

MEDIAZIONE E AVVOCATURA

Le tre politiche in materia Processuale Civile

di
Michele Gorga¹

1.1. *Premessa: l'attuale stato della giustizia civile in Italia*

La crisi del sistema della giustizia civile in Italia almeno due decenni è oggetto di continue analisi giornalistiche e socio-giuridiche. La grande mole di processi pendenti – che incidono direttamente e negativamente sul sistema economico del paese – altro non rappresenta se non l'arretratezza procedurale e strutturale dell'attuale arcaico metodo di organizzazione del lavoro nel processo. A questo stato di cose il legislatore ha tentato di porre rimedio, da un lato, con le modifiche procedurali - si pensi in proposito all' introduzione dei riti alternativi quali l'arbitrato, la mediazione finalizzata alla conciliazione, o alle poco garantiste forme di riscossione coattiva - e, dall'altro, lo stesso legislatore è intervenuto a piene mani, con la modifica del rito civile tanto che allo stato attuale unanime è la richiesta degli operatori del diritto per l'unificazione, a poche fattispecie delle tipologie procedurali e dei modi per affrontare una causa civile. L'unificazione dei riti nel processo civile è oramai un'emergenza irrinunciabile dato che vi è stata, fino ad oggi, una proliferazione caotica degli stessi. In merito basti qui ricordare che al rito disciplinato dal codice del 1942, per le cause iniziate prima del 30 aprile 1995, è seguita la novella del 1990 per le cause iniziate dopo il 30 aprile 1995, quest'ultimo è stato modificato dalla legge sulla competitività la n. 80 del 2005 per le cause iniziate dopo il 1 marzo 2006. Quest'ultima riforma è stata poi disciplinata sulla falsariga del rito societario per le cause iniziate dopo il 1 marzo 2006. Ancora recentemente una profonda riforma del rito è stata fatta con legge 18 giugno 2009 n. 69, che ha introdotto anche il rito sul processo sommario di cognizione, ed altre importanti novità ivi compresa l'abolizione del rito societario, ed ancora con il d.l. 29 dicembre 2009 n. 193, convertito in legge 22 febbraio 2010 n. 24, è stato modificato il regime delle notifiche telematiche. Riforma del rito poi che, infine, per adesso, ha trovato ulteriore modifica con il decreto legislativo del 4 marzo 2010 n. 28, in tema di conciliazione, che ha introdotto per molte materie il tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda. Si aggiungano poi i vari riti speciali introdotti nel corso degli anni per singole tipologie di controversie in materia di lavoro, società, famiglia. Il solo processo di cognizione ordinario conta oggi ben quattro riti ai quali sono da aggiungersi quelli speciali per un totale di circa trenta modi diversi per affrontare una causa civile. Tutto ciò sottacendo delle altre riforme processuali quali ad esempio in materia di esecuzioni mobiliari, o la riforma del giudizio davanti alla Corte di Cassazione e dei quesiti di diritto oggi soppressi. Da qui nasce l'esigenza di una ricostruzione di tutto il modo di pensare alla giustizia civile, ricostruzione di cui, oggi, si sente l'assoluta necessità quando si deve purtroppo prendere atto – come purtroppo si è costretti a fare- che la Giustizia, di cui il diritto costituisce il supporto, è in crisi profonda con tutta una serie di conseguenze negative di carattere sociale, economico e politico. Basti pensare all'intollerabile lungaggine dei processi, specie nelle aree meno infrastrutturale e di maggiore malessere economico del paese, con la conseguenza di fatto di un vero e proprio diniego

¹ Michele Gorga, Avvocato Cassazionista, Docente di Mediazione e Conciliazione presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università Europea di Roma. Docente in mediazione civile e commerciale accreditato dal Ministero della Giustizia a tenere corsi di formazione per mediatore civile e commerciale .

di Giustizia, di ritardi e lentezze che non sono state affatto recuperate con la semplicistica soppressione delle garanzie per il cittadino, come è stato fatto con la sostituzione del giudice collegiale con quello monocratico che, invero, ha eliminato il contraddittorio tra i giudici decidenti in camera di consiglio che era l'elemento che distingueva l'attività giudiziaria da quella amministrativa come garanzia dell'imparzialità dei giudizi. Questo stato di cose è poi oggi sempre più aggravato dal fatto che la stessa legislazione concorre a porre in crisi il sistema nel suo complesso, anche attraverso la soppressione di elementari garanzie per la generalità dei consociati, come avviene per innumerevoli fondamentali compiti di benessere a cui è tenuta la P.A., o fondamentali servizi pubblici, o di mancanza di ogni tutela giurisdizionale dinanzi alle pretese tributaria e fiscale di un'amministrazione finanziaria sorda alle giuste istanze dei cittadini, basti pensare in merito all'attuale ibrida disciplina della formazione dei ruoli esattoriali. Questo stato di cose ha reso, nel tempo, sempre più determinate l'interpretazione della legge da parte dei giudici in funzione correttiva e integrativa, e quindi, sempre più decisiva la loro attività di ermeneutica inevitabilmente anche di scelta politica finendo, così, per modificarli geneticamente giacché gli stessi giudici non sono più soggetti alla legge, come il 2° comma dell'art 101 della nostra Costituzione prescrive, ma sono al di sopra della legge dovendola spesso completare, modificare o addirittura integrare per renderne più razionale l'applicazione. A questo stato di crisi del processo si è tentato di far fronte mediante il ricorso a una generalità di soluzioni, tra queste anche l'informatica. Ma l'uso dell'informatica da parte del giurista, sebbene oggi sia abbastanza diffuso nell'ambiente forense, raramente è accompagnato da nozioni tecnico-scientifiche che dovrebbero essere possedute da chiunque voglia farne un uso consapevole. Questa cultura sostanziale oggi ancora manca e non solo perché esistono pochissimi corsi universitari della disciplina, ma soprattutto perché è assente una seria programmazione didattica universitaria, sulla propedeuticità dell'insegnamento disciplinare specifico, non potendosi ritenere che vi possano sopperire gli scarni moduli didattici delle Scuole di Specializzazione delle Professioni Legali e gli asfittici moduli sul processo civile telematico. Così come inammissibile è l'assenza dell'obbligatorietà della formazione continua specialistica per l'avvocatura sulla disciplina². Il processo telematico nell'attuale esperienze storica, alla luce di queste considerazioni strategiche di fondo versa perciò in reali difficoltà, nonostante che con lo stesso oggi si miri al raggiungimento di obiettivi molto limitati, riassumibili nella duplice, ma diversa, possibilità di usare l'informatica nel diritto in una applicazione immediata che possiamo chiamare di "automazione formale", più superficiale, consistente nello svolgere talune operazioni di rilievo giuridico attraverso il computer al fine precipuo di guadagnare in termini di tempo e di comodità (come, ad esempio, nel caso in cui si ricorra alla telematica per eseguire le notifiche) o nel liberare le cancellerie dal lavoro sul fascicolo per abbattere i tempi del c.d. "attraversamento". Altra cosa, invece, da divenire in tempi non immediati, è il suo utilizzo come "automazione sostanziale" ben più rivoluzionaria, per ripensare, - in occasione dell'uso del computer e valorizzando tutte le sue caratteristiche e notevoli potenzialità -, tutto il "modus operandi" prescritto dalle leggi per ricostruirlo su basi più razionali, più economiche, più democratiche, più rispondenti alle esigenze del tempo d'oggi³. Quindi posto che le carenze della nostra giustizia civile, non sono denunciate dalle sole critiche interne, ma sono segnalate anche da studi internazionali, testimoniate dal disagio dei cittadini e delle imprese e nella durata dei processi, occorre, se pur brevemente, richiamare qui il confronto internazionale che si presenta, per la nostra giurisdizione, impietoso⁴. Va rilevato, infatti, l'impressionante numero di condanne emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - la CEDU - nei confronti del nostro Paese. E tuttavia deve essere qui segnalato che la crisi della giustizia non è dovuta tanto alla carenza

² GORGA M., *la formazione professionale dell'avvocatura anche sulla luce delle discipline più recenti* in Riv. amministrativa. Repertorio Italiano, 2009, 499 ss.

³ Vedi RIEM G., SICORRI GAUDENZI A., *la giustizia italiana e le procedure informatizzate*, Rimini, 2005, 101 ss. vv. anche CONTALDO A., GORGA M., *E-LAW, le professioni legali la digitalizzazione delle informazioni giuridiche e il processo telematico*. Soveria Mannelli 2006

⁴ Nell'elenco il numero si riferisce alle denunce anno 2008 : Albania 1; Andorra 0 ; Armenia 0 ; Austria 62; Belgio 44; Bulgaria 40; Danimarca 16; Francia 305; Germania 38; Grecia 204; Italia 1.258.

di risorse quanto ai difetti dell'organizzazione e nella carenza degli incentivi. L'Italia è, infatti, il paese che per il costo pro-capite del servizio giustizia spende più di ogni altro Paese preso a paragone. Orbene posto che la crisi della giustizia comporta effetti negativi sulla definizione dei rapporti economici, sull'affidabilità degli investimenti, sulla praticabilità dei rimedi e che sull'*enforcement* dei provvedimenti ottenuti a seguito di processi lunghi e difficili, e che in fin dei conti vanificano e banalizzano la certezza del diritto, il problema che si è posto è quello della ricerca di soluzioni strategiche nell'immediato e nel medio periodo per risolvere la crisi del sistema giustizia. Economisti e giuristi attenti al diritto «in azione» s'interrogano sulla capacità di risolvere in modo rapido e giusto le controversie tra gli operatori e quelle tra gli operatori e consumatori, sicchè si sono autoimposte scelte strategiche che sono stati individuate nelle politiche dell'innovazione e nella riorganizzazione del sistema del lavoro giudiziario, nello sviluppo delle ADR, della mediazione e conciliazione e nella definitiva realizzazione del processo telematico.

1.2. La prima scelta strategica: le politiche dell'innovazione in campo giudiziario e le best practices

Le politiche per la sviluppo della ricerca dell'innovazione e per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, hanno un ruolo strategico nel settore vitale dell'amministrazione della giustizia essendo, più di altre, il motore per far crescere la competitività del Paese e superarne così i ritardi. La scarsa capacità innovativa del settore pubblico in generale – e di quello giudiziario in particolare - costituisce, infatti, una delle principali fonti del ritardo di competitività del Paese. Proprio per superare questo ritardo notevoli sono le spinte della politica regionale, comunitaria e nazionale volte ad evidenziare la necessità dell'innovazione e dell'applicazione della conoscenza e al migliore utilizzo del potenziale applicativo delle nuove Tecnologie. Le attuali debolezze, dunque del sistema “giustizia” appaiono proprio dovute all'inadeguato clima concorrenziale e di assenza di valutazione del merito dell'amministrazione pubblica in generale e di quelle della giustizia in particolare, e quest'ultima amministrazione rispetto alle altre, pare che voglia godere all'infinito di una non più tollerabile rendita di posizione che la proiettano ai livelli di competenza più bassi in ordine al servizio reso. Questo stato di cose scaturisce dallo scarso coinvolgimento dei lavoratori del settore giustizia al processo innovativo, nonostante le nuove opportunità offerte dalle Tecnologie dell'Informazione e Comunicazione e dalla difficoltà a tradurre, nel sistema del lavoro giudiziario, tali nuove tecnologie in innovazioni organizzative, dato che si reitera in esse il geloso mantenimento di metodi lavorativi della classe forense, della magistratura e del personale amministrativo che appaiono poco incline ad accettare trasparenze e valutazioni dell'operato.

Il mondo giudiziario in generale, e le singole unità operative dell'amministrazione della giustizia quali : Corti, Tribunali, Procure, pongono non poche resistenze ai nuovi ed innovativi metodi di organizzazione del lavoro giudiziario e alle nuove regole offerte dalla Tecnologia. Il personale giudiziario cioè concepisce il *software*, il *computer* come qualcosa di alieno. Questo stato di cose è frutto non solo della non conoscenza, ma soprattutto è espressione della distanza culturale che gli operatori hanno rispetto alle nuove procedure informatizzate del lavoro giudiziario dato che essi si sono formati e sono stati selezionati e reclutati in epoche in cui le abilità informatiche non erano richieste. Ecco perché occorre un ripensamento del lavoro giudiziario, che non può prescindere dall'innovazione tecnologica e della massiccia immissione di capitale umano, istruito all'uso degli strumenti della tecnologia, in modo da rivoluzionare totalmente l'accesso alla giustizia, attraverso tutta una serie di servizi fruibili solo *on line* così come quasi tutte le altre attività dovrebbero essere esperibili in questa modalità, riducendo così l'accesso fisico al servizio giustizia solo per la trattazione orale delle cause e per l'istruttoria integrativa. E' di tutta evidenza che ciò potrà essere assicurato con interventi programmatori e attuativi rivolti a promuovere, o comunque indurre la massima sensibilizzazione della domanda da parte dei cittadini per la

diffusione dei servizi *on line*. In questo senso l'amministrazione della giustizia può svolgere un fondamentale ruolo di traino e di stimolo alla diffusione e all'uso delle Tecnologie attraverso un'erogazione efficace ed efficiente del servizio ai cittadini-utenti (*front office*). L'attuale configurazione a compartimenti stagni del sistema organizzativo dei Tribunali rende oggi particolarmente difficoltoso la diffusione delle *best practices* che pure esistono all'interno del sistema come dimostrano i casi delle esecuzioni immobiliari, e di alcuni tribunali particolarmente attenti alla programmazione del lavoro, si vedano ad esempio in proposito le esperienze dei Tribunali di Bolzano e Torino che sono state molto pubblicizzate a livello nazionale, ma alle quali non hanno fatto seguito esperienze significative a livello generale. Trasparenza, conoscenza, informazione e risultati messi a disposizione di tutti in tempo reale, facilitano i percorsi di *benchmarking* e favoriscono i processi di apprendimento organizzativo basati non su modelli astratti bensì su "prassi virtuose", sperimentate da altri operatori del sistema e che possono essere assunte, modificate, arricchite e adattate. L'attuale configurazione organizzativa del processo, dei Tribunali, e relative relazioni con gli avvocati impedisce l'acquisizione di una cultura e di una logica dei servizi che metta al primo posto la relazione organizzazione-utente (*stakeholder*), l'individuazione delle responsabilità, la definizione in tempi certi, i diritti dell'utente e la ricerca della qualità del servizio stesso. L'utilizzo sistematico delle nuove tecnologie comporterà, invece, inevitabilmente un aumento della trasparenza in tutto ciò che è prodotto dai singoli e dall'organizzazione del suo complesso. L'approccio sistemico all'organizzazione del lavoro giudiziario e delle procedure lavorative richiede, quindi, un disegno non casuale ma scientifico, retto da una filosofia innovativa del servizio pubblico e un raccordo organico tra tutte le componenti organizzative, tecnologiche e regolamentari del sistema giustizia⁵. Un approccio multidisciplinare nell'ottica di studio e verifica delle nuove soluzioni, con ricorso ad un percorso di progettazione, che sulla base di un programma generale gestibile a livello nazionale, veda a livello locale le singole realtà giudiziarie, tra loro raccordate, nelle soluzioni informatiche di analisti di organizzazione dei processi lavorativi il più alto coinvolgimento di esperti nelle differenti discipline dell'informatica e del diritto quali avvocati, giudici e cancellieri. Questi sono i veri attori-utenti principali del settore giustizia e questi sono i lavoratori del settore giudiziario e non è concepibile una riorganizzazione senza la partecipazione dei principali utenti del sistema giustizia. Occorre in verità un modello generale volto a superare le mere esperienze sin qui proliferate dei "progetti pilota" che non hanno mai avuto attuazione definitiva, nelle varie sedi, di sperimentazione in giro per l'Italia che sono rimasti solo dei "progetti". La metodologia da utilizzare, invece, è quella che deve rivolgersi *in primis* a tutti gli operatori del sistema giustizia è all'organizzazione dei loro processi lavorativi alla loro formazione sia frontale che in modalità *e-learning* e quindi, in quest'ultima modalità, in modo continuo e permanente. *In secundis* la finalità è quella di costituire un sistema valido dal punto di vista tecnico e dal punto di vista funzionale, verificabile nelle sue specifiche e nelle sue modalità operative, allo scopo di renderlo poi successivamente replicabile su scala nazionale. Occorre, perciò, coinvolgere, oltre al personale tecnico gli esperti in processi di organizzazione del lavoro, gli esperti delle misurazioni statistiche, i contabili e soprattutto quelli che saranno gli utilizzatori e i fruitori del sistema giustizia e cioè giudici, cancellieri avvocati, personale di Cancelleria. In definitiva una metodologia che rappresenti una inversione a U rispetto a tutte le altre metodiche sino ad ora adottate fatte da tecnici asettici calati in una realtà non conosciuta per la costruzione di modelli rivolti ad operatori della giustizia totalmente esclusi da ogni partecipazione ai processi di raccolta dei dati e dei bisogni, di progettazione e realizzazione di "modelli" calati dall'alto e destinati al fallimento in assenza di ogni coinvolgimento e formazione del personale delle cancellerie e degli operatori della giustizia⁶. E' bene sottolineare che aspetto completamente innovativo del lavoro e dell'organizzazione giudiziaria è quello sportello virtuale ossia la strutturazione dei servizi delle Corti e dei Tribunali, delle cancelleria virtuale, della segreteria

⁵ Vedi ZAN S., *Fascicoli e Tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, 82 ss.

⁶ Vedi FADDO S., *L'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*, in *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2001, 1507 ss.

virtuale, l'ufficio virtuale, fascicolo, rubriche e registri virtuali⁷. È pleonastico asserire come la dematerializzazione spazio-temporale delle informazioni relazionali – digitalizzazione – con sostituzione della carta nelle relazioni tra giudici-avvocati, cancellieri-uffici esterni consente di effettuare per via telematica operazioni sino ad oggi fatte di persona. Inoltre la piena e puntuale conoscenza, aggiornata in tempo reale, del ruolo di udienza e la possibilità di “organizzare” e “selezionare” le informazioni, ha dei vantaggi immediati ed innegabili, nell’esercizio dell’attività difensiva, oltre a liberare il personale di cancelleria dalla manipolazione delle carte. Inoltre ogni giudice potrà organizzare il proprio ruolo e l’agenda delle udienze in modo da poter dare decisioni immediate con una significativa riduzione dei rinvii e delle riserve con maggior spazio per i tentativi di conciliazione, con benefici effetti sui tempi della resa decisione. Inoltre una causa programmata e preparata dal giudice, grazie agli strumenti telematici, rende immediatamente accessibile tutti gli atti del fascicolo informatico e trasforma così l’udienza da mero momento di ricerca ed aggiornamento “documentale”, tra giudice ed avvocati in ordine allo stato dell’arte della causa, a vero momento di discussione nel merito della stessa con un recupero assoluto della dimensione orale del processo e delle rispettive funzioni costituzionalmente tutelate della difesa e dall’esercizio della giurisdizione⁸. L’applicazione delle nuove tecnologie, che di per sé riduce solo alcuni dei tempi e delle attività del processo, di converso libera anche le intelligenze di tutti coloro, cancellieri *in primis*, che oggi sono costretti a dedicare una parte cospicua del loro tempo alla semplice “manipolazione” e gestione del fascicolo che non dà alcun valore aggiunto alla sostanza del processo⁹. Considerando che in una qualsiasi struttura di servizio il capitale umano è da considerarsi risorsa principale, liberare intelligenze significa arricchire notevolmente le dotazioni di base del sistema a parità di costi. Ciò è particolarmente vero in un sistema organizzativo, come quello dei tribunali e delle corti d’appello, dove rilevanti quote di personale laureato è prioritariamente dedicato ad attività di tipo segretariale. Si dovrà giungere poi ad una progressiva sostituzione degli sportelli fisici e delle tradizionali modalità di accesso all’ufficio ed ai fascicoli, sostituendo l’accesso fisico con l’accesso telematico ai “portali” delle sedi giudiziarie, “portali sul web” che dovranno consentire non solo lo scambio documentale, ma anche informativo e di servizio. Recuperando così risorse umane oggi non qualificata, e non funzionali al servizio giustizia.

1.3. La seconda scelta strategica: l'impiego degli strumenti informatici nel processo.

Le strategie d’impiego degli strumenti informatici nell’ambito della giustizia le possiamo ricondurre a due modelli principali di utilizzo un primo come semplice linea d’accesso alla maggiore quantità possibile di informazioni sulla giustizia, alle leggi e regolamenti, alle informazioni sulle procedure, alle possibilità di opposizione date dai singoli ordinamenti, alle banche dati sulle sentenze, nonché come mezzo di invio dei documenti legali necessari all’avvio e svolgimento di un procedimento. L’altra come luogo virtuale dove avviare e sviluppare un procedimento, come è avvenuto ad esempio per le A.D.R. trasformatesi nel sistema americano oramai in ODR ossia in *on-line dispute resolutions*. L’Unione europea grazie alle politiche messe in atto in esecuzione dei Trattati di Maastricht del 1992 e di Amsterdam del 1999, ha promosso e promuove la cooperazione in materia di sviluppo delle tecnologie informatiche in materia di amministrazione della giustizia basti pensare ai numerosi finanziamenti messi in atto, e tra questi vanno menzionati sicuramente quelli rivolti alla costituzione di banche dati valide, ben strutturate e di facile accesso per il cittadino, basti citare il progetto RIS austriaco, il progetto italiano Norme in rete, il sito Web francese *Legifrance*, quello inglese di *Law Commission*. Per quanto riguarda il trattato di Amsterdam, l’art. 255 dispone il diritto d’accesso da parte di tutti i cittadini europei a tutti

⁷ Ancora ZAN S., *op. et. loc. supra cit.*

⁸ Ci si permette di rinviare al nostro, *E-law*, cit. 121 ss.; MORO P., *L’informatica forense. Verità e metodo*, Cinisello Balsamo (Milano), 2006 96 ss.; BUONOMO G., *il nuovo processo telematico*, Milano, 209, spc. 92 ss.

⁹ Vedi BUONOMO G., *La firma digitale e il processo telematico*, Milano, 2004, 121 ss.

i documenti degli organi dell'Unione secondo principi generali contenuti nel regolamento 1049/2001. E' sulla base di detta normativa che è stato così sviluppato il motore di ricerca Eurlex, gratuito dal 2004, che consente il libero accesso a leggi, regolamenti e norme europee, alle Gazzette Ufficiali dell'Unione europea, grazie anche al collegamento alla banca dati *Celex*, esistente quest'ultima sin dal 1980. Nel 2008 la Commissione europea ha annunciato il varo di un programma – che dovrà essere reso compatibile a tutti i livelli nazionali - di miglioramento dell'efficienza degli apparati di giustizia nazionali ed europeo, elemento centrale di una strategia per la realizzazione di un'*e-justice*¹⁰ non dovrebbe richiedere nuove iniziative legislative di modifica dei fondamenti giuridici esistenti, ma una efficace ed efficiente valorizzazione ed implementazione di quanto già esistente. Molte azioni quali il completamento della disponibilità degli ordinamenti *on-line*, il rendere disponibili crimini e condanne, in particolare per le cause più significative ed il rafforzamento della cooperazione per favorire lo scambio d'informazioni, con gli esistenti database ed il ricorso alle videoconferenze sono già tutte modalità immediatamente attuabili. Con la raccomandazione 2008/2125 del Parlamento europeo alla Commissione si sono avviati, poi, i lavori per lo sviluppo ed il ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) nel settore della giustizia, segnatamente mediante la creazione di un portale europeo¹¹. La creazione di un portale elettronico che applichi le TIC consente un migliore accesso alla giustizia, razionalizzazione, semplificazione, riduzione dei costi. Lo sviluppo di un tale processo va però messo in atto, come rilevato dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia, sotto un controllo istituzionale a livello strategico. Tale sviluppo comporterà, nel lungo periodo cambiamenti fondamentali del diritto processuale, la messa in rete dei registri commerciali, catastali, risultato al quale si potrà arrivare, attraverso l'interoperabilità delle reti, successivamente con la realizzazione del processo telematico, ossia la gestione di tutte le informazioni, dall'atto di citazione alla sentenza, in forma digitalizzata, fino alla fase successiva di soluzione delle controversie più semplici via Internet come nel caso dell'*ODR*⁽⁶⁾. Quest'ultima è strumento molto usato, specialmente nelle transazioni commerciali. Con le ODR si procede per tappe, nel senso che si passa dalla fase iniziale della “transazione automatica”, fino alla “transizione assistita”, a mezzo *provider* che mette a disposizione delle parti un *software* che permette il dialogo, per giungere alla “conciliazione” per mezzo di un mediatore che formula pareri e raccomandazioni. Si pongono certo non marginali problematiche in ordine alle esigenze di controllo pubblico e di trasparenza e uguaglianza dinanzi alla legge.

Aspetto poi che la Commissione dovrà curare è che tutta la futura legislazione sia pensata e concepita per poter essere utilizzata in applicazioni *on-line*, ogni modulo dovrà essere disponibile in rete in versione digitale ed in tutte le lingue ufficiali dell'UE e andrà assicurata l'assistenza *on-line*, con ricorso alla videoconferenza attraverso stanziamenti specifici prevedendo la disponibilità di traduttori e interpreti, anche automatici *on line*. Ciò comporta un ripensamento globale della legislazione esistente in materia civile in modo da renderla compatibile con la giustizia elettronica, semplificando quanto più possibile per rendere accessibile veramente la giustizia, e alle cause transfrontaliere¹² in particolare, concentrando l'azione sul diritto preventivo evitando così le spese

¹⁰ FALLETTI E. “*E-Justice*” Ed. Giuffrè 2008; Vedi anche A. CONTALDO – M. GORGA *l'arringa elettronica*. Op. cit.

¹¹ Obiettivo prioritario e fondamentale se si pensa che è stato stimato che nel solo ambito UE circa 10 milioni di cittadini europei sono coinvolti in cause transfrontaliere.

¹²Fonte : www.coe.int Il progetto *S.T.O.R.K.* E' un progetto pilota su grande scala, denominato *S.T.O.R.K. (Secure idenTity acrOss boRders linKed)* che mira a realizzare un sistema europeo di riconoscimento transnazionale dell'identità elettronica. Il progetto permetterà ai cittadini dell'UE di dimostrare la loro identità e di utilizzare sistemi nazionali d'identità elettronica (*password*, carte d'identità, codici PIN e altri) in tutta l'UE, e non solo nel loro paese d'origine. Tale progetto, pensato principalmente per i programmi di E-Government, porterà di riflesso indubbi benefici nell'ambito dei programmi di *E-Justice* europei. Mira ad avviare numerosi progetti pilota transnazionali basati sui sistemi nazionali esistenti. Grazie alla sua ampiezza e alla sua natura dinamica, permetterà di superare gli ostacoli tradizionali e favorirà il riconoscimento reciproco delle identità elettroniche d'altri paesi. Al termine del progetto, i cittadini dovrebbero poter eseguire questo tipo d'operazione utilizzando la propria carta d'identità elettronica nazionale.

tipiche derivanti dal diritto internazionale privato. Il portale europeo di giustizia elettronica dovrà garantire l'accesso alle banche dati giuridiche, garantire la comunicabilità e, mediante *links* di collegamento agli elenchi d'avvocati, notai, ufficiali revisori, traduttori, consentire operazioni quali la facile e rapida individuazione di un difensore civico, trovare un avvocato di un altro Stato membro che parli nella lingua necessaria. Il tutto garantendo livelli d'accessibilità differenziati, commisurati ai differenti ruoli del giudice, cancelliere, avvocato.

Ma oltre a quelle che sono le politiche dell'U.E. in materia di <<Giusinfontica>>¹³ pare utile qui analizzare per sommi capi alcuni dei modelli Nazionali dei paesi membri dell'Unione e ciò al fine di meglio comprendere l'informatizzazione del diritto processuale sia esso civile, penale, amministrativo, tributario o contabile. Muoviamo perciò dall'analisi di alcuni dei modelli nazionali maggiormente sviluppati in Europa. La Germania ad esempio¹⁴ è uno dei paesi che ha compiuto i maggiori sforzi nel settore dell'informatizzazione, sia a livello verticale, ossia fra organi centrali dello Stato che orizzontale, vale a dire, tra gli organi federali dei *Länder*. L'esperienza tedesca, una delle prime in Europa, è iniziata nel 1966 con la creazione della Commissione federale e statale per l'informatizzazione e razionalizzazione della giustizia (*BLK*) e dei primi progetti d'informatizzazione dei *Länder* fra gli anni '60 e '70, coi progetti di informatizzazione del catasto, e per la riscossione dei crediti. Di rilievo, nel settore della giustizia, l'istituzione del Gruppo di lavoro sul traffico giuridico elettronico, col compito di realizzare un sempre più stretto rapporto fra Rete e Giustizia. Il Ministero di Giustizia federale da anni poi dispone di collegamenti con tutte le Corti specializzate con i Tribunali federali e con la Corte costituzionale. Il portale della giustizia offre un'elevata interazione con altri settori della pubblica amministrazione e notevoli sono i progressi nell'ambito del processo civile, con la procedura di identificazione del mittente dell'atto giuridico e la possibilità d'invio di atti giudiziari in forma elettronica anche da parte di chi non è titolare di firma digitale. In tale ambito la scelta del legislatore è stata quella di un'interpretazione flessibile delle norme processuali, rendendole quanto più possibile adattabile allo sviluppo tecnologico, con il raggiungimento dei più elevati standard di sicurezza. Altri elementi di rilievo sono l'introduzione della videoconferenza nelle udienze del processo civile e la gestione dell'archivio documentale dal computer di ogni operatore. Per i Decreti Ingiuntivi, in Italia siamo ancora agli albori, mentre l'automazione raggiunta in Germania è notevole, infatti, è stata accettata l'idea che l'interesse delle

Il progetto avvicina l'Europa agli obiettivi di mobilità senza ostacoli tra i paesi dell'Unione europea in un mercato unico senza frontiere. Rappresenta anche un importante passo in avanti verso scenari futuri, poiché a oggi i vantaggi offerti dai servizi in linea scompaiono, quando un cittadino prova ad utilizzare una carta d'identità elettronica emessa in un paese per accedere ai servizi di un altro paese. Tale progetto mira ad avviare numerosi progetti pilota transnazionali basati sui sistemi nazionali esistenti. Le soluzioni sviluppate e l'esperienza acquisita dal gruppo del progetto saranno condivise con tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che partecipino o no al progetto pilota. Il nuovo sistema, che non sostituirà i sistemi nazionali, permetterà ai cittadini di identificarsi in via elettronica in modo protetto e trattare con le amministrazioni pubbliche, sia da uffici pubblici, sia dal loro computer o da qualsiasi altro dispositivo mobile. Ciò significa, ad esempio, che uno studente potrà iscriversi ad un'università straniera tramite l'identità elettronica assegnatagli nel paese d'origine. Esistono già alcuni servizi transnazionali: un portale internet belga, ad esempio, permette alle imprese straniere di registrarsi per assumere cittadini svedesi. Al termine del progetto, i cittadini dovrebbero poter eseguire questo tipo d'operazione utilizzando la propria carta d'identità elettronica nazionale. Il programma sarà sviluppato nell'ambito del quadro per la competitività e l'innovazione (CIP) dell'Unione europea. Il programma di sostegno strategico in materia di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), uno dei tre programmi operativi del CIP, promuove l'innovazione e la competitività mediante l'adozione generalizzata delle TIC e il loro migliore utilizzo da parte dei cittadini, delle imprese e dei governi. Il progetto sostanzialmente mira a garantire la prestazione transnazionale di servizi basati sulle TIC già operativi a livello nazionale, regionale e locale. I progetti pilota su grande scala sono imperniati su questi ultimi per definire specifiche comuni che possono venire ulteriormente sviluppate ed essere oggetto di un più ampio consenso, per consentire ai vari sistemi nazionali di comunicare e interagire tra loro.

¹³ Giusinfontica qui intesa come l'applicazione operativa dell'informatica e della telematica per la navigazione nel fascicolo sia esso civile, penale, amministrativo, tributario o contabile come momento di realizzazione del contraddittorio processuale.

¹⁴ . FALLETTI. "E. Iustice" - Ed. Giuffrè, pp. 127 e ss.

parti sia delegata a programmi *software* utilizzabili via Internet, e che lo svolgimento di tale procedimento, in tutte le sue parti, quali: istruttoria, memoria di replica sia gestito in modo *on-line* e ciò a far data dal 2001. Il valore legale dei documenti è garantito dalle procedure di convalida stabilite dal giudice delle ingiunzioni. La tutela delle parti è garantita *ex-post*, in una fase successiva di fronte all'organo giurisdizionale attraverso il meccanismo dell'opposizione¹⁵. Notevolmente sviluppato è anche il procedimento fallimentare che è di competenza della Corte ordinaria, con trasparenza d'informazioni sui dati inerenti il patrimonio del debitore, che possono essere pubblicati per esigenze procedurali, anche se a scapito del diritto alla riservatezza¹⁶. I Tribunali elettronici e la casella di posta elettronica certificata rappresentano un importante progetto di riforma, avviato inizialmente in via sperimentale nel *Land* di Brema e che, nello specifico, consente di interagire elettronicamente con tutti gli organi di giustizia presenti e competenti nel *Land*.¹⁷

In Gran Bretagna l'innovazione tecnologica del sistema giudiziario ha seguito uno sviluppo a fasi che possiamo riassumere nell'automazione interna al sistema giudiziario, e una seconda fase consistente nell'ottimizzazione del sistema e nel suo sviluppo per renderlo fruibile agli utenti finali. Importante è stato in merito lo sviluppo dell'*On-line dispute resolutions* che ha permesso di sottrarre un imponente numero di cause seriali alle Corti e ai Tribunali. Il primo modello inglese di realizzazione di una Corte virtuale è il *Money Claim Online (MCOL)*¹⁸ nel quale le spese del procedimento sono anticipate dall'attore per mezzo di carta di credito. La prima fase della causa avviene esclusivamente *on-line* ed il convenuto, una volta ricevuta la notifica della *Claim*, può opporsi entro 14 giorni, sia telematicamente che in modo convenzionale. Il sistema calcola poi automaticamente l'importo della *Claim* comprensiva delle spese legali. La controversia è chiusa, quando la controparte versa la somma stabilita ed il sistema a questo punto segnala l'avvenuto pagamento, mettendo a disposizione delle parti gli estremi della sentenza. Sulla base dell'esperienza positiva del MCOL lo stesso metodo è stato applicato anche alle cause relative al recupero possessorio, nonché al recupero della morosità nella locazione. Questo sistema è stato denominato *Possession Claim Online (PCOL)* nel quale decide il giudice competente per territorio. Il pagamento delle spese ed i risarcimenti possono essere saldati a mezzo carta di credito ed automaticamente è generata l'agenda delle udienze. La causa viene iniziata *on-line* per procedere poi, in aula davanti al giudice. Questo aspetto differenzia dal *MCOL* dove, invece, in assenza di opposizione dell'intimato la causa si svolge interamente *on-line*.

1.4. La terza scelta strategica : il riconoscimento degli strumenti Alternativi di Risoluzione delle Controversie.

La nascita ufficiale dei metodi alternativi per la composizione dei conflitti, ossia le c.d. *Alternative Dispute Resolution*¹⁹ (ADR), in USA viene, convenzionalmente, fatta coincidere con la

¹⁵ I risultati ottenuti in Germania sono eloquenti, alla fine del 2006 il 96% delle richieste d'ingiunzione di pagamento avveniva tramite Internet, con evidenti benefici in termini economici e d'efficienza del servizio d'amministrazione giudiziaria.

¹⁶ Sono così resi pubblici dati quali nome, cognome, residenza, estremi della procedura fallimentare. La *privacy* soccombe in favore delle esigenze di trasparenza nei rapporti con i creditori, ma tale squilibrio viene in qualche misura temperato dalla garanzia del continuo e tempestivo aggiornamento delle informazioni, evitando al fallito una prolungata ed ingiustificata esposizione, comunque limitata ai tempi di svolgimento del procedimento.

¹⁷Dopo la prima fase sperimentale si è esteso a tutti i *Land*. Per dare piena efficacia a tali innovativi sistemi elettronici la riforma è stata affiancata da modifiche ad *hoc* delle leggi federali, come la legge sulle comunicazioni giudiziarie e la notifica di atti e documenti processuali in via telematica.

¹⁸Con questo sistema, che ha avuto inizio nel 2002, sono adesso avviate circa 600 cause a settimana. Vantaggi derivanti dal suo utilizzo si possono riassumere in una massimizzazione del recupero dei crediti, in un sostanzioso alleggerimento del sistema giudiziario da un consistente numero di cause seriali di recupero danni, consentendo di impegnare al meglio tempo, uomini e risorse nelle cause più impegnative.

¹⁹ Il termine ADR è un acronimo derivante dalla lingua inglese il cui significato è *Alternative Dispute Resolution* cioè risoluzione alternativa delle controversie ed indica, con dizione generica, tutti i sistemi di risoluzione delle controversie

Pound Conference, ossia con la conferenza celebrativa del settantesimo anniversario del discorso tenuto da *Nathan Roscoe Pound*, uno dei padri del diritto civile statunitense, dinanzi all'associazione degli avvocati americani, sul tema relativo alle cause della disaffezione popolare verso l'amministrazione della giustizia in America. *Pound*, con un discorso che per la nostra esperienza storica, in ordine a quello che è lo stato della giurisdizione civile, possiamo ritenere di grande attualità, muovendo da semplici premesse in ordine alla condizione della giurisdizione nel sistema Nord-Americano faceva osservare come nonostante cinquanta anni di riforme sia dell'organizzazione giudiziaria, che nella disciplina del processo civile nessun buon risultato si era prodotto sull'arretrato del contenzioso civile giacente presso le Corti ed i Tribunali Americani. Sulla base di dati inconfutabili in ordine all'arretrato giudiziario i suoi allievi formularono una serie di proposte volte a sottrarre alle Corti civili americane alcune categorie di controversie. Tali controversie, dovevano poi essere dirottate verso organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale, organismi di natura privata, che dovevano operare secondo regole e procedure flessibili ed informali. Ed è proprio grazie all'adesione a queste proposte che ebbero modo di svilupparsi, nel sistema nord-americano, accanto alle procedure di arbitrato, conciliazione e mediazione tutta una miriade di associazioni, enti, uffici che cominciarono ad operare nel settore dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. I cittadini avevano così la possibilità di accedere ad una giustizia semplice e rapida ottenuta attraverso un procedimento personalizzato. Attualmente negli Stati Uniti la risoluzione delle controversie civili può avvenire quindi attraverso due vie maestre : o mediante l'ordinario sistema del ricorso in sede giurisdizione e quindi adendo una Corte civile o un Tribunale; o mediante il ricorso a uno qualsiasi dei sistemi alternativi di risoluzione della controversia. Per talune fattispecie è poi stato addirittura previsto, come obbligatorio, il preventivo esperimento delle procedure alternativa (ADR) che si pone quale condizione di procedibilità per poter poi adire un giudice dello Stato in sede giurisdizionale. In Europa, invece, nel quadro del contesto della più ampia problematica relativa all'accesso dei consumatori alla giustizia, le procedure ADR hanno acquisito progressivamente un certo rilievo. Il loro sviluppo, in Europa, è avvenuto grazie a direttive e raccomandazioni comunitarie volte soprattutto a garantire la fiducia nel commercio elettronico. Il momento iniziale della loro affermazione lo possiamo far risalire all'adozione del Libro Verde del 1993, relativo alla protezione degli interessi collettivi, realizzabile tramite l'intervento delle associazioni dei consumatori.²⁰ Con la Direttiva 20 maggio 1997, n. 7, in tema di protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, furono poi previste specifiche iniziative per la promozione dei procedimenti extragiudiziari. Con la Raccomandazione 30 marzo 1998, n. 257, invece furono segnati i percorsi per la mediazione e la conciliazione.²¹ Per quest'ultima Raccomandazione

diversi da quello statale. Secondo la definizione internazionalmente accettata *Alternative Dispute Resolution refers to any means of settling disputes outside of the courtroom. ADR typically includes arbitration, mediation, early neutral evaluation, and conciliation.* La caratteristica delle ADR è quindi quella di essere un' alternativa al sistema ordinario di risoluzione delle controversie.

²⁰ Libro Verde della Commissione Europea del 16 novembre 1993 relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia ed alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico Sul punto vedi G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. U.E.*, 2008, 2, 349 ss.

²¹ La Raccomandazione ha inteso stabilire una serie di principi applicabili al funzionamento delle procedure extragiudiziali a fini di garanzia, come la trasparenza, l'indipendenza ed il rispetto del diritto. In particolare: 1. Quando la decisione è adottata individualmente, il principio d'indipendenza è garantito nel momento in cui la persona designata: possiede la capacità e le competenze necessarie allo svolgimento delle sue funzioni; gode di un mandato di durata sufficiente a garantire l'indipendenza della sua azione e non può essere destituita senza giustificato motivo; non ha svolto attività lavorative, nel corso dei tre anni precedenti la sua entrata in funzione, per l'associazione professionale o l'impresa che la retribuisce o che l'ha nominata per questa funzione; 2. Quando la decisione dell'adozione è collegiale, il principio di indipendenza è garantito attraverso la rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti; 3. Il principio di trasparenza è garantito da varie misure, comprendenti: la comunicazione a qualunque soggetto che lo richieda: di una descrizione dei tipi di controversie che possono essere sottoposte all'organo; delle norme relative alla presentazione del reclamo all'organo; del costo eventuale della procedura per le parti; delle regole sulle quali si fondano

divennero essenziali quelle procedure che dovevano soddisfare quei criteri minimi volti a garantire l'imparzialità dell'organismo, l'efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza. La decisione poi poteva essere adottata non solo sulla base di disposizioni di legge, ma anche di giudizi d'equità ed infine anche di codici di condotta a condizione che ciò non conducesse ad una diminuzione del livello di protezione relativamente alla possibilità di applicare poi le disposizioni in diritto alle stesse questioni da parte dei Tribunali. L'accesso dei consumatori alle procedure alternative di risoluzione delle controversie è stato poi agevolato anche dall'elaborazione, da parte della Commissione europea, di un modulo standardizzato di reclamo, reperibile in Rete, in ogni lingua dell'Unione Europea.²² Questa Raccomandazione la possiamo perciò considerare il primo serio tentativo volto a stabilire regole comuni a cui gli organismi dovevano adempiere.

Con la Raccomandazione adottata dalla Commissione il 4 aprile 2001, n. 310, furono, invece, stabiliti i criteri minimi che dovevano essere garantiti nella gestione delle controversie in materia di consumo a livello transfrontaliero con la previsione della volontarietà ed il consenso²³ delle procedure di composizione alternativa. Con la direttiva 2008/52/CE²⁴ del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, infine è stata compiutamente delineata la mediazione in materia civile e commerciale che è stata, con alcune varianti, pur previste dalla stessa direttiva, recentemente adottata in Italia.

1.5. La mediazione in Italia e l'ambito applicativo del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28,²⁵ sulla mediazione in materia civile e commerciale,

le decisioni dell'organo (codici di condotta, disposizioni legali); delle modalità di adozione di decisioni; del valore giuridico della decisione; la pubblicazione di una relazione annuale relativa alle decisioni adottate; 4. Il principio d'efficacia comporta: l'accesso del consumatore alla procedura senza essere obbligato a ricorrere al rappresentante legale; la gratuità della procedura o la determinazione di costi moderati; la fissazione di termini brevi tra la presentazione del reclamo all'organo e l'adozione della decisione; l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente; 5. Il principio di legalità, secondo il quale l'organo extragiudiziale non può adottare una decisione che avrebbe come risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito, deve essere a sua volta rispettato. Inoltre, le decisioni debbono essere motivate; 6. Devono inoltre essere rispettati i principi del contraddittorio (possibilità per tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista e di prendere conoscenza di quello della parte avversa), di libertà (scelta del consumatore di aderire alla procedura extragiudiziale) e di rappresentanza. La Raccomandazione ha cioè improntato un sistema di principi in tema di indipendenza dell'organo giudicante, di diritto al contraddittorio, di disponibilità delle prove, di trasparenza della procedura, cui devono sottostare tutte le iniziative extragiudiziali di composizione dei conflitti originati da rapporti di consumo e di utenza. Tali iniziative, gratuite, rapide, efficaci, sono caratterizzate dall'interposizione di un terzo, che non si limita ad invitare le parti ad intendersi ma prende una posizione concreta in merito alla risoluzione della controversia. Ancora G. Rossolillo, *op. et loc. supra cit.*

²² Il modulo di reclamo è su <http://eu.int/com/dg24>.

²³ Testualmente nella Raccomandazione, al Considerando n.6 è scritto che le nuove tecnologie possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie costituendo un organismo volto a risolvere efficacemente le controversie che interessano diverse giurisdizioni senza il bisogno di una comparizione fisica delle parti ed andrebbero quindi incoraggiate mediante principi volti ad assicurare *standard* coerenti ed affidabili a suscitare la fiducia degli utenti. Sul punto ci si permette di rinviare a F. R. Fantetti, A. Contaldo., *Il sistema dell'ODR (On line Dispute Resolution) nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 2, 279 ss.

²⁴ Vedi al riguardo M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto ?*, (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE), in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; D. Borghesi, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 121 ss..

²⁵ Per un primo commento al decreto legislativo in questione bisogna ricordare B. Sassani, F. Santagada, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, 23 ss.; P.S. Nicosia, M.V. Susanna, G. Ceccacci, *Redazione e conciliazione civile e commerciale. Tecniche, pratica e normativa*, Milano, 2010, 31 ss.; G. De Palo, L. D'urso, D. Golann, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR, Risoluzioni alternative delle controversie)*, Milano, II ed., 2010, 41 ss.; A. Luminoso, *La mediazione*, XCII Trattato civile e commerciale, Milano, II ed. 2010, 62 ss.; P. Mistò *La nuova mediazione civile e commerciale. D. Lgs 4 marzo 2010 n. 28*, Torino, 2010, 21 ss.; A. Iannini, *Guida alla nuova mediazione e*

disciplina il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie vertenti su diritti disponibili ad opera delle parti, in attuazione della delega legislativa conferita al Governo dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n.69, delega emanata nel pieno rispetto dei principi in tema di ADR sanciti proprio dalla direttiva n. 2008/52/CE²⁶.

Per quanto attiene al contenuto è da osservare che il decreto ha previsto due tipologie di mediazione finalizzata alla conciliazione. La prima, quella da considerare come tipica, informata alla *ratio* della cultura della composizione "facilitativa" e amichevole, volta alla ricerca di un accordo per la composizione di una controversia che compone "sull'interesse" conteso, ma al tempo stesso con la finalità, dichiarata, di conservare il rapporto tra i soggetti, ossia la "relazione sociale" tra gli stessi per eliminare, anche per il futuro, ogni possibile conflitto. La seconda, che si sostanzia nella facoltà per il mediatore di formulare una proposta per la risoluzione della controversia è invece, "attributiva" (*Adversarial*) e consistente nella mutazione genetica del mediatore che da "facilitatore" si trasforma, in sede di strutturazione della proposta, che produrrà gli effetti ex art.13 sul regime delle spese, in un soggetto che relativamente alla vicenda "attribuisce" ragioni e torti, proprio come avviene in sede di decisione giudiziaria.

Questo doppio ruolo potranno avere i mediatori, nella conciliazione amministrata dai soli organismi autorizzati in sede ministeriale, vale a dire questi nuovi professionisti della Conciliazione personale e sociale che, individualmente o collegialmente, svolgeranno tale attività, ed ai quali è sempre precluso l'adozione di decisioni vincolanti per i destinatari del procedimento il quale potrà attivarsi sia su istanza di un singolo, che congiuntamente da parte di entrambi i soggetti che intendono evitare la lite giudiziale.²⁷

Dal punto di vista del metodo e dei rapporti con il processo, il decreto legislativo distingue tre tipi di mediazione: *la mediazione obbligatoria*, per la quale la volontà delle parti, in relazione al necessario esperimento quale condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, non ha alcun rilievo, assumendo, invece, rilievo la volontà conciliativa; *quella volontaria* dove è l'autonomia delle parti a determinarne l'effettività con la previsione della clausola del preventivo esperimento del tentativo conciliativo; ed infine quella consigliata dal Giudice ed esperita su suo invito non obbligatoria, ossia la *cd mediazione "delegata"*.

La mediazione è obbligatoria nelle materie elencate al comma 1 dell'art. 5 d. lgs. n.28 del 2010, ossia in materia di condominio (dal marzo 2012), di diritti reali, di divisione e successioni ereditarie, di patti di famiglia, di locazione, di comodato, di affitto di aziende, di risarcimento del danno derivante sia dalla circolazione di veicoli e natanti (solo per questi dal marzo 2012), sia per la responsabilità medica e la diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, nonché nei contratti assicurativi, bancari e finanziari.

In tutte queste materie quindi chi intende fare ricorso alla giurisdizione deve necessariamente assolvere alla condizione di procedibilità sperando, preventivamente, il tentativo di mediazione. Tuttavia va precisato che nell'ipotesi di omesso esperimento della mediazione l'improcedibilità della domanda deve essere sempre eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza, altrimenti la condizione di procedibilità si sana ed il processo prosegue normalmente.

Com'è di tutta evidenza, per il tipo di materie per le quali la condizione di procedibilità è stata posta come obbligatoria, appare evidente che siamo dinanzi ad un particolare gruppo di conflitti che vanno da quelli che possiamo far rientrare nei cd. "conflitti di civiltà", condizione tipica della cause condominiali o di vicinato, di confine, di servitù prediali, ovvero in generale dei diritti reali, alle cd. liti di "interessi di sangue" all'interno del nucleo familiare come nel caso delle divisioni e

conciliazione, Roma, 2010, 61 s.; A. Baudini, N. Soldati, *La nuova disciplina delle mediazioni delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010, 31 ss.; F. Delfini, A. Castagnola, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010, 31 ss.; G. Sciancalepore, S. Sica, *Codice della mediazione e della conciliazione*, Torino, 2010, III ss..

²⁶ M. Gorga *La nuova Mediazione*, Napoli, 2010, pag. 79.

²⁷ M. Gorga *La nuova Mediazione alla luce del regolamento n. 180 del 4 novembre 2010*, Napoli, 2010-pag. 28 -30.

successioni ereditarie ed i patti di famiglia, dove la composizione delle tensioni all'interno della "società familiare" spesso prescinde dall'affermazione del diritto rifacendosi al "ripristino" degli affetti, nonché ai rapporti di durata, com'è per la locazione, l'affitto, i contratti bancari, assicurativi e finanziari, dove l'interesse delle parti spesso non è quello di interrompere il rapporto ma di disciplinarlo. Inoltre gli altri ambiti interessati sono quelli della diffamazione e della responsabilità medica nelle quali il componimento conciliativo appare opportuno per la qualità dei soggetti coinvolti e gli interessi lesi, con tutela dell'interesse-diritto della persona offesa al risarcimento senza il pubblico ludibrio del danneggiante. Infine la responsabilità derivante dalla circolazione dei veicoli, rispetto ai quali, anche per la natura, è particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale.

Tutte le materie di cui all'art. 5 comma 1 hanno però in comune un'altra caratteristica, cioè quella in cui è evidente che il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la composizione del singolo conflitto.

La mediazione obbligatoria è entrata in vigore il 20 marzo 2011, laddove invece quella volontaria e quella delegata lo erano già dal 20 marzo 2010. Il decreto 28/2010 ha imposto agli avvocati l'obbligo dell'informativa, già sanzionato dalla giurisprudenza,²⁸ informativa che deve essere sottoscritta dall'assistito con la quale i clienti devono essere informati non solo dell'esistenza dell'istituto della mediazione ma anche dei vantaggi fiscali e tributari che la stessa offre. Il giudice, qualora rileverà la mancata allegazione del documento all'atto introduttivo del giudizio, informerà la parte della facoltà di chiedere la mediazione. In ogni altra materia, diversa da quelle previste come obbligatorie, la mediazione potrà essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima che durante il processo. La mediazione sollecitata dal giudice è prevista anche dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE, e si affianca, senza sostituirla, alla mediazione giudiziale, che in verità non ha dato buoni risultati essendo la giurisdizione imperniata sul principio della domanda²⁹.

Quando il processo è stato avviato, anche in sede di giudizio d'appello e fino a che non sia consumata l'udienza di conclusione o discussione della causa, il giudice potrà valutare se formulare l'invito alle parti a fare ricorso agli organismi di mediazione e rivolgerà l'invito valutando lo stato del processo; la natura della causa e il comportamento delle parti, così da non favorire strumentali dilazioni. L'invito del giudice deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito del giudice il processo verrà differito per il tempo strettamente necessario che nella previsione legislativa per il tentativo di conciliazione è fissato in quattro mesi.

La mediazione, però, pur essendo obbligatoria non sempre è condizione di "procedibilità" preventiva dell'azione essendo state tipizzate dal legislatore ipotesi per le quali la mediazione pur essendo "obbligatoria" è "differita" ad una fase successiva. Sono queste le ipotesi previste dal comma 4 dell'art 5 d. lgs. n. 28 del 2010, laddove si è previsto che la condizione di procedibilità opera solo successivamente : a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla

²⁸Mediazione - Avvocato Informativa al cliente - Violazione dell'art. 4, comma 3, d.lgs 28/2010 - Omessa allegazione all'atto introduttivo del giudizio dell'informativa specifica sottoscritta dal cliente - Annullabilità del conferimento d'incarico - art. 1441 c.1 - Applicabilità (dal sito web del Tribunale di Varese) Trib. Varese, sez. I civ., ordinanza 1 marzo 2011. Ai sensi dell'art. 4 comma III del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare chiaramente e in forma scritta l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20 (oltre ai casi della mediazione cd. obbligatoria). In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il testo legislativo, inserendo una ipotesi di "annullabilità" (e non nullità come nell'originario disegno di Legge) è nel senso di recepire integralmente la categoria codicistica, con il regime giuridico che ad essa si collega; anche, quindi, in punto di legittimazione ex art. 1441, comma I, c.c. Vigente l'attuale art. 4, comma III, d.lgs. 28/2010 deve ritenersi, dunque, che trovi applicazione l'art. 1441, comma I, c.c. e, dunque, la annullabilità possa essere fatta valere solo dall'assistito che non ha ricevuto l'informativa e non anche dalla controparte processuale (Nella specie il convenuto aveva eccepito l'annullabilità del contratto di patrocinio conferito dall'attore al suo difensore).

²⁹ M. Gorga *Alternative Dispute Resolution e Online Dispute Resolution fino alla direttiva Europea n. 52/2008*, Napoli, 2010, pag. 9.

pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; *b*) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.; *c*) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; *d*) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; *e*) nei procedimenti in camera di consiglio; *f*) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Ipotesi per le quali è evidente che l'ordinamento concede immediata tutele dell'interesse sicché la mediazione con i suoi tempi non pare poter svolgere alcuna funzione.

1.5.1. Il procedimento di mediazione

Il procedimento di mediazione non è soggetto ad alcuna formalità ed è protetto da norme che assicurano alle parti l'assoluta riservatezza rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni emerse. Tutte le dichiarazioni e le informazioni, infatti, che sono acquisite nel corso del procedimento, non sono utilizzabili in sede processuale e il mediatore è tenuto al segreto professionale su di esse. Quando il mediatore svolge sessioni separate con le singole parti, non può rivelare alcuna informazione, acquisita durante tali sessioni, all'altra parte. La finalità della previsione, specifica rispetto a tutte le esperienze comparate a livello internazionale, è finalizzata a consentire alle parti di svelare ogni elemento utile al compromesso, senza timore che poi possa essere usato contro sé stessi. I soggetti coinvolti si sentiranno, e saranno, quindi liberi di manifestare i loro reali interessi davanti a un soggetto dotato di elevata professionalità ai fini dell'attività conciliativa che porrà in essere. Il procedimento di mediazione come detto ha una durata non superiore a quattro mesi, trascorsi i quali il processo può iniziare oppure proseguire se l'accordo viene in essere durante l'iter processuale o per le ipotesi ex commi 3 e 4 dell'art. 5.

Nel concreto nella descrizione dell'*iter*, informale del procedimento, presentata la domanda presso l'organismo di mediazione, è designato un mediatore, fissato il primo incontro tra le parti, che non può avvenire oltre quindici giorni dal deposito della domanda, e fatta la comunicazione alla controparte, questa rimane libera di aderire o di rimanere assente. E' tuttavia qui da precisare che se l'assenza della parte evocata in mediazione fosse elemento idoneo a stabilire la riuscita o meno della mediazione allora ci troveremo di fronte ad una sorta di "improcedibilità" della mediazione e quindi nell'assurdo che il legislatore si è speso nella previsione dell'istituto deflattivo facendolo dipendere dalla mera volontà non collaborativa del soggetto "convenuto" in mediazione e ad identica sorte sarebbe legata l'onerosa attività degli organismi di mediazione e l'ossequioso rispetto della legge fatta dall'istante anche in modo oneroso. Logicamente è stato sostenuto che in assenza del soggetto "convenuto" la mediazione "facilitativa" sarebbe una contraddizione in termini in quanto mancherebbe uno dei soggetti con il quale realizzarla. All'uopo la chiusura del cerchio, da parte dei sabotatori della mediazione, risiederebbe poi nell'assunto che in tali ipotesi il mediatore non potrebbe fare neanche la "proposta" sulla base degli atti e che addirittura l'aderente potrebbe rinunziarvi pagando il solo costo di accesso alla mediazione essendo tale possibilità inserita nel regolamento dell'Organismo di mediazione. La conseguenza sarebbe che la segreteria in siffatte ipotesi rilascerebbe il verbale negativo come da previsione di qualche organismo di un Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del Sud e di qualche Camera di Commercio del Nord (*vv. infra 1.5.2.*).

Comunque ritornando al procedimento è da dire che nella prima fase della sessione congiunta il mediatore cerca un accordo amichevole per la definizione della controversia, se la conciliazione riesce, il mediatore redige processo verbale, sottoscritto dalle parti e dallo stesso mediatore. Se l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. Nel verbale, contenente l'indicazione della proposta, si dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c. Dal punto di vista del prodotto finale, l'accordo conciliativo avrà l'efficacia di titolo esecutivo solo se l'accordo sarà omologato dal Presidente del Tribunale il quale sarà tenuto a verificare sia la regolarità formale dell'accordo conciliativo, del quale si richiede

l'omologazione, sia il contenuto sostanziale ossia della non violazione delle norme di ordine pubblico ed imperative. Il verbale costituisce quindi titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica, oltre che per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro adempimento. In caso di mancato accordo, all'esito del processo civile, se il provvedimento del giudice che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa non accettata, allora il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa, e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente riferite al medesimo periodo, nonché al pagamento di una somma pari al contributo unificato, ed una somma corrispondente al contributo della mediazione ed eventualmente del consulente tecnico.

Sono poi previste agevolazioni fiscali. Tutti gli atti, infatti, relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. In particolare, il verbale di conciliazione sarà esente dall'imposta di registro sino all'importo di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente. In caso di successo della mediazione, le parti avranno diritto a un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità complessivamente versate all'organismo di mediazione. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

1.5.2. In materia di Regolamento di procedura : la conclusione del procedimento di mediazione

In ordine all'eventualità di inserire nel regolamento dell'Organismo di mediazione la possibilità del rilascio di un verbale negativo per assenza del chiamato in mediazione o per rinuncia dell'istante il Ministero della Giustizia è intervenuto prontamente con la Circolare del 4 Aprile 2011 con la quale ha evidenziato di non ritenere corretto l'inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l'incontro fissato del responsabile dell'organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l'istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell'organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata. Una siffatta previsione regolamentare non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in ordine all'operatività della condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del d.lgs.28/2010. L'inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può, infatti, che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria ossia con l'espressa previsione dell'art.5 del d. lgs 28/2010, che esige, per determinate materie, il preliminarmente esperimento del procedimento di mediazione: la qualcosa postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione. La mediazione obbligatoria è, infatti, tale proprio in quanto deve essere esperita anche in caso di mancata adesione della parte invitata e non può, quindi, dirsi correttamente percorsa ove l'istante si sia rivolto ad un organismo di mediazione ed abbia rinunciato, a seguito della ricezione della comunicazione di mancata adesione della parte invitata, alla mediazione. Ove, invece, si ritenesse legittima una siffatta previsione regolamentare, si produrrebbe l'effetto, non consentito, di un aggiramento della previsione che ha imposto l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie. In realtà, in questi casi, deve ritenersi che il rilascio da parte della segreteria di un organismo della dichiarazione di conclusione del procedimento non può assurgere ad atto valido ed efficace ai fini dell'assolvimento dell'onere di esperire previamente il tentativo di conciliazione;

ciò, in quanto la mancata comparizione anche del solo istante, dinanzi al mediatore, impedisce di ritenere correttamente iniziato e proseguito il procedimento di mediazione. A dare ulteriore conforto a tale impostazione è la circostanza che ai sensi dell'art.11 del d.lgs.28/2010 e dell'art.7 del d.m. 180/2010, prevede che il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione; in ogni caso, è il mediatore che deve verificare se effettivamente la controparte non si presenti, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'effettivo successivo giudizio, ai sensi dell'art.8, comma quinto, del d.lgs. 28/2010. E', inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore. In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione.

1.5.3. La conciliazione amministrata

Il legislatore ha accolto nel nostro sistema giuridico il servizio di "conciliazione amministrata", ciò significa che nel nostro ordinamento la "media-conciliazione" non può essere esercitata con una prestazione di tipo libero-professionale da parte del mediatore, come avviene negli altri ordinamenti, come ad esempio nel sistema tedesco, ma deve essere erogata da appositi organismi a ciò autorizzati con un provvedimento del Ministero della Giustizia i quali devono avvalersi per svolgere il servizio di mediazione solo di soggetti dotati di alta professionalità, in quanto già esercenti una libera professione intellettuale, i quali, se in possesso di una specifica formazione professionale, acquisita attraverso un apposito corso formativo, potranno esercitare l'attività di mediatori. Tuttavia si tenga presente che tali prestazioni potranno rendere questi mediatori, che possiamo sin d'ora definire come *homo novus* delle professioni legali, solo se titolari di un rapporto contrattuale con l'Organismo di mediazione al quale appartengono e che a loro volto dovranno essere articolazioni di Enti Pubblici o Privati dotati di autonomia amministrativa e patrimoniale *ad hoc* autorizzati sulla base della specifica procedura di cui parleremo nella seconda parte di questo lavoro.

Il decreto legislativo n. 28 del 2010 ha dettato particolari norme in ordine alla figura istituzionale degli organismi di mediazione, quali articolazioni, dotate di autonomia finanziaria e amministrativa, di enti pubblici o privati presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione, generalizzando il sistema previsto dalla conciliazione societaria, con un Registro tenuto e vigilato dal Ministero della Giustizia. Per l'iscrizione dell'organismo sarà necessario depositare il regolamento, in cui prevedere, anche le modalità telematiche di mediazione, le garanzie di riservatezza che si assicurano alle parti e al procedimento. Al regolamento dovranno allegarsi le tabelle delle indennità degli enti privati, mentre quelle degli enti pubblici sono stabilite con decreto Ministeriale. Nei casi di parti cui spetta, nel processo, il gratuito patrocinio, l'organismo privato dovrà fornire la relativa prestazione gratuitamente. Gli organismi pubblici, invece, poiché sono vincolati al principio della inderogabilità della tabella, siffatto beneficio non potranno riconoscere ai meno abbienti. Quanto agli enti pubblici coinvolti, è da osservare il particolare favore di cui godono i consigli degli ordini forensi i quali possono iscriversi a semplice domanda. Questi però devono far uso di personale proprio e di locali messi a disposizione dal Presidente del Tribunale. L'iscrizione a semplice domanda è subordinata comunque alla verifica, da parte del Ministero della giustizia, di alcuni requisiti minimi, che consentono all'organismo il materiale svolgimento dell'attività. Il decreto prevede poi la facoltà di istituire, previa autorizzazione, organismi di mediazione anche presso i consigli degli altri ordini professionali: ciò risponde all'esigenza di sviluppare organismi in grado di dare rapida soluzione alle controversie in determinate materie

tecniche (ad es. in materia ingegneristica, informatica, contabile o simili). Anche tali organismi, così come quelli istituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, saranno iscritti a semplice domanda. La natura pubblicistica degli enti che istituiscono gli organismi offre, infatti, una garanzia di serietà ed efficienza. Anche in questo caso l'iscrizione a semplice domanda non priva l'amministrazione, che detiene il registro, dal potere di verificare l'esistenza dei requisiti minimi, né dei poteri di vigilanza successivi. Presso il Ministero della Giustizia, è prevista poi l'istituzione, con decreto ministeriale, dell'elenco dei formatori per la mediazione, previsione che risulta essere non ancora attuata nonostante la pronta emanazione del regolarmente adottato con il decreto ministeriale n. 180 del 4 novembre 2010 di cui meglio diremo.

Come detto il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28 disciplina tra l'altro, al capo III, gli Organismi di mediazione prevedendo, all'art. 16 la figura istituzionale degli organismi di mediazione, generalizzando così il sistema previsto dalla conciliazione societaria di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, il registro degli Organismi di mediazione³⁰ e dell'elenco dei formatori³¹.

Stabilisce tale norma che gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione ma che per poter amministrare i tentativi di conciliazione gli organismi devono essere iscritti al registro tenuto dal Ministero della Giustizia e sul quale il dirigente delegato esercita il controllo. Ed infatti sempre la norma in parola stabilisce che la formazione del registro e la sua revisione nonché l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché, in particolare, l'istituzione di separate sezioni del medesimo registro, per i mediatori

³⁰ L'istituzione del Registro degli organismi di conciliazione è previsto dagli articoli 38-40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366». Corrisponde a una più generale linea di tendenza del nostro ordinamento rivolta a individuare e disciplinare strumenti alternativi di definizione delle controversie, capaci di offrire, quando possibile, soluzioni più spedite, agevoli ed economiche alle liti e, d'altra parte, di ridurre il contenzioso giurisdizionale, senza naturalmente rinunciare al carattere universale della relativa tutela, in conformità dei precetti costituzionali. In attuazione alle disposizioni normative dell'art. 38 sono stati emanati: a) - ai sensi dell'art. 38, co. 2, il d. m. 23 luglio 2004, n. 222, «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5»; b)- ai sensi dell'art. 39, co. 3, il d. m. 23 luglio 2004, n. 223 «Regolamento recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'art. 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5». La procedura di conciliazione disegnata da tali fonti normative tende oggi a rappresentare un primo standard di riferimento per il legislatore, quando interviene a prevedere specifiche ipotesi di conciliazione regolata: così nell'art. 141 del Codice del consumo – d.lgs. 206/2005 – si rinvia alla procedura prevista dall'art. 38 d.lgs. 5/2003, nella recente norma istitutiva dei c.d. “patti di famiglia” (art. 768 *octies* c.c.). Vedi al riguardo F. Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 2004, 1035 ss..

³¹ Secondo il d. m. 222/2004 il Responsabile del Registro stabilisce con propria determinazione i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati a tenere i corsi di formazione previsti dall'art. 4, comma 4, lett. a), per i conciliatori che non siano magistrati in quiescenza, professori universitari di ruolo, anche in quiescenza, in materie giuridiche o economiche o iscritti ad albi professionali in materie giuridiche o economiche con anzianità di almeno 15 anni, anche se successivamente cancellati non per motivi disciplinari. I requisiti di accreditamento sono così stabiliti: a)- attestazione di impegno a svolgere corsi di formazione per conciliatori, ciascuno per un numero massimo di 30 partecipanti, con le seguenti caratteristiche: b)- almeno 32 ore di lezione, di cui non meno di 16 ore di pratica e 4 ore per la valutazione, con i seguenti contenuti minimi: strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione; principi, natura e funzione della conciliazione; esperienze internazionali e principi comunitari; compiti, responsabilità e caratteristiche del conciliatore; rapporti tra conciliatore e Organismi di conciliazione; tecniche di conciliazione; la procedura di conciliazione; rapporti con la tutela contenziosa; c)- almeno 8 ore di lezione con i seguenti contenuti minimi: le controversie di cui all'art. 1 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5; i riti societari di cognizione ordinaria e sommaria; 1)- attestazione di disponibilità di strutture e locali idonei a consentire lo svolgimento dei corsi di formazione; 2)- attestazione di disporre di almeno 3 formatori che siano in possesso dei requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori e che abbiano maturato esperienza almeno triennale quali docenti in corsi di formazione nelle materie giuridiche o economiche; 3)- attestazione di impegno a svolgere, a pena di decadenza dall'accreditamento, almeno 90 ore annuali dedicate all'attività di formazione dei conciliatori. Tali requisiti potranno consentire per un verso alle strutture esistenti di adeguare i propri standard formativi e per altro verso ai nuovi soggetti e/o enti formatori di poter strutturare l'attività di formazione secondo gli standard minimi. Vedi al riguardo G. Romualdi, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, n. 2, 401 ss.

che trattino controversie particolari, tra cui quelle disciplinate dall'art. 141 del codice del consumo e quelle che presentano elementi di internazionalità, nonché la determinazione delle indennità, spettanti agli organismi, saranno disciplinati con appositi decreti ad *hoc* del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico.

Sempre la norma in esame prevedeva poi che fino all'adozione di questi appositi decreti continuavano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia del 23 luglio 2004, n. 222 e del 23 luglio 2004, n. 223, norme quest'ultime emanate per l'attuazione del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 sulla conciliazione societaria, e alle quali disposizioni d'attuazione dovevano conformarsi, sino alla emanazioni degli appositi decreti attuativi, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'art. 141 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, (cd. Codice del consumo) e successive modificazioni.

L'organismo con la domanda di iscrizione nel registro doveva poi – e lo deve anche in forza delle nuove norme di attuazione emanate con il D.M. n. 180/2010 - depositare presso il Ministero della Giustizia, espressione di esercizio di quell'autonomia normativa e regolamentare che il legislatore ha voluto riconoscere agli organismi stessi, un proprio regolamento di procedura di mediazione insieme ad un codice etico, impegnandosi poi a comunicare, al responsabile della tenuta del registro, ogni successiva variazione della compagine dell'Ente o delle modifiche regolamentari o dell'attività svolte. Il nostro legislatore poi sensibile allo sviluppo delle ADR, che oramai sono divenute ODR³² nel sistema anglosassone,³³ ha avuto modo di precisare che nel regolamento dovranno essere previste anche le procedure telematiche, di risoluzione delle controversie, eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Sempre al predetto regolamento dovevano – e devono- poi essere allegate le tabelle delle indennità spettante all'organismo, che richiede l'iscrizione, se costituito sotto la forma di ente privato, nonché le tariffe per le quali deve essere richiesta l'approvazione del Ministero della giustizia, sulla base dei criteri stabiliti nei decreti attuativi della norma primaria insieme all'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, nonché alle maggiorazioni massime delle indennità dovute, comunque non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione e le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione condizione di procedibilità per le materie di cui all'art. 5, comma 1 d. lgs. n. 28 del 2010.

Gli organismi privati quindi, diversamente da quelli pubblici, hanno ampia possibilità di farsi concorrenza agendo sulla tariffa e variandola nei minimi e nei massimi rispetto a quelli fissati dalla norma di attuazione, laddove, invece, gli organismi pubblici restano vincolati alla fissità della tabella stabilita in sede ministeriale e approvata con la norma regolamentare attuativa.

Per quanto attiene ai formatori si prevede che sempre presso il Ministero della Giustizia dovrà essere istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione, con i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire quell'elevata qualità formativa dei mediatori, che possa costituire per il mediatore stesso requisito di qualificazione professionale.

L'istituzione e la tenuta del registro e dell'elenco dei formatori avvengono nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti, e disponibili presso il Ministero della Giustizia e il Ministero dello Sviluppo economico, per le rispettive competenze, e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

In ottemperanza a quanto previsto dal predetto art. 16, il Ministero della Giustizia ha emanato il regolamento per disciplinare l'iscrizione e la tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori, nonché le indennità spettanti agli organismi stessi.

Con il decreto ministeriale 4 novembre 2010 n. 180³⁴, infatti, premesse alcune disposizioni

³² M. Gorga D. Mula, *ADR E ODR nell'Ordinamento Giuridico Italiano*, Napoli NETPOL 2010, pag. 144.

³³ M. Gorga, *Alternative Dispute Resolution e Online Dispute Resolution*, Napoli, 2010, pag.17.

³⁴ Pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 258 del 4 novembre 2010.

generali, contenenti le definizioni, che coincidono con quelle di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, è stato istituito il nuovo registro degli organismi di mediazione. Con il decreto sono stati specificati i criteri e le modalità di iscrizione nel medesimo, e sono stati stabiliti sia i requisiti degli organismi e dei regolamenti di procedura che dovranno essere adottati, sia i requisiti dei singoli mediatori che potranno operare presso gli stessi; inoltre, sono stati indicati i soggetti cui spetta di verificare la sussistenza dei requisiti e disciplinate le ipotesi di sospensione e cancellazione dal registro.

Queste nuove disposizioni regolamentari introdotte con il decreto 180/2010, hanno sostituito quelle del decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004 n. 222, che, si ricorda, sono state applicate per espressa previsione anche in costanza dell'abrogazione della normativa del rito sulla conciliazione societaria che dovevano attuare. Il nuovo decreto pur riprendono in parte il contenuto, dei summenzionati decreti emanati nel 2004, introduce molte novità particolarmente significative tra le quali si ritiene utile, ricordare quelle relative alla necessità che gli organismi siano persone giuridiche (e non più persone fisiche) e che abbiano un patrimonio non inferiore a quello occorrente per la costituzione di una società di capitale a responsabilità limitata.

Per quanto riguarda le indennità spettanti agli organismi, il decreto stabilisce l'importo minimo e massimo e i criteri per la determinazione delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti pubblici di diritto interno, mentre lascia agli enti privati la possibilità di fissare, come già detto, liberamente le proprie tabelle, che però devono essere comunque sempre approvate dal responsabile del registro prima dell'iscrizione.

Successivamente il decreto istituisce l'elenco dei formatori; specifica criteri e modalità di iscrizione nel medesimo e, come nel caso degli organismi di mediazione, fissa i requisiti degli enti, dei singoli formatori e dei responsabili scientifici che opereranno presso gli stessi; fissa, altresì, i requisiti dei percorsi formativi che dovranno essere garantiti dagli enti e prevede che al procedimento di iscrizione nell'elenco, alla sua tenuta e alla sospensione e cancellazione, si applicheranno le disposizioni relative al registro degli organismi di mediazione, in quanto compatibili. A questo punto è quindi matura l'analisi che dobbiamo fare sul D.M. 180/2010 al quale dedichiamo la seconda parte di questo lavoro.