

EUROPA E MEDIAZIONE. PROBLEMI E SOLUZIONI*

Vincenzo Vigoriti**

Resumo: Em 18 de janeiro de 2011, foi publicado um “consultation paper” sobre o uso dos instrumentos de Resolução Alternativa de Controvérsias (ADR) em matéria comercial na Europa. Dentre eles, a mediação consiste no acordo de natureza contratual, que busca o consenso entre as partes. Este trabalho examina alguns problemas e as possíveis soluções para o uso da mediação na resolução das controvérsias.

Palavras-chave: Resolução alternativa de controvérsias. Mediação. Soluções

Abstract: In January 18, 2011, was published a consultation paper upon the use of Alternative Dispute Resolution (ADR) instruments in Europe, to solve commercial issues. Among them, the mediation is the settlement with contractual nature, which seeks the agreement of the parties. This paper discusses some problems concerning the mediation as an alternative dispute resolution scheme and their possible solutions.

* Parere redatto per conto del Conseil des barreaux européens - Council of Bars and Law Societies of Europe - CCBE che è organo consultivo dell'Unione europea per la professione forense. Sono aggiunti i riferimenti al diritto italiano con le relative note.

** Professor titular de direito processual civil na Universidade de Florença, Itália; advogado.

Keywords: Alternative dispute resolution. Mediation. Problem solving.

INTRODUZIONE. IL QUADRO DI RIFERIMENTO

Il 18 gennaio 2011 la Commissione europea, e per essa la DG Sanco, ha pubblicato un consultation paper sull'uso degli strumenti di ADR in materia commerciale in Europa. E' l'ultimo di una serie di documenti di varia provenienza: dalle raccomandazioni fondamentali del 1998 (98/257/Ce) e del 2001 (2001/310/Ce) la Direttiva 21 maggio 2008 del Parlamento europeo e del Consiglio³, le Direttive di settore (e-commerce, servizi postali, servizi finanziari energia) che talvolta semplicemente sollecitano l'adozione di programmi ADR, e altra invece ne impongono la realizzazione⁴.

Infine, nell'ottobre 2009 è stato pubblicato un volume che riferisce di un'indagine importante promossa dalla Commissione, Dg Sanco, e svolta da un ente specializzato, il Civic Consulting di Berlino. Questo ente era stato incaricato di verificare l'esistenza e controllare il funzionamento delle procedure di ADR negli Stati membri dell'Unione, e ha quindi diffuso i risultati dell'indagine: 163 pagine che descrivono la situazione nei vari sistemi, e che concludono nel senso che, pur nella diversità delle esperienze, i principi fondamentali scanditi nelle raccomandazioni del 1998 e del 2001 sono rispettati e attuati, e che ormai non si discute più sull'an, ma solo sul quomodo⁵.

Il consultation paper muove dalle esperienze finora maturate e sollecita contributi per la migliore attuazione dei programmi. L'ottica è quella tradizionale: si tratta del contenzioso che coinvolge i consumatori nei rapporti aventi caratteri cross border, tendenzialmente in rete, rapporti che sono quantitativamente importanti, ma certo meno numerosi che si instaurano abitualmente all'interno dei singoli Stati. Il quadro di riferimento è quello dell'accesso alla giustizia, che è uno dei problemi centrali dell'Unione (art. 81 Trattato), a cui il CCBE (e al suo interno la commissione Access to Justice) dedicano particolare attenzione.

Com'è noto, da sempre e fino a pochi anni fa, la giustizia in Europa è stata problema d'élite, e non di massa. In tutti i Paesi, il numero delle controversie era ragionevolmente limitato, con costi modesti e durata

dei processi tutto sommato accettabile, erano spesso previsti più gradi di giudizio, erano ammessi nuovi accertamenti di fatto anche in grado di appello, e veniva garantito l'accesso alle giurisdizioni superiori. Quel modello è stato travolto in modo irreversibile, e da anni si registra una vera e propria *law explosion*, nel senso dell'emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) fonte di un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, ma la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all'accesso alla giustizia. Il numero e l'impegno dei giudicanti non può essere incrementato più di tanto, né si possono aumentare le risorse, che concorrono con quelle destinate a soddisfare altre non meno importanti esigenze.

Più che nuove risorse occorrono nuove idee: l'ADR è la più importante di queste. In brevissimo tempo, la ricerca e la diffusione di strumenti di composizione delle controversie alternativi a quelli strettamente giudiziali è diventato impegno prioritario in tutta Europa, con un mutamento di prospettiva radicale. Il contenzioso dei consumatori, protagonisti della scena commerciale, non può essere convogliato verso le Corti, magari nella speranza utilitaristica, ma non certo nobile che in quella rete di adempimenti, rinvii, impugnazioni, perda ogni spinta propulsiva, ma va gestito in sedi e con modalità diverse. Appunto alternative di ADR diffondendo: l'arbitrato e la mediation.

Il consultation paper propone una trattazione unitaria dei due istituti, accomunati sì dal fatto che la definizione delle controversie avviene fuori dal giudizio statale con l'intervento di un terzo, ma nettamente distinti in questo: in un caso, il terzo può emettere provvedimenti autoritativi e vincolanti per le parti (arbitrato), mentre nell'altro può solo, suggerire e favorire il raggiungimento di un accordo di carattere contrattuale fra le parti (mediation).

Anche il consenso delle parti sulla devoluzione a terzi, tratto essenziale condiviso, ha portata diversa: nell'arbitrato, riguarda soprattutto il momento iniziale e la gestione del procedimento, ma non quello finale di emanazione del lodo. Il provvedimento è infatti "sentence", sia pure "arbitrale" (formula efficace anche di recente ribadita dall'ordinamento francese), e si impone alle parti, anche se

queste non lo vogliono. Nella mediation, il consenso ha rilevanza soprattutto nel momento finale, perché non ci sono vincitori e vinti, ma solo accordi con valenza contrattuale. Se non c'è accordo, il tentativo di definizione fallisce, e la controversia non si compone.

Ecco il punto 6 del paper:

The present document refers to dispute resolution procedures which are designed as an alternative to resolving a dispute in a court. These procedures enable the consumer to obtain compensation for harm suffered as a consequence of an illegal practice by a trader. It covers out-of-court mechanisms that lead to the settling of a dispute through the intervention of a third party. The third party can propose or impose a solution, or merely bring parties to assist them in finding a solution.

La DG Sanco sollecita dunque pareri su un'ipotesi di contenzioso tutto sommato limitata: quella che vede i consumatori instaurare un rapporto diretto con un trader avente sede in uno Stato diverso, sempre nell'Unione.

Dai dati statistici emerge che il numero di questi rapporti non è grande, e ancor più ridotto è quello dei rapporti che sfociano in un contenzioso. La grandezza "limitata" è valutazione solo quantitativa in confronto ai rapporti strettamente nazionali, infinitamente più numerosi con percentuali di contenzioso assai più significative. Il metodo è quello di sollecitare risposta ai quesiti che il paper solleva.

LE LACUNE NELL'INFORMAZIONE (QUESITI 1-4)

Quesito 1 – *What are the most efficient ways to raise the awareness of national consumers and consumers from other Member States about ADR schemes?*

Il quesito postula che il consumatore che assume di aver subito una lesione in un rapporto cross border abbia interesse a trovare un

programma di ADR (arbitrato o mediation) nello Stato di provenienza del trader professionista.

Se così fosse, e se quindi il consumatore fosse costretto ad attivarsi all'estero, sarebbe facile anticipare l'insuccesso dell'ADR perché il consumatore dovrà superare più o meno gli stessi ostacoli che incontrerebbe se decidesse di agire in giudizio (spese, lingua, incertezza dell'esito), ostacoli evidenziati nel consultation paper.

Occorre dunque che anche in materia di ADR venga stabilita una regola analoga a quella valida per i processi di fronte al giudice, in forza della quale il consumatore agisce o viene convenuto nello Stato di sua residenza e non in quello in cui opera il trader (art. 16 ss., Reg. 44/01)⁶. Ne deriva che l'informazione interessante per i consumatori dovrebbe essere, soprattutto, quella che riguarda i programmi interni nazionali, e non tanto quella sui programmi degli altri Stati. Per l'impresa varrà la regola contraria, per cui se il trader intende prendere lui l'iniziativa, dovrà volgersi all'ADR esistente negli Stati in cui risiede il consumatore, ma in questo caso, data la diversità di mezzi e capacità, l'informazione sarà più facilmente ottenibile.

Precisato il diverso interesse delle parti, si deve comunque auspicare la massima diffusione dei programmi di settore, a livello interno e cross border, in via telematica (che è il canale meno costoso), ed eventualmente tramite altri media, nella lingua nazionale e in altra presumibilmente conosciuta nella zona di diffusione. Il contenuto può essere limitato all'essenziale con il rinvio ai siti menzionati.

Quesito 2 – What should be the role of the European Consumer Centres Network, National authorities (including regulators) and NGOs in raising consumer and business awareness of ADR?

Trattandosi di diffondere l'informazione, sarebbe improprio vietare a qualcuno di contribuire per cui va visto con favore il fatto che notizie possano essere fornite dai Networks delle associazioni di consumatori, dalle NGO, e dalle autorità degli Stati. Naturalmente è necessario un coordinamento per evitare duplicazioni e dispersioni, e il compito potrebbe venire affidato alle autorità competenti dei vari Stati. Altrimenti ciascuna organizzazione potrà rivolgersi al proprio bacino di utenza, nello Stato in cui ha sede, e/o negli Stati in cui è presente.

Quesito 3 – *Should businesses be required to inform consumers when they are part of an ADR scheme? If so, what would be the most efficient ways?*

La risposta deve essere positiva. Non è eccessivo imporre al trader di informare il consumatore sul fatto che, in caso di controversia, esiste la possibilità di usufruire di un servizio di ADR. Tale obbligo è già previsto, in vari Paesi, in vari settori. Ad esempio, in Italia per le controversie in materia di comunicazioni, di servizi finanziari di controllo della borsa (Consob), sono previsti reclami, ricorsi interni e altro prima dell'accesso al giudice⁷. Naturalmente, tutto senza preclusioni sulla residenza o sulla cittadinanza dei consumatori.

L'informazione può accompagnare l'offerta commerciale oppure, in alternativa, può comparire nel sito del trader, nella pubblicità informativa o in qualsiasi altro luogo funzionale a far sapere al consumatore che in caso di conflitto esiste una possibilità di definire lo stesso senza ricorrere necessariamente ai giudici di uno Stato.

Si noti tuttavia che l'informazione riguarderà probabilmente i programmi di ADR stabiliti nel Paese in cui il trader la ha sede, e non in tutti quelli in cui opera, per cui l'aiuto al cross border consumer risulterà limitato. Di nuovo, risulta essenziale stabilire una regola di competenza territoriale analoga a quella prevista per i processi statali, regola che consenta ai consumatori di chiamare il trader di fronte alle organizzazioni di ADR stabilite nel loro Stato di appartenenza.

Quesito 4 – *How should ADR schemes inform their users about their main features?*

Se l'informazione non è già fornita in altro modo, occorre che tutti i dettagli dell'accesso al programma siano disponibili in rete, sul sito pertinente, tendenzialmente in più lingue.

I tratti essenziali da riportare devono riguardare: 1) le modalità di accesso (application forms prestampate che il consumatore può scaricare facilmente dal computer); 2) modalità di gestione (orale, scritta) e tempi per la presa in carico (settimane, o mesi dalla domanda); 3) costo e durata della procedura; 4) notizie sul contenuto del provvedimento (risarcimento del danno; restituzione della cosa; 5) possibilità di esecuzione forzata di una decisione favorevole; 6) nel

caso di mediation, efficacia dell'accordo raggiunto o conseguenze e preclusioni del mancato accordo.

COINVOLGIMENTO DI COMMERCianti E FORNITORI: L'ADR OBBLIGATORIA (QUESITI 5-8)

Quesito 5 – *What means could be effective in persuading consumers and traders to use ADR for individual or multiple claims and to comply with ADR decisions?*

Occorre distinguere le due ipotesi di ADR.

1) Arbitrato – La decisione con cui gli arbitri decidono una controversia (sentence arbitrale, award, lodo) è efficace fra le parti come una sentenza dei giudici, ed è quindi suscettibile di esecuzione forzata. Per stimolare l'adempimento spontaneo ed evitare le formalità del processo esecutivo, si potranno fissare delle astreintes da imporre in caso di ritardo⁸.

2) Mediation – Qui non ci sono decisioni, ma solo accordi contrattuali stipulati dalle parti, per cui l'esecuzione spontanea dovrebbe essere la regola. Può accadere tuttavia che una delle parti cambi opinione e si rifiuti di rispettare quanto già pattuito.

Per forzare l'adempimento, si può pensare ancora alle astreintes oppure a dotare il contratto o comunque il verbale di conciliazione stipulato in sede di ADR di una particolare efficacia esecutiva, tale da consentire l'esecuzione forzata del titolo, pur se non giudiziario. Nella stessa ottica, si potrebbe stabilire che il titolo valga anche per iscrivere ipoteca⁹.

Quesito 6 – Should adherence by the industry to an ADR scheme be made mandatory? If so, under what conditions? In which sectors?

La risposta può essere positiva. Le organizzazioni che raccolgono le industrie di un certo settore potrebbero elaborare programmi di ADR (arbitrato e mediazione) vincolanti per tutte le imprese affiliate, con l'ulteriore impegno che in caso di controversia esse dovranno prima cercare una sistemazione in ADR e solo poi, nel caso di rifiuto o insuccesso del tentativo, eventualmente agire in altre sedi.

Si dubita, tuttavia, che la cosa possa essere utile ai consumatori cross border. I programmi di ADR saranno infatti organizzati all'interno dello Stato in cui una certa industria opera, ma per essere veramente utili ai consumatori cross border occorrerebbe che essi fossero presenti anche negli altri Stati membri quelli nei quali si è instaurato o ha avuto esecuzione il rapporto contenzioso. Altrimenti, resterà il problema già menzionato: i consumatori che non possono agire nel loro Stato, non se la sentiranno di attivarsi all'estero, pur sapendo che la controparte si è impegnata a partecipare ad un programma di ADR.

Quesito 7 – *Should an attempt to resolve a dispute via individual or collective ADR be a mandatory first step before going to court? If so, under what conditions? In which sectors?*

La risposta deve distinguere le due ipotesi di ADR.

1) Arbitrato – Nei Paesi dell'Unione sarebbe illegittimo imporre alle parti di instaurare un procedimento arbitrale in luogo dell'azione. Per due ragioni: a) perché il ricorso agli arbitri è espressione di autonomia privata e non può essere imposto ai singoli, e b) perché il diritto di agire in giudizio è costituzionalmente garantito a livello comunitario, come a livello degli ordinamenti statali. Va dunque escluso che l'arbitrato possa essere un mandatory first step, il cui esito pregiudica l'accesso alla giustizia.

Per la verità, la tentazione di imporre una qualche forma di arbitrato *ex lege* è risalente anche in Italia. Si ricorderà che si era pensato di attenuare il vincolo disponendo che la parte potesse semplicemente rifiutarlo, agendo quindi in giudizio senza condizionamenti; si era proposto che il consumatore fosse vincolato all'esito del procedimento solo se a lui favorevole (secundum eventum litis); si era detto infine che l'arbitrato *ex lege* sarebbe stato tollerabile, se la tutela fosse stata sostanzialmente "equivalente" a quella ottenibile in giudizio. Tutto inutile: l'arbitrato è legittimo solo se la sua fonte è la concorde volontà delle parti.

2) Mediation – Qui il discorso è diverso, non essendovi ostacoli alla previsione di un ricorso facoltativo oppure obbligatorio, naturalmente sia nel contenzioso cross border che in quello interno.

In astratto, nulla impedirebbe scelte diverse nelle due ipotesi, ma

probabilmente se uno Stato impone una certa regola per i rapporti interni il medesimo comando varrà quando il rapporto ha carattere cross border. E' altresì ragionevole pensare che le controversie transfrontaliere verranno gestite dagli stessi organi e con le stesse procedure che si adottano per quelle nazionali, immaginandosi al massimo che gli enti in concreto officiati potranno valersi di mediatori specializzati nel diritto comunitario e internazionale.

Il carattere facoltativo della mediation rispetta l'autonomia del consumatore, perché lascia quest'ultimo libero di agire subito in giudizio contro il trader, se così preferisce. E' anche pensabile che il numero degli accessi sia limitato, e che le sopravvenienze vengano smaltite in tempi brevi. Vi saranno sempre problemi di organizzazione, perché almeno nella fase iniziale sarà impossibile organizzare una rete permanente di enti ragionevolmente numerosi, e dislocati sul territorio nazionale, come sarà impossibile preveder l'entità dell'impegno finanziario e di quello logistico (immobili, segreteria, supporto tecnico, archivi, ecc.). Le singole entità potrebbero essere sottodimensionate rispetto alla domanda oppure, viceversa, sovradimensionate, con spreco di risorse.

Ma il modo con cui il quesito è proposto e il linguaggio con cui è presentato fanno pensare che la Commissione preferirebbe una risposta orientata nel senso dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione. Che è tuttavia opzione non condivisa generalmente, e comunque non lo è dall'avvocatura di diversi Stati membri dell'Unione.

I termini del problema sono ormai notissimi. A favore dell'obbligatorietà, si rileva che l'esperimento di un tentativo preventivo non impedisce l'accesso alla giustizia che viene soltanto posticipato nell'interesse delle parti ad una sistemazione più rapida e meno costosa, e anche nell'interesse generale all'amministrazione della giustizia. Naturalmente l'obbligatorietà comporta che il tentativo sia considerato condizione di procedibilità dell'azione in giudizio, che è requisito generalmente tollerato a patto che l'accesso non sia reso eccessivamente difficile o non risulti dilazionato in misura troppo sensibile.

Sul piano operativo, si osserva che solo l'obbligatorietà consente di prevedere l'entità dell'afflusso e quindi permette di organizzare una rete sufficientemente fitta di enti capaci di fronteggiarlo acquisendo le

risorse necessarie a soddisfare la richiesta (finanziamenti, immobili, supporti logistici, personale). Si aggiunge che la mediazione obbligatoria offre occasioni di lavoro agli avvocati, la cui attività potrebbe essere svolta anche nella fase preprocessuale prevista dalla legge. Il d.lgs. n. 28/10 non prevede però il patrocinio obbligatorio pur imponendo all'avvocato l'obbligo di informare (art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/10) il cliente delle possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e dei casi in cui essa è condizione di procedibilità.

Militano in senso contrario vari argomenti, anche questi notissimi. Limitandosi a quelli dibattuti in Italia, con riferimento al d.lgs. n. 28/10 e al d. min. 10 ottobre 2010 n. 180, si osserva che l'obbligatorietà è ostacolo costituzionalmente illegittimo all'accesso alla giustizia, che viene eccessivamente ritardata dai quattro mesi concessi per l'esperimento del tentativo. Si rileva che l'attività del mediatore ha natura giuridica con ricadute, da ritenere illegittime, anche sull'eventuale successivo processo civile, come si deduce dalle norme sull'acquisizione delle prove, su un'eventuale CTU, sulle spese, sulla proposta finale del mediatore. Ci si duole che il tentativo finisca con l'essere un vero e proprio grado di giudizio, svolto in totale approssimazione (un surrogato di processo), magari da non tecnici, tale da pregiudicare la tutela dei diritti dei singoli. E mentre si capisce che la mediazione vada incentivata (con facilitazioni diverse), non si vede il motivo delle molte "ritorsioni" a carico degli avvocati, di cui il legislatore aprioristicamente teme la mancanza di collaborazione. Infine, vari settori della professione forense, non solo in Italia, hanno espresso il timore che la mediazione obbligatoria riduca le occasioni di lavoro, specie per le controversie minori.

Il TAR Lazio ha ritenuto fondati i dubbi di costituzionalità sollevati con un ricorso promosso da varie associazioni contro il Ministero della Giustizia e contro il Ministero dello sviluppo economico, ed ha quindi rinviato alla Corte costituzionale la relativa questione¹⁰. In attesa della pronuncia della Consulta, si può dire che seppure molti Stati europei conoscono ipotesi più o meno numerose di mediazione obbligatoria, in nessuno ci sono disposizioni ampie ed invasive come le nostre. Significativo l'art. 13 d.lgs. n. 28/10 che dispone per l'inversione del principio della soccombenza nel caso in cui la sentenza coincida integralmente con il

contenuto della proposta rifiutata dalla parte, vincitrice nel successivo giudizio. La norma tradisce una valenza intimidatoria nei confronti dell'avvocato e sembra caratterizzare la mediazione in senso strettamente valutativo preprocessuale e non meramente facilitativo di un accordo delle parti, più aderente alla natura prettamente volontaristica della mediazione, che ne avalla la legittimità ancorché prevista come condizione obbligatoria di procedibilità.

Ora, l'obbligatorietà del tentativo limita l'autonomia delle parti, ma non è soltanto per questo imposizione incostituzionale, perché si colloca su un piano strettamente negoziale, avente per contenuto l'invito a trattare seguito dall'accettazione di un'eventuale proposta. Manca pertanto l'elemento (sgradevole) dell'atto di forza e precisamente del terzo diverso dal giudice o da un arbitro concordemente scelto. Il che però non basta, dovendo comunque l'istituto rispondere a canoni di correttezza ed efficienza assolutamente irrinunciabili. In parte valendosi dei suggerimenti della Corte di giustizia europea e della Cassazione italiana, si può pensare ad un catalogo di requisiti che comprenda quanto segue¹¹.

1) Il tentativo deve essere esperito in una sede ragionevole e conveniente per entrambe le parti. Nei rapporti cross-border in cui sono coinvolti i consumatori detta regola dovrà essere simile a quella prevista dall'art. 16 Reg. 44/01, perché sarebbe vessatorio imporre loro un tentativo, e per di più in una sede disagiata.

2) L'esperimento dell'ADR può anche essere posto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che a rigore dovrebbe essere proposta solo dopo l'esito negativo del tentativo. Però se la domanda fosse proposta quando il tentativo non è ancora iniziato, oppure non è ancora concluso, deve ritenersi ammissibile che il giudice fissi la trattazione ad epoca successiva all'espletamento dell'incombenza (così l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 10/08).

3) Controparte non può essere obbligata a partecipare al tentativo di sistemazione, potendo semplicemente dichiarare di non voler alcuna mediation, nel qual caso si dovrebbe poter procedere senza indugi.

Resta ferma la soggezione per i costi fissi della procedura. Di nuovo l'art. 8 d.lgs. n. 28/10 introduce un elemento ritorsivo a detrimento della natura volontaristica della mediazione. La disposizione è particolarmente audace e il giudice potrebbe desumere ex art. 116 c.p.c argomenti di prova dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. Dunque una valutazione discrezionale legata a un non facere collocato prima o fuori dal giudizio;

4) La proposta di ADR è atta a provocare la sospensione-interruzione dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio; non bastando però a questo fine un generico invito a partecipare al tentativo, occorrendo invece indicazioni precise sul diritto dedotto, quello che sarà poi l'oggetto del processo.

5) Deve essere assicurata la facoltà di attivarsi in sede cautelare di fronte al giudice se questo fosse necessario ad assicurare l'utilità dell'eventuale, futura pronuncia giurisdizionale. L'art. 5, nn. 3 e 4, d.lgs. n. 28/10 sembra coerente con detta esigenza.

6) il tentativo dovrà essere necessariamente esperito entro un lasso di tempo ragionevolmente limitato da rapportare alla durata media del processo. Il d.lgs. n. 28/10 prevede una durata non superiore ai quattro mesi (art. 6) magari accettabile in Italia, ma che certo troverebbe ferma opposizione in altri Paesi dove tutto il processo dura meno di un anno. Decorso il termine l'interessato può agire in giudizio, anche interrompendo la mediation in corso. L'elemento temporale è assolutamente fondamentale, dovendosi ribadire che se per l'ente prescelto l'afflusso fosse troppo consistente, o le risorse non sussistessero, o sorgesse un qualunque impedimento, anche giustificato, in ogni caso il tentativo andrebbe interrotto.

Andranno considerati vari altri fattori. Se ne elencano due:

1) Gli enti gestori dell'ADR possono essere pubblici, come, ad esempio, le Camere di commercio, oppure quelli organizzati dagli Ordini degli Avvocati e altri ancora, comunque appoggiati a struttura pubbliche utilizzate senza costi, oppure a costi ridotti (solo il personale, i servizi), oppure privati. Questi dovranno dimostrare di avere la

capacità finanziaria e organizzativa necessaria, di avere a disposizione una sede e un numero di mediatori adeguato a gestire un contenzioso di cui ancora non si conosce la consistenza. Gli enti privati si potranno in concorrenza con quelli pubblici, i quali saranno avvantaggiati dai minori costi di impianto, ma meno flessibili, di quelli privati e quindi tendenzialmente meno efficienti. Nel caso di mediation obbligatoria, i costi dovrebbero essere ridotti, e uguali in tutti gli enti di ADR, pubblici o privati che siano¹².

2) C'è un'ambiguità di fondo, assolutamente eclatante nel sistema italiano. Da un lato, si dice che il tentativo è un esperimento negoziale, e non un grado di giudizio surrettiziamente inserito, e che per questo è improprio parlare di limiti all'accesso alla giustizia.

Dall'altro, si moltiplicano le pretese, con una pericolosa deriva verso un inaccettabile "simil processo". I mediatori si impegnano a lavorare per compensi ridotti, ma ovviamente sono tenuti a garantire disponibilità, serietà ed efficienza. Si pretendono anche conoscenze sulla gestione delle trattative, sulle tecniche di comunicazione, nonché conoscenze giuridiche a vario livello: meno approfondite per i mediatori "generalisti", più professionali per quelli esperti di diritto internazionale privato, di diritto dei consumatori, in rapporti interni o cross border, e altro.

Anche i problemi del rito andranno ben conosciuti, tanto che sono ormai trattati a livello manualistico, con l'exasperazione tipica delle questioni processuali.

Almeno in questa prima fase, in cui neppure si sa se la mediazione sarà obbligatoria o facoltativa, sarebbe meglio ridurre le pretese di formazione specifica, e affidarsi alla classe forense, vale a dire agli avvocati che sono i soggetti istituzionalmente preposti alla gestione delle controversie. E' contraddittorio parlare di un'attività meramente negoziale, ma poi impiantare una disciplina processuale; come lo è liberalizzare l'attività, ma poi pretendere stringenti requisiti giuridici, con problemi di formazione, con dispendio di risorse, e risultati da verificare.

Di più. Il successo di qualunque sistema di ADR dipende dalla collaborazione della classe forense, e non avrebbe senso che un

legislatore pensasse di costruire l'alternativa in contrasto con gli avvocati del proprio Paese. In nessun Stato dell'Unione europea, la mediazione è stata accolta con ostilità, ritenendosi, in genere, che essa giovi all'amministrazione della giustizia statale, e che costituisca un'opportunità per tutti, ma è altrettanto vero che nessuno Stato ha una disciplina così palesemente ostile all'avvocatura, ritenuta ostacolo e non protagonista necessaria dell'ADR.

Infine, per completare la risposta al paper, il settore nel quale l'ADR può essere imposta come obbligatoria, ma non è detto che debba necessariamente esserlo, è naturalmente quello contrattuale. E quindi della compravendita, anche on line, di servizi (turismo, assicurazioni, comunicazioni elettroniche, subfornitura) e di beni di consumo, compresi i medicinali, i prodotti bancari e finanziari, senza limitazioni di carattere oggettivo, ed anzi con possibilità di estensione a tutti i rapporti fra il trader e il consumer cross border. Ad esempio, includendo il franchising, il diritto d'autore, e altre materie come risulta dalle esperienze degli Stati dell'Unione¹³.

Quesito 8 – Should ADR decisions be binding on the trader? On both parties? If so, under what conditions? In which sectors?

Il problema prospettato non si pone nel caso di arbitrato facoltativo, perché in tal caso la decisione non può che essere vincolante per entrambe le parti.

Nel caso di arbitrato obbligatorio, per aggirare il divieto, si è proposto di assoggettare alla decisione sfavorevole solo il trader e non il consumatore, libero di rifiutare la decisione e agire in giudizio. Soluzione accettabile in teoria, ma in pratica difficile risultando improbabile che il consumatore, già soccombente una volta, decida di continuare nel contenzioso, addirittura in giudizio. Da qui deriva che in questa come in altre forme, l'arbitrato obbligatorio va rifiutato.

Nella mediazione il problema non si pone perché non ci sono decisioni di terzi imposte alle parti, ma solo accordi liberamente stipulati, per cui il vincolo è conseguenza naturale del contratto.

DIFFUSIONE DEI PROGRAMMI DI ADR SUL TERRITORIO E SPECIALIZZAZIONE

Quesito 9 – *What are the most efficient ways of improving consumer ADR coverage? Would it be feasible to run an ADR scheme which is open for consumer disputes as well as for disputes of SMEs?*

Il consultation paper mette in evidenza che vi sono lacune sia in punto di diffusione territoriale dei programmi, sia in punto di specializzazione degli stessi. In questa fase, si ritiene praticamente impossibile predisporre un apparato distribuito in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, con enti capaci di gestire arbitrati, o un numero ragionevole di procedimenti di mediation. E ancora più arduo che si riesca a costituire organismi di ADR specializzati nel contenzioso sui trasporti, sulle telecomunicazioni, sugli strumenti finanziari, e via dicendo.

Adesso l'obiettivo primario dovrebbe essere quello di stabilire una rete di centri ADR ragionevolmente diffusa sul territorio, trascurando per il momento specializzazioni. In futuro, quando sarà più chiara l'entità dell'afflusso, e saranno sicuri i finanziamenti si potrà migliorare l'offerta alternativa.

Quesito 10 – *How could ADR coverage for e-commerce transactions be improved? Do you think that a centralised ODR scheme for cross-border e-commerce transactions would help consumers to resolve disputes and obtain compensation?*

I consumatori che instaurano rapporti cross border e stipulano contratti in rete sono sicuramente in grado di avvicinarsi a programmi di ODR, e di gestirli senza incontrare problemi troppo seri.

La diffusione di questi programmi è meno costosa e più facile dello stabilimento di centri permanenti a cui sia necessario accedere anche fisicamente, ma l'esclusione del confronto diretto talvolta porta alla radicalizzazione delle posizioni e quindi al fallimento dell'ADR.

Quesito 11 – *Do you think that the existence of a “single entry point” or “umbrella organisations” could improve consumers access to ADR? Should their role be limited to providing information or should they also deal with disputes when non specific ADR scheme exists?*

L’istituzione di un centro di smistamento delle richieste di ADR capace di indirizzarle verso l’ente più adatto, a trattarle (per vicinanza e/o competenza) sarebbe certamente utile. Per esempio, il centro potrebbe convogliare tutte le istanze di un certo tipo verso un certo organismo, e informare il consumatore del tempo di attesa prima che la sua richiesta sia presa in considerazione, e altro.

Quesito 12 – *Which particular features should ADR schemes include to deal with collective claims?*

Le controversie instaurate per ottenere collective redress a seguito di fatti lesivi aventi carattere plurioffensivo (lesioni di massa) sono spesso molto complicate. Esigono accertamenti di fatto articolati, applicazione precisa di norme di diritto, tutela dei diritti dei molti che partecipano all’iniziativa collettiva, e di quelli che non vi partecipano, ma che possono essere interessati all’esito.

Molti Paesi dell’Unione non hanno ancora ammesso questo tipo di azioni nel giudizio statale, e molti di quelli che di recente hanno dato spazio non hanno maturato esperienze sufficienti in materia.

Per quanto riguarda l’Italia, al marzo 2011, risultavano pendenti 11 azioni di classe promosse subito dopo l’entrata in vigore della legge ex art. 140 bis cod. cons. (gennaio 2010). Tutte, salvo una, sono state dichiarate inammissibili all’esito della prima fase del giudizio. Le pronunce più significative sono del Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010¹⁴ che ha respinto la domanda promossa da associazioni di consumatori contro un istituto di credito perché tesa ad ottenere una sentenza di mero accertamento della scorrettezza di pratiche bancarie e non il risarcimento di consumatori in realtà non ancora danneggiati. Il provvedimento è stato confermato da Corte d’Appello Torino, ord. 27 ottobre 2010¹⁵.

Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010¹⁶, ha dichiarato parzialmente ammissibile un’azione promossa da un consumatore e da

un'associazione di consumatori contro una società farmaceutica e tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito dal singolo per l'assunzione di un farmaco antinfluenzale, nonché il risarcimento di tutti gli altri consumatori (non identificati) vittime dello stesso farmaco.

Per il momento, pare dunque prematuro pensare di devolvere *collective claims* all'ADR, che prevedono di solito una gestione delle controversie con procedure semplificate, di breve durata e non costose¹⁷.

Negli USA, è ammesso il ricorso al c.d. class arbitration solo quando la volontà dei membri della classe sia manifestata in modo univoco. Non basta quindi che le parti in un contratto abbiano convenuto che le eventuali controversie individuali vengano devolute ad arbitri per affermare ed espandere l'ambito della devoluzione, ma occorre che sia anche previsto che nell'ipotesi di class actions, la parte rinuncia all'azione in giudizio, unendosi all'iniziativa arbitrale. Nel silenzio delle clausole compromissorie inserite nei contratti, l'arbitrato è escluso¹⁸.

Quesito 13 – *What are the most efficient ways to improve the resolution of cross-border disputes via ADR? Are there any particular forms of ADR that are more suitable for cross-border disputes?*

Sia l'arbitrato che la mediation sono funzionali allo scopo prefissato, dovendosi peraltro avvertire che il consumatore farà un solo tentativo, e che assai difficilmente agirà in giudizio in caso di esito negativo. Entrambi gli istituti esigono accertamenti sommari in fatto, procedure rapide e non costose, condanne ad adempimenti non complicati (pagare, restituire).

Non c'è bisogno di dettare regole diverse per i casi in cui la controversia coinvolga consumatori trasfrontalieri da quelle previste per i casi strettamente nazionali, al pari di quanto accade nei processi statali la cui disciplina si applica a tutti i rapporti contenziosi. Specie, se si conviene che la sede dell'arbitrato o della mediation debba essere quella del consumatore. I problemi di maggior rilievo sono quelli linguistici, perché potrà essere necessario che l'arbitro o il mediator conoscano la lingua del contratto, dei documenti prodotti, quella che descrive il contenuto dei beni, oppure quella che ne regola la distribuzione, e sarà quindi indispensabile affidarsi a professionisti che sollevino le parti dall'onere di tradurre i documenti importanti¹⁹.

LE RISORSE FINANZIARIE (QUESITI 14-16)

Quesito 14 – *What is the most efficient way to fund an ADR scheme?*
Il modo migliore per sostenere finanziariamente i programmi di ADR è probabilmente quello di sollecitare contributi sia pubblici che privati, il fabbisogno dei quali non è peraltro agevolmente determinabile.

Le necessità saranno ridotte nel caso in cui il ricorso all'ADR sia facoltativo (ridottissime, se si tratta del solo contenzioso cross border), dovendosi evidentemente pensare ad un apparato non particolarmente articolato e non radicato su tutto il territorio nazionale. Il discorso sarà diverso se l'ADR diventa obbligatoria, e lo diventa per un numero importante di casi, dovendosi allora predisporre strutture molto più capienti, ovviamente con oneri assai più pesanti. Poi occorre decidere in punto di dislocazione territoriale, dovendosi scegliere fra stabilire poche grandi sedi nei centri più importanti, o più sedi meno articolate, ma facilmente accessibili sul territorio.

I costi delle strutture (immobili, supporti logistici, personale fisso) saranno quelli di maggiore consistenza e dipenderanno dalle soluzioni adottate per i problemi precedenti. Con tutta probabilità, per qualche tempo, le strutture non saranno utilizzate a pieno tempo, e per questo converrà appoggiarsi ad enti già operativi, così da ridurre i costi di avviamento.

Ci saranno anche costi legati all'attività di arbitri e mediatori. Dipenderanno dal numero delle controversie in cui essi sono coinvolti, dal lavoro necessario per la decisione o per la mediation, dal valore delle pretese, ma ovunque sono previsti onorari ridotti.

Quesito 15 – *How best to maintain independence, when the ADR scheme is totally or partially funded by the industry?*

L'indipendenza dei singoli arbitri o mediators può essere assicurata fissando un sistema di assegnazione degli incarichi a sorteggio, oppure a rotazione fra un numero rilevante di soggetti disponibili, che saranno quasi sempre avvocati. I contributi privati riguarderanno poi soprattutto i costi fissi, di struttura, e non gli onorari

dovuti ai professionisti coinvolti nei singoli casi, dovendo di questi farsi carico le parti.

Quesito 16 – *What should be the cost of ADR for consumers?*

Ovviamente ridotto, comunque proporzionato al valore della controversia. Nel caso di arbitrato si applicherà il principio secondo cui i costi sono a carico del soccombente, mentre nella mediation, le parti si accorderanno sulla ripartizione dell'onere.

NOTAS

- 1 Su cui V.Vigoriti, La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?, in Riv.arb. 2009, p. 1.
- 2 Gli scritti in tema sono ormai innumerevoli: per tutti ved. T.Galletto, Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile, Milano, 2010, p. 10 ss., ed ivi la menzione delle ipotesi di mediation obbligatoria in Italia.
- 3 V.Vigoriti, Nodo dell'organizzazione e "limature" tecniche ma l'istituto resta un'opportunità per i legali, in Guida al Diritto, 2010, n. 17, p. 23.
- 4 Nel senso che le regole sulla competenza garantiscono l'effettività della tutela giurisdizionale ved. Corte Unione Europea 29 ottobre 2009, causa C-63/08, Pontin c. T-Comalux S.A.
- 5 Di recente, Telepass s.p.a. ha proposto di modificare il contratto con gli utenti inserendo la seguente clausola: "TLP aderisce all'Accordo tra Autostrade per l'Italia S.p.A. e le Associazioni dei Consumatori Adoc, Adusbef, Codacons e Federconsumatori, attuali firmatarie del Protocollo di Conciliazione che prevede la costituzione di un Ufficio di Conciliazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie mediante la Procedura di conciliazione. I Clienti di Telepass S.p.A., rappresentati dalle predette Associazioni, se insoddisfatti per la risposta ad una contestazione, possono risolvere in modo semplice e rapido le controversie inerenti l'errata gestione dei contratti Telepass. La procedura è gratuita per il Cliente, salve le spese relative alla corrispondenza inviata. La domanda di conciliazione – presentata mediante apposito modulo disponibile sul sito www.telepass.it ovvero presso i Punto Blu e le sedi territoriali delle Associazioni dei Consumatori – va inoltrata, con Raccomandata A/R, all'indirizzo indicato al precedente art. 7.2 o

via fax al numero 06.4363.2180 o via e-mail all'indirizzo conciliazione@autostrade.it La domanda sarà esaminata da una Commissione di Conciliazione composta da un conciliatore di TLP e da un conciliatore di una delle Associazioni dei Consumatori. In caso di accordo tra le Parti la conciliazione si conclude con la definizione della pratica. Il cliente è libero di accettare o di rifiutare la soluzione proposta. La Procedura si conclude comunque non oltre 120 giorni dalla data di ricezione della domanda. Il ricorso all'Ufficio di Conciliazione non priva il Cliente del diritto di adire, in qualunque momento, l'Autorità giudiziaria competente.

- 6 L'ordinamento italiano conosce diverse ipotesi di *astreintes* (ad esempio nella disciplina della proprietà intellettuale) e nel 2009 ha introdotto una norma specifica (art. 614-bis, c.p.c., concernente l'attuazione degli obblighi di fare infungibile, o di non fare) Nello stesso senso è l'art. 11 d.lgs. n. 28/10.
- 7 Ved. l'art. 12, D.lgs. n. 28/10, una disposizione, questa, che do il senso dell'irrevocabile e quindi può suscitare timori.
- 8 Tar Lazio, Sez. I, ord. 12 aprile 2011. Nel senso dell'incostituzionalità si erano espressi molti autori: fra gli altri Scarselli, L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/11, in Foro it., 2011, V, c. 54.
- 9 Ved. le indicazioni contenute in Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, in cui era coinvolta Telecom Italia.
- 10 L'art. 16, comma 4, Tabella A del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 dispone: *“Valore della lite – Spesa (per ciascuna parte). Fino a euro 1.000: euro 65; da euro 1.001 a euro 5.000: euro 130; da euro 5.001 a euro 10.000: euro 240; dal euro 10.001 a euro 25.000: euro 360; da euro 25.001 a euro 50.000: euro 600; da euro 50.001 a euro 250.000: euro 1.000; da euro 250.001 a euro 500.000: euro 2.000; da euro 500.001 a euro 2.500.000: euro 3.800; da euro 2.500.001 a euro 5.000.000: euro 5.200; oltre 5.000.000: euro 9.200”*. E' anche prevista la possibilità di aumentare fino a 1/5 l'importo dovuto o diminuirlo di 1/3, in presenza di certe circostanze.
- 11 L'art. 5, D.lgs. n. 28/10 prevede l'obbligatorietà della mediazione in un numero di ipotesi assai consistente. Al momento non esiste un apparato, pubblico o privato, tale da poter garantire lo smaltimento dell'afflusso dei procedimenti che dovessero venire instaurati in forza di tale norma. Il 17 febbraio 2011 il Senato ha confermato che la mediazione è obbligatoria per tutte le controversie di cui all'art. 5 cit., ad esclusione di quelle condominiali e di quelle instaurate per il risarcimento dei danni

da incidenti stradali. Per queste il tentativo diventerà obbligatorio a partire dal 20 marzo 2012.

12 In Foro it., 2010, I, c.2523.

13 In Foro it., 2010, I, c.2530.

14 In Foro it., 2011, I, c.2017. Si sa di altre azioni contro istituti bancari, contro produttori di sigarette, ma non se ne conoscono i dettagli.

15 Altri riferimenti in Vigoriti e Conte, Futuro giustizia azione collettiva mediazione, Torino, 2010.

16 Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp., 130 S.Ct. 1758 (2010).

17 Gli artt. 3 e 6 D.M. n. 180/10 prevedono l'istituzione del registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione, all'interno del quale sono previsti elenchi di mediatori specializzati in rapporti di consumo e in rapporti internazionali.

Artigo recebido em: 17/06/2009

Aprovado para publicação em: 24/06/2009