direttiva 2008/52/CE hanno adottato due nuovi atti normativi: la Direttiva, la 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e il Regolamento (UE) n. 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, che modificano il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

La Direttiva, per espressa previsione in essa contenuta¹⁶, deve essere recepita entro il 9 luglio 2015, mentre il Regolamento entrerà in vigore il 9 gennaio 2016, senza necessità di ulteriori atti di recepimento.

Due strumenti legislativi interconnessi e complementari (c.d. pacchetto legislativo ADR – ODR) che hanno avuto il merito di introdurre un sistema omogeneo di regole e procedure. Il Regolamento prevede l’istituzione di una piattaforma ODR che fornisca ai consumatori e alle imprese un unico punto di accesso per la risoluzione extragiudiziale delle controversie *online*. Alla piattaforma dovranno essere collegati organismi ADR che offrono procedure di qualità.

La Direttiva 2013/11/UE, come specificato nel considerando 19, non dovrebbe pregiudicare la Direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in quanto è destinata ad essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese quelle contemplate dalla Direttiva 2008/52/CE.

Le principali differenze tra le due Direttive possono così sintetizzarsi:

- la Direttiva 2008/52/CE si applica alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, mentre quella del 2013 riguarda le controversie sia

¹⁶ Art. 25 *Recepimento* “1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 9 luglio 2015. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni”.

nazionali che estere aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi;

- la Direttiva 2008/52/CE riguarda anche i rapporti tra professionisti, mentre la 2013/11/UE è limitata alle controversie tra professionisti e consumatori;
- la Direttiva 2008/52/CE fa riferimento alla sola procedura di mediazione, mentre la Direttiva 2013/11/UE si riferisce a tutti gli organismi ADR e, quindi, non solo a quelli che possono proporre una soluzione, ma anche a quelli che la possono imporre.

Obiettivo della Direttiva 2013/11/UE è la creazione di un unico mercato interno in quanto la frammentazione del mercato è ritenuto un fattore negativo per la competitività, la crescita e la creazione di posti di lavoro all'interno dell'Unione europea. Per il raggiungimento di tale obiettivo è necessario eliminare tutti gli ostacoli al corretto funzionamento del mercato e migliorare la fiducia dei cittadini.

Per migliorare la fiducia è necessario garantire un alto livello di protezione ai consumatori che sottoscrivono contratti di vendita di beni e servizi attraverso l'intervento di organismi ADR che offrano risoluzioni extragiudiziali delle controversie facili, efficaci, rapide e a basso costo.

La Direttiva prende atto che le procedure ADR non sono state attuate correttamente e non funzionano in modo soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'Unione¹⁷. La maggior parte dei consumatori e delle imprese non sono ancora a conoscenza dei meccanismi extraprocessuali di risoluzione delle controversie e soltanto un'esigua minoranza è a conoscenza delle modalità di presentazione di un reclamo ad un ADR. Anche all'interno degli Stati membri si riscontrano disparità nei livelli qualitativi delle procedure e nell'efficacia.

Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al corretto funzionamento del mercato interno con ripercussioni negative sugli acquisti transfrontalieri, sulle vendite e sulla concorrenza, in quanto, le imprese che hanno sede in uno Stato con procedure ADR inefficienti sono svantaggiate rispetto a quelle ubicate in Stati in cui le suddette procedure sono efficienti.

La Direttiva auspica che le procedure ADR siano disponibili per tutti i tipi di controversie in materia di consumo, sia a livello nazionale che transfrontaliero.

¹⁷ Il considerando n. 5 dice che "... E' deplorabile che, nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, l'ADR non sia stato attuato correttamente e non funzioni in modo soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'Unione....".

Il legislatore europeo ha, inoltre, preso in considerazione il settore del commercio elettronico ed in particolare quello transfrontaliero, ritenuto pilastro dell'attività economica dell'Unione ritenendo necessario la realizzazione di una infrastruttura ADR funzionante per le controversie dei consumatori e un quadro integrato di risoluzione delle controversie *online* per quelle derivanti da operazioni effettuate *online*.

Per rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno è necessario sviluppare anche nel settore del commercio elettronico servizi ADR efficienti. Lo sviluppo dovrebbe fondarsi sulle procedure ADR già esistenti negli Stati membri e rispettare le loro tradizioni giuridiche. Gli ADR che soddisfano i requisiti di qualità richiesti dalla Direttiva sono considerati ADR a livello europeo.

La Direttiva, pur puntando sulla qualità dei servizi offerti dagli ADR, stabilisce requisiti di armonizzazione minimi, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre norme che prevedano ulteriori requisiti rispetto a quelli richiesti a livello europeo al fine di rafforzare la tutela dei consumatori.

Gli Stati membri sono, inoltre, liberi di introdurre o meno nelle loro legislazioni le seguenti tre opzioni:

- a) la prima riguarda la possibilità di considerare procedure ADR ai sensi della Direttiva quelle svolte dinanzi ad organismi in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie siano assunte o retribuite esclusivamente dal professionista¹⁸, purché siano rispettati i requisiti di cui al Capo II, inclusi quelli specifici di indipendenza e trasparenza contenuti nell'art. 6, paragrafo 3, della Direttiva;
- b) la seconda la possibilità di prevedere la costituzione di organismi ADR capaci di imporre delle soluzioni (art. 10, par. 2 - art.11);
- c) la terza opzione riguarda la possibilità di prevedere ipotesi in cui gli organismi ADR possano conservare o introdurre norme che consentano loro di rifiutare la trattazione di determinate controversie.

La legge 7 ottobre 2014, n. 154, contenente delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione degli atti dell'Unione europea – legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre, all'art. 8, comma 1, ha autorizzato il Governo ad esercitare la prima opzione, secondo la quale rientrano tra le procedure di risoluzione alternativa delle controversie utili ai fini dell'applicazione della medesima Direttiva anche le procedure ADR in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione siano assunte o retribuite esclusivamente dal professionista purché facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero uguale di rappresentanti delle

¹⁸ La Direttiva usa il termine "professionista" per indicare qualsiasi soggetto (persona fisica o giuridica, privata o pubblica) che eserciti un'attività commerciale, industriale, artigianale, professionale.

organizzazioni dei consumatori e di quelle del professionista e siano nominate a seguito di una procedura trasparente.

Non è stata, invece, esercitata la seconda opzione, che consente di prevedere organismi ADR che abbiano la facoltà di imporre una soluzione.

E' stata, infine, esercitata la terza opzione che consente agli ADR di mantenere o introdurre norme che consentano di rifiutare la trattazione di determinate controversie.

12. Il recepimento della Direttiva 2013/11/UE

La tecnica usata per il recepimento della Direttiva consiste nella predisposizione di un decreto legislativo in virtù di un'espressa delega contenuta nell'art. 1, commi 1 e 3, della citata legge di delegazione europea n. 154/2014.

Il Ministero della sviluppo economico, preso atto che la disciplina dettata dal legislatore europeo è destinata ad incidere profondamente sulla regolamentazione delle procedure ADR tra consumatori ed imprese, ha ritenuto che la sede naturale dove recepire i principi dettati dalla Direttiva fosse il Codice del consumo¹⁹.

Al tal fine è stato predisposto uno schema di decreto legislativo composto da tre articoli.

L'art. 1 inserisce nella Parte V del Codice del consumo, al posto del vecchio art. 141, un apposito Titolo II-bis rubricato "*Risoluzione extragiudiziale delle controversie*" costituito da una pluralità di articoli da 141-bis a 141-decies.

L'art. 2 contiene disposizioni finali, mentre l'art. 3 disposizioni finanziarie.

12.1 Contenuto dello schema del decreto legislativo – Art. 141 (Disposizioni generali: definizioni ed ambito di applicazione)

L'art. 141, al 1° comma, contiene le definizioni, mutate dall'art. 4 della Direttiva, alcune nuove²⁰, altre già presenti nella precedente versione²¹. Nei commi 2 e 3 chiarisce il significato del termine "stabilito" riferito sia al professionista che all'organismo ADR.

Il 4° comma delimita l'ambito di applicazione chiarendo che la nuova disciplina si applica "alle procedure volontarie di risoluzione extragiudiziarie, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti, residenti e stabiliti nell'Unione Europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole" e, in particolare agli organismi di mediazione iscritti nella sezione speciale in materia di consumo di cui all'art. 16, commi 2 e 4 del D.lgs. n.

¹⁹ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, di fatto mai attuato.

²⁰ "Controversia nazionale", "controversia transfrontaliera", "procedura ADR", "organismo ADR", "Autorità competente", "reclamo", "servizi non economici di interesse nazionale".

²¹ "Consumatore", "professionista", "contratto di vendita", "contratto di servizi".

28/2010²² e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti dalle autorità amministrative indipendenti, alle quali il successivo art. 141-*octies* riconosce il ruolo di “autorità competenti” e alle eventuali procedure ADR obbligatorie introdotte dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi), dalla Banca d’Italia e dalla Consob, nei rispettivi settori di competenza.

L’interpretazione della norma desta qualche perplessità in quanto si parla di procedure volontarie e, quindi, implicitamente sembrerebbe escludere l’applicazione delle sue disposizioni sia alla conciliazione giudiziale che alla mediazione obbligatoria prevista dall’art. 5 del D.lgs. n. 28/2010²³. E’ preferibile attendere la versione definitiva.

Il 5° comma, in virtù della delega contenuta nell’art. 8 della legge n. 154/2014, estende ulteriormente la disciplina recepita anche alle procedure di conciliazione paritetica, modello di ADR italiano, nato dall’esperienza delle associazioni di categoria, che ha avuto un importante riconoscimento a livello europeo²⁴. L’opzione prevista dalla Direttiva è stata esercitata al livello minimo in quanto la legge delega richiede che le persone fisiche incaricate della mediazione facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero uguale di rappresentanti delle organizzazioni dei consumatori e di quelle del professionista e siano nominate a seguito di una procedura trasparente.

Il 6° comma fa salve due disposizioni che prevedono l’obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie:

- l’art. 5, comma 1-*bis* del D.lgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali;

²² Art. 16 , comma 2, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: “*La formazione del registro e la sua revisione, l’iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l’istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico. Fino all’adozione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223. A tali disposizioni si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziali previsti dall’art. 141 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni*”.

Comma 4: “*La vigilanza sul registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo, di cui al comma 2, anche dal Ministero dello sviluppo economico*”.

²³ In tal senso cfr. Camera dei Deputati, Servizio Studi – Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori – Atto del Governo 165, pag. 3.

²⁴ Il Parlamento Europeo, nella risoluzione del 25 ottobre 2001 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, ha richiamato l’attenzione “*sulla conciliazione paritetica italiana quale esempio di miglior prassi, basata su un protocollo stipulato e sottoscritto dall’azienda e dalle associazioni dei consumatori, in cui l’azienda si impegna in anticipo a ricorrere all’ADR per risolvere le eventuali controversie che possono sorgere nei settori contemplati dal protocollo*”.

- l'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249 in tema di comunicazioni elettroniche²⁵.

L'origine della prima disposizione è riconducibile al considerando 19 secondo cui la Direttiva “è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR, contemplate dalla direttiva 2008/52/CE”. Inoltre, l'art. 3 della stessa, pur affermando la prevalenza della Direttiva 20013/11/UE sugli altri atti giuridici dell'Unione in materia di procedure extragiudiziali di ricorso avviate da un consumatore nei confronti di un professionista, fa salva la Direttiva 2008/52/CE. Né consegue che, il recepimento della Direttiva del 2013 non dovrebbe avere alcuna influenza sul D.lgs. n. 28/2010 essendo distinti i due ambiti di applicazione.

La seconda disposizione si riferisce alle procedure di mediazione obbligatorie in materia di comunicazioni elettroniche davanti al Corecom.

Interessante è la disciplina contenuta nel comma 7 secondo cui le procedure svolte dall'Aeegsi, dalla Banca d'Italia e dalla Consob, nei rispettivi settori di competenza, sono considerate procedure ADR a livello europeo se rispettano i principi, le procedure e i requisiti previsti dalla Direttiva e trafusi nel Codice del Commercio. Va notato che nella precedente versione predisposta dal Ministero era esplicitamente previsto che le suddette Autorità potessero prevedere procedure obbligatorie di risoluzione extragiudiziale delle controversie, senza impedire alle parti di esercitare il proprio diritto di accedere al sistema giudiziario, stabilendo, se del caso la partecipazione obbligatoria del professionista²⁶. Anche in questo caso è opportuno attendere la versione definitiva.

L'8° comma elenca i casi di inapplicabilità della nuova disciplina.

Il 9° comma non preclude il funzionamento di eventuali organismi ADR in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione della controversia siano funzionari pubblici e, come tali, considerati rappresentanti sia degli interessi dei consumatori che di quelli dei professionisti. In questi casi non sono richiesti i requisiti in tema di competenza, indipendenza e imparzialità previsti dall'art. 6 della Direttiva.

²⁵ Il salvataggio è stato possibile in quanto le disposizioni richiamate non privano il consumatore del diritto di adire il giudice competente, ma si limitano a differirne l'esercizio per il periodo necessario allo svolgimento della procedura.

²⁶ Precedente versione dell'art. 141, comma 8 (corrispondente all'attuale comma 7): “L'Autorità per l'energia elettrica ed il sistema idrico, la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, nei rispettivi settori di competenza possono, con propri provvedimenti, prevedere procedure obbligatorie di risoluzione extragiudiziale delle controversie nel rispetto delle disposizioni di cui al presente titolo e senza impedire alle parti di esercitare il proprio diritto di accedere al sistema giudiziario, nonché, stabilendo se del caso, la partecipazione obbligatoria del professionista”.

Versione attuale dell'art. 141, comma 7: “Le procedure svolte dall'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico, la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa nei rispettivi settori di competenza, sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo”.

12.2 Art. 141-bis (Obblighi, facoltà e requisiti degli organismi ADR)

L'art. 141-bis, al primo comma, disciplina gli obblighi che gli organismi ADR devono osservare ai fini dell'iscrizione e della permanenza negli elenchi istituiti dalle Autorità competenti ai sensi del successivo art. 141-decies²⁷. E' importante precisare il contenuto dell'obbligo di accettare una controversia transfrontaliera, che non implica una decisione nel merito della stessa, ma solo quello di mettere il consumatore nelle condizioni di accedere alla procedura, anche tramite l'ausilio di reti di organismi ADR simili alla "Rete Fin-Net" che opera nel settore bancario espressamente riconosciuta e autorizzata dalla Direttiva²⁸.

Il 2° comma regola le ipotesi in cui è consentito agli organismi ADR di mantenere o introdurre norme procedurali che consentano di rifiutare il trattamento di una determinata controversia. E' una parte opzionale della Direttiva che gli Stati membri sono liberi o meno di recepire. Il legislatore italiano si è espresso per il recepimento, facendo, però, salve le prescrizioni contenute in altre norme applicabili o nelle deliberazioni delle Autorità di regolamentazione di settore. Il legislatore nazionale, inoltre, ha optato per l'obbligatorietà del reclamo al professionista da parte del consumatore, considerandolo condizione di procedibilità della mediazione²⁹.

Il 3° comma, riallacciandosi a quello precedente, pone a carico dell'ADR che rifiuta la trattazione di una controversia, l'obbligo di comunicarlo alle parti nel termine di 21 giorni³⁰ dal ricevimento dell'istanza, fornendo una spiegazione motivata delle ragioni che non gli consentono di procedere all'esame della controversia.

Il 4° comma contiene un elenco dei requisiti generali di competenza, indipendenza e imparzialità richiesti ai soggetti incaricati della risoluzione delle controversie. L'obbligo di prevedere e garantire l'esistenza dei requisiti è posto in capo all'ADR che conferisce l'incarico. In particolare la lett. a) richiede agli organismi di accertare che i mediatori siano in possesso di conoscenze e competenze in materia di risoluzione alternativa delle controversie, inclusa una conoscenza generale del diritto. Non è richiesto l'esercizio di una professione legale. Gli ADR sono anche incaricati di provvedere alla formazione.

²⁷ La lista degli obblighi è identica a quella contenuta nell'art. 5, par. 2 della Direttiva 2013/11/UE.

²⁸ Il considerando n. 53 testualmente dice: "Le reti di organismi ADR quale la rete per la risoluzione delle liti nel settore finanziario "FIN-NET" nel settore dei servizi finanziari, dovrebbero essere rafforzate all'interno dell'Unione. Gli Stati membri dovrebbero promuovere l'adesione degli organismi ADR a tali reti".

²⁹ Il considerando n. 50 dice: "Al fine di evitare inutili oneri per gli organismi ADR, è opportuno che gli Stati membri incoraggino i consumatori a contattare il professionista per tentare di risolvere la problematica in modo bilaterale prima di presentare un reclamo a un organismo ADR. In molti casi, ciò consentirebbe ai consumatori di risolvere le loro controversie in modo rapido e tempestivo".

³⁰ I termini previsti dalla direttiva sono di calendario, per questo il legislatore ha preferito parlare di 21 giorni e non di 3 settimane.

I commi 5 e 7 disciplinano la materia dei conflitti di interesse in capo alle persone fisiche incaricate di svolgere la procedura di mediazione che hanno l'obbligo di comunicare tempestivamente all'organismo ADR tutte le circostanze emerse durante la procedura idonee ad incidere sulla loro indipendenza ed imparzialità o capaci di generare conflitti di interesse con l'una o l'altra delle parti. In tale ipotesi, se le parti non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura, il legislatore ha previsto tre modalità di risoluzione da applicare gradualmente:

- 1) sostituire la persona fisica in conflitto;
- 2) garantire l'astensione della persona fisica e, se possibile, proporre alle parti il trasferimento della controversia presso altro ADR;
- 3) consentire alla persona fisica di continuare a svolgere l'incarico se le parti, adeguatamente informate, non hanno sollevato eccezioni.

Qualora si tratti di un ADR composto da una sola persona, il 7° comma esclude la sostituzione, prevedendo l'applicabilità solo della 2^a e 3^a ipotesi.

Il 6° comma fa salvo il diritto delle parti di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura. Nell'ipotesi in cui sia previsto l'obbligo di partecipazione da parte del professionista, la facoltà di ritirarsi spetta solo al consumatore.

L'8° comma disciplina l'ipotesi in cui le persone fisiche incaricate della procedura siano assunte o retribuite esclusivamente da un'organizzazione professionale o da un'associazione di imprese di cui il professionista sia membro e prevede che le stesse oltre a possedere i requisiti generali abbiano a disposizione anche risorse di bilancio distinte e apposite sufficienti ad assolvere i loro compiti. Il suddetto requisito di separazione patrimoniale e contabile non è richiesto se le persone fisiche incaricate facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero uguale di rappresentanti dell'organizzazione professionale e delle associazioni di imprese da cui sono assunte o retribuite e di un'associazione dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 137 del Codice del Consumo.

Il 9° comma regola l'ipotesi in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie fanno parte di un organismo collegiale e prevede che il collegio debba essere composto da un numero uguale di rappresentanti degli interessi dei consumatori e dei professionisti.

Il 10° comma riprende il tema della formazione dei mediatori e stabilisce che, se a provvedervi sono gli organismi, le Autorità competenti esercitano un'attività di monitoraggio sui programmi di formazione. Le medesime Autorità possono, inoltre, svolgere direttamente i programmi di formazione negli specifici settori di competenza.

Vengono, però, fatte salve le disposizioni in materia di formazione dei mediatori previste dal D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28³¹.

12.3 Art. 141-ter (Negoziazioni paritetiche)

La norma dà riconoscimento giuridico a livello europeo alle c.d. negoziazioni paritetiche che sono procedure in base alle quali le Associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative a livello nazionale e quelle delle imprese stipulano dei protocolli di intesa con i quali il consumatore e l'azienda si obbligano a far risolvere le eventuali controversie derivanti dal contratto da un organo collegiale composto in maniera paritetica da rappresentanti delle rispettive associazioni.

Si tratta di un modello ADR tipicamente italiano che ha avuto un importante riconoscimento dal Parlamento Europeo che, nella risoluzione del 25 ottobre 2011 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare ha richiamato l'attenzione *“sulla conciliazione paritetica italiana, quale esempio di migliore prassi, basata su un protocollo stipulato e sottoscritto dall'azienda e dalle associazioni di consumatori, in cui l'azienda si impegna in anticipo a ricorrere all'ADR per risolvere le eventuali controversie che possono sorgere nei settori contemplati dal protocollo”*.

La norma in esame disciplina la composizione del collegio con un rappresentante delle Associazioni dei consumatori e degli utenti ed uno dell'impresa. Per garantire l'affidabilità della procedura, nonché un'ampia rappresentatività dei consumatori a livello nazionale, è, inoltre, previsto che i protocolli di intesa debbano essere sottoscritti tra i professionisti (o le loro associazioni) e un numero non inferiore a 1/3 delle Associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative. Vengono fatte salve le procedure di negoziazione paritetica disciplinate dai protocolli di intesa stipulate nel settore dei servizi pubblici secondo i criteri indicati nell'accordo sancito in sede di Conferenza Unificata Stato-Regioni e Stato-Città ed autonomie locali del 26 settembre 2013.

12.4 Art. 141-quater (Trasparenza, efficacia, equità e libertà)

Il legislatore italiano ha raggruppato in un unico articolo il rispetto dei principi di trasparenza, efficacia, equità e libertà che la Direttiva prevedeva distintamente³². Il principio di trasparenza è rivolto agli organismi ADR, quello di efficacia riguarda le procedure, mentre quello di equità e di libertà le parti.

Il 1° comma contiene una serie di informazioni che gli organismi sono obbligato a fornire al pubblico concernenti in particolare: le modalità di contatto, i *curricula* delle

³¹ Art. 16, commi 4-bis, 5 e 6.

³² Artt. 7, 8, 9 e 10.

persone fisiche incaricate della procedura ADR, il settore di competenza, le lingue nelle quali possono essere presentate le domande.

Il 2° comma pone in capo agli ADR l'obbligo di rendere disponibili al pubblico le relazioni annuali³³.

Il 3° comma garantisce l'efficacia delle procedure ADR. In particolare, la lettera c), al fine di tutelare la parte più debole del rapporto, prevede la gratuità delle procedure o, in alternativa, la disponibilità a costi minimi³⁴. La preoccupazione del legislatore, infatti, è quella di evitare che costi eccessivi ostacolino l'accesso alla procedura.

Di particolare rilievo è anche la disposizione contenuta nella lettera e), che riguarda la conclusione della procedura entro 90 giorni *“dalla data di ricevimento del fascicolo completo”* che, secondo il considerando n. 40³⁵, dovrebbe comprendere tutta la documentazione necessaria per l'espletamento della procedura.

Il 4° comma, al fine di garantire l'equità delle procedure, si preoccupa che le parti debbano essere informate sui propri diritti e sugli esiti della procedura.

Il 5° comma riguarda le procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione e impone agli organismi di informare le parti sull'esercizio dei propri diritti prima di accettare o rifiutare la proposta³⁶.

³³ Ovviamente, non avendo il legislatore italiano recepito la parte della Direttiva che consente agli Stati membri di stabilire se gli ADR operanti nel loro territorio possono imporre una soluzione delle controversie, non sono state disciplinate le relative procedure.

³⁴ Secondo il considerando n. 41 della Direttiva: *Le procedure ADR dovrebbero essere preferibilmente gratuite per il consumatore, qualora siano applicabili eventuali costi, la procedura ADR dovrebbe essere accessibile, attraente e poco onerosa per i consumatori. A tal fine, i costi non dovrebbero superare un importo simbolico”*.

³⁵ Considerando n. 40: *“Un organismo ADR che funzioni correttamente dovrebbe concludere tempestivamente procedimenti di risoluzione delle controversie online entro un termine di 90 giorni di calendario, che decorre dalla data in cui l'organismo ADR ha ricevuto il reclamo, inclusa tutta la documentazione pertinente a esso relativa e termina nella data in cui l'esito della procedura ADR è comunicato. L'organismo ADR che ha ricevuto il reclamo dovrebbe notificarlo alle parti una volta ricevuta tutta la documentazione necessaria per l'espletamento della procedura ADR. In casi eccezionali di controversie particolarmente complesse, anche quando una delle parti non ha la possibilità, per motivi giustificati, di partecipare alla procedura ADR, l'organismo ADR dovrebbe avere la possibilità di prorogare tale termine allo scopo di esaminare il caso in questione. Le parti dovrebbero essere informate di tale proroga e della durata approssimativa prevista del periodo necessario per la conclusione della controversia”*.

³⁶ Nella bozza di D.lgs. licenziata dal Ministero dello Sviluppo Economico era presente un 6° comma che disciplinava l'ipotesi in cui le parti, al momento della conclusione del contratto di vendita o di servizi, sottoscrivessero una clausola in base alla quale il consumatore si obbligava, in caso di controversia, ad esperire la procedura di conciliazione davanti all'ADR individuato dall'impresa e specificato nel contratto. In proposito, l'art. 10, par. 1, della Direttiva prevede che: *“Gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo ADR non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della*

12.5 Art. 141-quinquies (effetti delle procedure ADR sui termini di prescrizione e decadenza)

L'art. 141-quinquies disciplina i rapporti tra le procedure ADR ed il procedimento giudiziario prevedendo la sospensione dei termini di prescrizione o decadenza durante il corso della procedura ADR³⁷.

12.6 Art. 141-sexies (Informazione e assistenza ai consumatori)

La norma in commento riguarda le informazioni che le imprese produttrici di beni o erogatrici di servizi devono fornire ai consumatori. I primi tre commi impongono alle imprese specifici obblighi informativi al fine di consentire ai consumatori di identificare rapidamente gli organismi competenti a trattare la propria istanza. I suddetti obblighi possono essere riportati anche nelle condizioni generali del contratto.

Il 4° comma fa salva l'applicazione delle disposizioni relative all'informazione dei consumatori sulle procedure di ricorso extragiudiziale contenute in altri provvedimenti normativi, che, pertanto, si applicano in aggiunta agli obblighi contenuti nella Direttiva.

Il 5° comma riguarda l'assistenza ai consumatore nelle controversie transfrontaliere, quando l'ADR opera in un altro Stato membro. Le funzioni di assistenza sono state affidate al Centro nazionale della rete europea per i consumatori (ECC-NET), evitando di istituire un nuovo organismo³⁸.

I commi da 6 a 9 favoriscono la massima informazione e divulgazione degli elenchi nei quali sono iscritti gli ADR in possesso dei requisiti di qualità richiesti dalla Direttiva.

12.7 Art. 141-septies (Cooperazione)

La norma affida alle Autorità competenti il compito di agevolare tutte le forme di cooperazione tra organismi ADR nella risoluzione delle controversie transfrontaliere. E' in proposito prevista un'assidua collaborazione tra i vari organismi e le Autorità nazionali al fine di rendere più agevole l'applicazione degli atti giuridici dell'Unione Europea in materia di tutela dei consumatori.

controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia". Infatti, una simile clausola, costituirebbe una limitazione del diritto del consumatore di scegliere l'ADR a cui rivolgersi. In una successiva versione del D.lgs. il comma 6 dell'art. 141-quater è scomparso.

³⁷ I primi due commi ricalcano la disciplina dettata dall'art 5, comma 6 del D.lgs. n. 28/2010.

³⁸ Nella relazione accompagnatoria al D.lgs. che recepisce la Direttiva è spiegato che la disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 7, par. 1 e 2 del Regolamento ODR n. 524/2013 sull'individuazione degli ODR *contact points*". Pertanto, il Centro nazionale ECC-NET funziona anche come punto di contatto ODR. Viene, però, riconosciuta l'esistenza di altre reti di organismi ADR previste dalla normativa di settore chiamate ad operare per le controversie transfrontaliere, come, per esempio, la rete Fin.Net per il settore bancario.

12.8 Art. 141-octies (Autorità competenti e punto di contatto)

Il legislatore italiano designa 6 Autorità competenti, ciascuna per il proprio settore, per lo svolgimento delle funzioni indicate nei successivi artt. 141-*nonies* e 141-*decies*. Si tratta di Autorità presso le quali già sono attive e funzionanti procedure ADR e precisamente:

- a) il Ministero della giustizia unitamente a quello dello Sviluppo Economico con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all'art. 16, commi 2 e 4, del D.lgs. n. 29/2010;
- b) la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), per il settore di competenza;
- c) l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), per il settore di competenza;
- d) l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), per il settore di competenza;
- e) la Banca d'Italia, con riferimento ai sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie;
- f) altre Autorità amministrative indipendenti, di regolamentazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze;
- g) il Ministero dello sviluppo economico, con riferimento alle negoziazioni paritetiche.

Essendo state designate più Autorità, si è reso necessario individuare un unico punto di contatto come referente per la Commissione Europea, che è stato individuato nel Ministero dello Sviluppo Economico.

Al fine di definire uniformità di indirizzo nello svolgimento delle funzioni da parte delle Autorità competenti, è stata prevista l'istituzione presso il medesimo Ministero di un tavolo di coordinamento, composto da un rappresentante per ciascuna Autorità con compiti di definizione degli indirizzi relativi all'attività di iscrizione e vigilanza, ai criteri generali di trasparenza e imparzialità e alla misura dell'indennità dovuta agli organismi ADR per il servizio prestato.

12.9 Art. 141-*nonies* (Informazioni da trasmettere alle autorità competenti da parte degli organismi di risoluzione delle controversie)

I primi tre commi elencano le informazioni che gli ADR devono trasmettere all'Autorità competente per essere iscritti nel relativo elenco ed essere considerati organismi a livello europeo.

L'ultimo comma istituisce una fase di monitoraggio a partire dal secondo anno di iscrizione con cadenza biennale al fine di assicurare il corretto ed efficace funzionamento degli ADR regolarmente iscritti.

12.10 Art. 141-*decies* (Ruolo delle Autorità competenti)

L'art. 141-*decies*, ai primi tre commi, definisce i compiti che le Autorità competenti devono svolgere. Ciascuna Autorità, nel suo specifico settore, deve istituire un elenco degli ADR, disciplinarne con propri provvedimenti le modalità di iscrizione e garantire il rispetto della sostanziale gratuità della procedura.

Il 4° comma regola il procedimento di cancellazione per perdita dei requisiti.

I commi successivi disciplinano i rapporti tra le Autorità competenti e il Ministero dello Sviluppo Economico che funge da punto di contatto unico con la Commissione europea. E' previsto per ciascuna Autorità l'obbligo di trasmettere il proprio elenco ed i successivi aggiornamenti al Ministero che a sua volta provvederà a comunicarli alla Commissione. Ciascuna Autorità, inoltre, è tenuta a mettere a disposizione del pubblico, anche su supporto durevole, l'elenco comunicato al Ministero creando sul proprio sito un *link* di collegamento al sito *web* della Commissione europea. Il Ministero, infine, ha l'obbligo di pubblicare e trasmettere alla Commissione, con cadenza quadriennale, una relazione sul funzionamento e lo sviluppo di tutti gli ADR operanti sul territorio italiano.

12.11 Altre norme di attuazione e finali

Il legislatore si è preoccupato di dettare norme di coordinamento tra la normativa preesistente nel Codice del Consumo e quella introdotta in sede di recepimento della Direttiva.

Nella bozza di D.lgs. in discussione in Parlamento, infatti, sono anche contenute disposizioni di attuazione, finali e finanziarie.

Di particolare rilievo è la clausola di "invarianza finanziaria" secondo la quale le amministrazioni interessate devono provvedere agli adempimenti previsti con le risorse umane, finanziarie e strumentali previste a legislazione vigente.