



Dipartimento di _____ Cattedra _____

TITOLO

RELATORE

Prof.

CANDIDATO

Matr.

ANNO ACCADEMICO _____

INDICE:

CAPITOLO 1: INTRODUZIONE AGLI ADR	2
1.1 IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI	2
1.2 L'INTRODUZIONE DELLE ADR NELL'UNIONE EUROPEA	6
1.3 L'INTRODUZIONE DELLE ADR NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.....	11
CAPITOLO 2: GLI ADR	14
2.1 MODALITA' DI FUNZIONAMENTO.....	14
2.2 I DIVERSI AMBITI DELLE ADR.....	19
2.2.1 IN MATERIA SOCIETARIA	20
2.2.2 IN MATERIA DI LAVORO:	21
2.2.3 IN MATERIA TRIBUTARIA:.....	23
2.3 LE PROCEDURE ADR IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO:	25
CAPITOLO 3: I LIMITI E I VANTAGGI DEGLI ADR	28
3.1. I VANTAGGI DEGLI ADR	28
3.2. I LIMITI DEGLI ADR	33
3.3. CONCLUSIONI	38
BIBLIOGRAFIA	39
SITOGRAFIA	41

CAPITOLO 1: INTRODUZIONE AGLI ADR

1.1 IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI

Le ADR, il quale acronimo sta per *Alternative Dispute Resolution*, introdotte dalla dottrina americana per comprendere sia le istituzioni sia le procedure per la risoluzione delle controversie in maniera extragiudiziale, indicano i sistemi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie, nonché quell'insieme di modalità che consentono alle parti in lite di venir fuori ad una situazione di conflitto in maniera soddisfacente per entrambi le parti, evitando allo stesso tempo di ricorrere a dei sistemi giudiziari ordinari.

Analizzando nello specifico il significato dell'acronimo¹ emerge che con: Il termine *Alternative* andiamo a qualificare i metodi ADR come meccanismi alternativi e talvolta complementari ai procedimenti giurisprudenziali.

¹ Sticchi Damiani, “*Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell’Unione europea*”, p. 28.

Dispute, secondo la dottrina anglo-americana, individua la condizione necessaria nella presenza di una “controversia” da risolvere in modo “alternativo” rispetto all’intraprendere un’azione giudiziaria ordinaria vera e propria.

Dunque essenzialmente non basta che la controversia esista, ma deve essere allo stesso tempo reale, ovvero ipoteticamente opponibile di fronte ad un giudice.

Intorno alla fine degli anni '80 i tribunali e gli studi legali hanno iniziato a porre maggiormente l'accento sui metodi alternativi formali per risolvere le controversie.

Tra i potenziali vantaggi delle ADR vanno segnalati costi ridotti, risoluzioni più veloci, meno stress emotivo, la capacità di costruire soluzioni che esulano dall'autorità dei tribunali e, in alcuni casi, l'opportunità di preservare relazioni personali o commerciali che potrebbero essere distrutte da una prova.

L'ADR è utilizzata in contesti diversi e comprende variegata metodologie. Infatti le ADR possono rappresentare un'opzione di regolamento in un contratto scritto, i contratti di costruzione e gli accordi di intermediazione mobiliare spesso contengono una clausola arbitrale obbligatoria. Anche se non esiste un contratto che richieda l'arbitrato o altro sforzo di ADR, esso può essere concordato dalle parti o ordinato dal tribunale.

La richiesta di ADR dalle parti può avvenire in qualsiasi momento e può utilizzare qualsiasi metodo e procedura che le parti ritengano utile.

Esistono due tipi base di ADR suggeriti dal tribunale, il primo si verifica all'inizio del processo legale ed è progettato per evitare molti passaggi e costi procedurali comuni.

La maggior parte delle ADR richieste dal tribunale si verifica molto più tardi nel processo legale, spesso dopo che la scoperta è stata completata e la preparazione della prova finale è iniziata.

Tra i metodi ADR assumono particolare rilevanza l'arbitrato vincolante, l'arbitrato non vincolante, la mediazione, il processo sommario, la conferenza di composizione moderata e una serie di altre procedure creative progettate per facilitare un accordo equo e ragionevole.

Come preciseremo nel corso del presente lavoro, qualsiasi metodo può avere diverse varianti, peraltro, in quasi tutti i contesti, le parti possono utilizzare qualsiasi metodo standard che scelgono o inventare la propria procedura progettata per soddisfare le loro esigenze specifiche.

L'ADR può essere condotta con, o senza, rappresentanza legale su entrambi i lati. Se i partecipanti sono rappresentati da avvocati, le sessioni di ADR possono coinvolgere gli avvocati o possono essere condotte dalle parti senza la presenza di un avvocato. L'ADR non è una proposizione "adatta a tutti"².

² *La negoziazione assistita*, Vademecum, Osservatori sulla giustizia civile.

Il metodo e l'impostazione dovrebbero essere attentamente selezionati per ottimizzare le possibilità di una risoluzione di successo di tutti i problemi contestati.

Il risparmio sui costi utilizzando ADR dipenderà dalla complessità del caso, dalla tempistica degli sforzi ADR e dal metodo utilizzato.

I risparmi dipendono anche dalla positiva conclusione di un accordo. Una risoluzione anticipata dell'ADR può far risparmiare mesi di spese legali, costi di preparazione e stress emotivo. Anche se l'ADR è utilizzata appena precedentemente al processo, il risparmio delle spese legali e dei costi può essere notevole se si evita una prova.

Altrettanto importanti sono i benefici non monetari che possono derivare dall'opportunità di creare una soluzione del proprio progetto.

È importante notare che i risparmi sui costi non sono sempre realizzati. In alcuni casi, il costo della procedura ADR può essere uguale o superiore al costo del contenzioso.

Va sottolineato che, se il tempo e le risorse sono esauriti in un tentativo di ADR che alla fine non ha esito positivo, i costi di ADR vengono aggiunti ai costi di contenzioso, aumentando così, non diminuendo, i costi totali.

Al fine di massimizzare la probabilità di riduzione dei costi, entrambe le parti dovrebbero essere sinceramente interessate a una soluzione tempestiva ed equa della controversia, e il tipo di ADR, nonché la selezione del facilitatore, dovrebbero essere attentamente scelti per soddisfare le esigenze di la situazione.

Tutto questo conseguentemente alla “lentezza” dei processi giudiziari, dovuta soprattutto alle procedure burocratiche che un processo giudiziario comporta, accompagnata anche dall'insoddisfazione verso i procedimenti avviati davanti agli organi giudiziari ordinari che hanno portato all'attuazione di procedimenti per controversie di modeste entità³ o di *class action*.⁴

Comunemente queste modalità sono utilizzate qualora l'importo conteso fra le parti sia superiore indicativamente di 200€.

Inoltre, da un sondaggio condotto dalla Commissione Europea nel 2011 è emerso che la maggioranza, manifestatasi con il 53% degli individui sottoposti a questo, intraprenderebbero

³ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità [2007] GU L 199/1.

⁴ Si veda Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford, Hart Publishing, 2004); Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe* (Oxford, Hart Publishing, 2008); Hensler and Hodges, *The Globalisation of Class Actions*(2009) 622 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 7-345.

una procedura giudiziaria a seguito di perdite finanziarie di importo compreso fra 101€ e 2.500€⁵.

Questa riflessione ci porta direttamente a porre attenzione sull'art. 111 della nostra Carta Costituzionale, dove viene indicato il diritto per l'individuo di ottenere l'esito del processo in una durata ragionevole e alle garanzie fornite dall'art. 6 della «Convenzione Europea Dei Diritti Dell'Uomo»: “ Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta”, e dal disposto dell'art. 47 della « Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea»⁶.

Questa situazione di impossibilità di rispettare i diritti previsti per il cittadino hanno portato all'introduzione di modalità, appunto, che ne possano favorire il rispetto.

La “ consacrazione”, di questi metodi alternativi, è avvenuta con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 Dicembre 2007, ed entrato in vigore ufficialmente il 1° Dicembre 2009, che di fatto istituisce la Comunità Europea, e afferma il principio secondo il quale il Parlamento Europeo ed il Consiglio si impegnano ad assicurare lo “sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie”, sancendo così l'entrata dei sistemi di ADR nei testi fondamentali dell'Unione Europea⁷.

Quindi come abbiamo detto, l'esigenza di abbreviare la durata dei processi giudiziari ordinari, accompagnata all'esigenza di abbassare il costo, per il cittadino, di far valere i suoi diritti, in quanto come sappiamo il sostenimento di un processo è molto costoso, tanto da portare molte volte alla rinuncia, da parte del cittadino, della possibilità di avere giustizia dinnanzi ad un tribunale, è alla base della ricerca di una soluzione concreta ed istantanea del “ bisogno di giustizia”⁸.

L'implementazione e la divulgazione dei modelli ADR rappresenta oggi, secondo l'Unione europea, il solo mezzo per garantire effettiva tutela per i cittadini (e in particolar modo per le controversie transfrontaliere) ed assicurare lo sviluppo del commercio europeo.

⁵ Special Eurobarometer 342, Consumer empowerment (Commissione Europea, 2011), disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf 175.

⁶ Pellegrini, Commento all'art.128 bis tub, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Cedam, 2018.

⁷Sticchi Damiani, *Le ADR (Alternative Dispute Resolution) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV; *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004.

⁸Pellegrini, Commento all'art.128 bis TUB, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Cedam, 2018.

Per tale ordine di ragioni, per le istituzioni dell'Unione europea i metodi ADR rappresentano una priorità politica non più procrastinabile⁹.

Gli ambiti delle ADR spaziano tra diverse e molteplici materie da quelle riguardanti i consumatori a quelle in materia economico-finanziaria, necessità derivata dalla globalizzazione dei mercati finanziari e dall'esigenza di forme di tutela uniformi.

Risulta, comunque, molto difficile tentare di categorizzare in maniera totale le molteplici metodologie ADR esistenti nei singoli Paesi membri dell'Unione Europea e, inoltre, produrre una definizione unitaria e definitiva di organismo e attività extragiudiziaria.

1.2 L'INTRODUZIONE DELLE ADR NELL'UNIONE EUROPEA

L'introduzione delle ADR a livello comunitario e nazionale è rivolta principalmente alla risoluzione delle controversie in materia di consumo, contribuendo ad elaborare una disciplina uniforme a livello comunitario.

L'art. 81, comma 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sancisce che «l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative».

Il successivo comma 2 precisa che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino anche misure volte a garantire «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie». L'obiettivo che la previsione contenuta nell'art. 81 del TFUE raggiunge è particolarmente significativo «in quanto il diffondersi di un sistema di ADR in Europa non è stato facilitato da una serie di circostanze quali le peculiarità del sistema giuridico, basato sul diritto codificato anziché su quello giurisprudenziale, la centralità del ruolo del sistema giurisdizionale cui è affidata la tutela della legalità, la percezione del processo come luogo dove i giudici statali sono depositari della risoluzione delle liti».

La maggiore attenzione nei confronti delle ADR appare essere da ricercarsi «nei vantaggi in termini di costi, rapidità e flessibilità delle ADR rispetto ai mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie», infatti, essi «consentono da un lato di evitare che le parti debbano affrontare un processo dai tempi spesso lunghi e dai costi elevati; dall'altro, almeno nei casi di ADR fondate su un modello conciliativo, permettono alle parti di disporre delle proprie situazioni sostanziali con maggiore flessibilità e di evitare di compromettere i loro rapporti futuri».

Le previsioni del Trattato non sono, quindi, solo applicabili a determinati settori, ma lasciano

⁹ La Commissione europea, nel *Libro Verde* del 19 aprile 2002, COM (2002) 196, sui *Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale*.

un ampio ambito di applicazione per queste modalità di soluzione delle controversie.

Va precisato però che un primo passo verso l'introduzione dei sistemi alternativi era stato intrapreso dalla Commissione Europea nel 1993 con il Libro Verde in materia di «accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico».

Il Libro Verde evidenzia che «l'accesso alla giustizia è al tempo stesso un diritto dell'uomo ed una condizione per l'operatività effettiva di qualsiasi ordinamento giuridico, ivi compreso quello comunitario. Per quanto attiene a quest'ultimo il problema dell'«effettività» si pone tuttavia in modo speciale ed inedito.

Infatti, l'ordinamento giuridico comunitario è costituito da un sistema di norme la cui applicazione è, in massima parte, affidata non già ad un proprio ordinamento giudiziario bensì alle giurisdizioni istituite nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, le quali di norma seguiranno le norme di procedura vigenti negli Stati membri»¹⁰, inoltre le «Autorità giudiziarie nazionali siano egualmente accessibili a qualsiasi soggetto indipendentemente dalla nazionalità e che le divergenze tra procedure nazionali- anche se legittime in quanto tali- non siano tali da infirmare il principio di parità di trattamento dei cittadini comunitari che invocano il rispetto della stessa norma comunitaria ma in paesi diversi».¹¹

Successivamente, di taglio ben più specifico, risulterà il *Libro Verde* del 30 Marzo 1998, n.257 riguardante «i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo», che si impegna affinché «tutti gli organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno come competenza la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo rispettino i seguenti principi» ovvero il principio dell'indipendenza, il principio della legalità, il principio di rappresentanza ed il principio di libertà.

Sempre più specificatamente, le controversie in materia di consumo, vengono trattate dal Consiglio Europeo che emana la Risoluzione del 25 maggio 2000, ritenendo opportuno, al fine del rafforzamento della fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno nonché della loro capacità di approfittare pienamente delle opportunità loro offerte, promuovere a

¹⁰ Si veda *L'evoluzione della risoluzione delle controversie a livello europeo: cenni introduttivi*, www.dirittoegiustizia.it

¹¹ Si veda *L'evoluzione della risoluzione delle controversie a livello europeo: cenni introduttivi*, www.dirittoegiustizia.it

livello nazionale e, nella forma adeguata, a livello comunitario, lo sviluppo di procedure pratiche, efficaci e poco onerose per la risoluzione extragiudiziale¹²

La Commissione Europea ha adottato come cursori per promuovere i metodi ADR, due raccomandazioni;

La Raccomandazione 1998/257/CE¹³, che disciplina le forme alternative di risoluzione delle controversie che propongono o impongono (in caso di decisioni vincolanti), una soluzione alla controversia, nonché a «creare o designare inoltre, in ciascun Stato membro, un punto centrale “centro di scambi” incaricato di fornire informazioni, orientamenti, sostegno pratico e assistenza pratica ai consumatori per facilitarne l’accesso agli organi o ai sistemi extragiudiziali competenti a livello nazionale o, se opportuno, nel paese del fornitore come pure, ai punti di contatto situati in altri Stati membri»¹⁴.

Inoltre, la Raccomandazione n. 98/257/CE, definisce le misure che garantiscono il principio di trasparenza, ovvero tramite la comunicazione a qualunque soggetto che lo richieda¹⁵:

- 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 le decisioni dell’organo (codici di condotta, disposizioni legali, ...)
- Delle modalità di adozione di decisioni;
- Del valore giuridico della decisione.

Mentre per quanto riguarda il principio d’efficacia definisce le seguenti conseguenze:

- 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

¹² Si veda la Risoluzione del Consiglio, 25/05/2000; https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/ris_cm_25mag2000.pdf

¹³ Raccomandazione n. 98/257/CE della Commissione, del 30 marzo 1998, riguardante i *principi applicabili agli organi responsabili per la soluzione extra giudiziale delle controversie in materia di consumo*, in *G.U.* 17 aprile 1998, L 115, p. 31.

¹⁴ Raccomandazione n. 98/257/CE della Commissione, del 30 marzo 1998, riguardante i *principi applicabili agli organi responsabili per la soluzione extra giudiziale delle controversie in materia di consumo*, in *G.U.* 17 aprile 1998, L 115, p. 31.

¹⁵ Si veda <http://www.mondoadr.it/normativa/raccomandazione-della-commissione-del-30-marzo-1998-riguardante-i-principi-applicabili-agli-organi-responsabili-per-la-risoluzione-extragiudiziale-delle-controversie-in-materia-di-consumo.html>

della decisione;

- L'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente¹⁶.

La Raccomandazione 2001/310/CE¹⁷, che disciplina una modalità di risoluzione di impronta consensuale, che prevede l'inserimento di una terza parte, neutra ed imparziale, che tenta di risolvere la controversia cercando di mettere d'accordo le parti.

Le due raccomandazioni si basano su due garanzie cardine, ovvero quella dell'indipendenza e dell'effettività che i singoli Stati membri devono effettivamente assicurare e rispettare nell'applicazione dei metodi ADR¹⁸.

Assieme alle raccomandazioni, il legislatore Europeo usufruisce di un altro strumento, ovvero quello delle direttive.

In particolar modo facciamo riferimento alle direttive sul commercio elettronico¹⁹, sui servizi postali²⁰ e quella relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID)²¹, che hanno portato effettivamente gli Stati membri ad usufruire dei sistemi ADR.

Mentre per quanto riguarda le direttive riguardanti il settore delle telecomunicazioni²², dell'energia²³, del credito al consumo²⁴ e dei servizi di pagamento²⁵, sono previste le creazioni di sistemi adeguati ed efficaci di ADR da parte degli Stati membri; inoltre viene imposto, mediante la direttiva sui servizi²⁶, ai fornitori di servizi di fornire agli eventuali consumatori le

¹⁶ Si veda <http://www.mondoadr.it/normativa/raccomandazione-della-commissione-del-30-marzo-1998-riguardante-i-principi-applicabili-agli-organ-responsabili-per-la-risoluzione-extragiudiziale-delle-controversie-in-materia-di-consumo.html>

¹⁷ Raccomandazione n. 2001/310/CE della Commissione, del 4 aprile 2001, sui *principi applicabili agli organi extra giudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, in *G.U.* 19 aprile 2001, L 109, p. 56.

¹⁸ La Commissione ha creato una base di dati con più di 500 sistemi ADR che, secondo gli Stati membri, sono conformi alle raccomandazioni. Si veda http://CE.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

¹⁹ Direttiva 2000/31/CE, in *G.U.* 17 luglio 2000, L 178, p. 1.

²⁰ Direttiva 2008/6/CE, in *G.U.* 27 febbraio 2008, L 52, p. 3.

²¹ Direttiva 2004/39/CE, in *G.U.* 30 aprile 2004, L 145/1, p. 33.

²² Direttive 2009/136/CE e n. 2009/140/CE, in *G.U.* 18 dicembre 2009, L 337, pp. 11 e 37.

²³ Direttive 2009/72/CE e n. 2009/73/CE, in *G.U.* 14 agosto 2009, L 211, pp. 55 e 94.

²⁴ Direttiva 2008/48/CE, in *G.U.* 22 maggio 2008, L 133, p. 66.

²⁵ Direttiva 2007/64 /CE, in *G.U.* 5 dicembre 2007, L 319/1, p. 32.

²⁶ Direttiva 2006/123/CE, in *G.U.* 27 dicembre 2006, L 376, p. 36.

sufficienti informazioni sui metodi ADR esistenti al fine di tutelare i diritti di questi ultimi.

Per supportare le direttive e le principali Raccomandazioni, la Commissione Europea ha istituito due reti per facilitare l'accesso uniforme dei consumatori alle procedure ADR.

La Fin-Net²⁷, ovvero una rete di sistemi nazionali per la gestione delle controversie transfrontaliere tra consumatori e fornitori dei servizi finanziari, e la ECC, ovvero la rete Europea dei centri dei consumatori, che ha l'obiettivo di indirizzare i consumatori verso un sistema di ADR adeguato quando ci si trovi in un altro Stato membro.

Tuttavia, oltre agli interventi appena descritti, il vero passo decisivo e più significativo intrapreso dall'Unione Europea verso la sensibilizzazione al tema delle ADR, è avvenuto con l'adozione da parte della Commissione Europea del *Libro Verde* del 19 Aprile 2002, sui Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale²⁸.

È proprio il *Libro Verde* ad attribuire all'acronimo ADR, forgiato negli Stati Uniti, un valore universale a cui ricondurre tutte le procedure di risoluzione delle controversie alternativamente al ricorso ad un'azione giudiziaria ordinaria. «I modi alternativi di risoluzione delle controversie saranno pertanto designati in appresso con l'acronimo che tende ad imporsi universalmente nella pratica: 'ADR', che sta per 'Alternative Dispute Resolution.»²⁹.

Oltre all'organismo ADR viene inoltre previsto un Organismo ADR "residuo", incaricato di occuparsi di tutte le controversie laddove non sia previsto e/o disponibile un organismo ADR dotato di specifica competenza³⁰.

Inoltre, sempre per assicurare e garantire il libero accesso ai consumatori alla possibilità di "avere giustizia", l'attuale quadro è stato integrato e completato dal Regolamento n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, con l'introduzione di un metodo informatico per la risoluzione delle controversie, ovvero la creazione del portale Web Europeo gestito dalla Commissione Europea, ODR, Online Dispute Resolution, accessibile tramite il sito <http://ec.europa.eu/consumers/odr/>; volta, come già descritto, a facilitare la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace e rapida di quelle controversie che hanno come oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi

²⁷ Si veda http://CE.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm.

²⁸ La Commissione, nel *Libro Verde* del 19 aprile 2002, COM (2002) 196, sui *Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale*.

²⁹ La Commissione, nel *Libro Verde* del 19 aprile 2002, COM (2002) 196, sui *Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale*.

³⁰ Considerando 24, nonché l'art. 5, 3° par.

online intercorsi tra consumatori e professionisti.

1.3 L'INTRODUZIONE DELLE ADR NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Come abbiamo potuto dedurre dalla situazione appena descritta, il tema delle ADR diventa di vitale rilevanza per quei paesi dove la durata e la pesantezza dei processi giudiziari ordinari hanno assunto man mano con il tempo caratteri patologici che hanno comportato una sostanziale sfiducia nei confronti della giustizia.

Questo è il caso dell'Italia, dove la maggioranza delle normative riguardanti gli ADR emanate negli ultimi anni si sono spesso affiancate a interventi di carattere emergenziale nel processo civile, fino ad essere considerate esse stesse degli interventi urgenti.

Di rilevante importanza in tal senso è stato il Considerando 5 della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla mediazione civile e commerciale, che “ha come obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario” inoltre la seguente direttiva: “si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri”³¹.

L'ambito giudiziario delle ADR nell'ambiente italiano si è venuto a creare, similmente ad altri Paesi membri, in maniera molto vasta.

Le ADR si dividono in ADR a carattere generale e nelle ADR di settore, come già intravisto precedentemente, nonché a “procedure volontarie, rispondenti a mere finalità di definizione o composizione bonaria della lite con risparmio di tempi e costi, e procedure obbligatorie, strutturate come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria e, pertanto, più evidentemente connotate da una *ratio* deflattiva”³².

A seguito di questi svolgimenti è stato creato, recentemente, un apparato, costituito dal Ministro della Giustizia tramite il comunicato stampa dell'8 marzo 2016, di cui fanno parte accademici e rappresentanti delle varie materie professionali interessate, al fine della redazione di una

³¹ Considerando 5, Direttiva 2008/52/CE, art.1.

³² Si veda, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n.6/2017- p.136.

bozza di riforma organica degli strumenti extragiudiziari, cercando di renderli armonizzati e di creare forme eterogenee di strumenti negoziali³³.

La seguente commissione di studio, presieduta dal professor Guido Alpa, ha poi infine proposto una serie di iniziative normative, che in questo momento sono sotto osservazione del Ministro della Giustizia³⁴.

Ultimamente, con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale nel 23 giugno 2017, con le modifiche per il consolidamento dell'istituto della mediazione obbligatoria apportate con il decreto legislativo del 24 aprile 2017, n.50, la cosiddetta manovra 2017, viene introdotta l'obbligatorietà della mediazione "stabilmente" per tutte quelle materie di controversia indicate dall'art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 28/2010, eliminando anche il limite temporale di efficacia dell'obbligatorietà³⁵.

Ora andremo a riprendere un argomento trattato in precedenza, che assume particolare rilievo nelle procedure di mediazione, l'arbitrato.

“ L'arbitrato” si distingue tra arbitrato *comune* e arbitrati *di settore*, entrambi strumenti di risoluzione delle controversie di carattere “eteronomo, ovvero individuata da soggetti estranei alla lite all'uopo investiti per mandato delle parti”³⁶, le quali si impegnano ad accettare come vincolante detta soluzione, che implica una rinuncia alla giurisdizione statale, dalla quale consegue l'incostituzionalità degli arbitrati obbligatori³⁷.

Ulteriore distinzione avviene proprio nel sistema giuridico italiano che ha introdotto la distinzione fra l'arbitrato cosiddetto *rituale* e l'arbitrato *libero o irrituale*;

L'arbitrato “rituale” è portato a concludersi con un esito capace di avere la stessa efficacia di una sentenza propria di un giudice, mentre il secondo, “libero o irrituale”, è destinato ad essere definito tramite un «atto dotato di efficacia vincolante per le parti di tipo negoziale»³⁸.

Ovviamente i due tipi di arbitrato hanno origine separata; l'arbitrato rituale trae origine e allo stesso tempo basa la sua disciplina all'interno del codice di procedura civile³⁹, diversamente l'arbitrato libero o irrituale viene a nascere e a svilupparsi successivamente all'evolversi della

³³https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_13_1_1.page?contentId=COM1220218&previousPage=mg_13_1

³⁴<http://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TESTO-FINALE-Commissione-ALPA-Aggiornato.pdf>

³⁵ Si veda *Annali della facoltà dell'Università di Camerino- n.6/2017*, p. 137.

³⁶ Si veda *Annali della facoltà dell'Università di Camerino- n.6/2017*, p. 137.

³⁷ Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in *Giur. cost.*, 1998, 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in *Corr. giur.*, 1998, 204; 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. cost.*, 1996, 379; 9 maggio 1996, n. 152, *ivi*, 1996, 1452

³⁸ Si veda *Annali della facoltà dell'Università di Camerino- n.6/2017*, p. 138.

³⁹ art. 2 ss. c.p.c. del 1865; artt. 806 ss. c.p.c. vigente

prassi commerciale sin dalla fine dell'800, proprio per essere contrapposto all'arbitrato rituale, molto più formale rispetto a quest'ultimo, ma ha cominciato ad avere un'importante rilevanza solo recentemente, grazie all'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c., «emanato con il d.lg. del 2 febbraio 2006, n.40, che qualifica espressamente l'arbitrato libero come lo strumento attraverso il quale le parti concordemente ottengono che la lite sia definita da arbitri mediante “determinazione contrattuale”»⁴⁰.

Tutto questo è possibile grazie all'affermarsi di una nuova interpretazione dell'art. 102 della Costituzione Italiana che vede la giurisdizione “non più come una funzione sovrana ed esclusiva dello Stato, bensì come un servizio che lo Stato ha il dovere di assicurare attraverso la magistratura, ma che può essere “erogato” anche da soggetti diversi cui le parti, nei limiti della disponibilità della propria sfera giuridica, decidano concordemente di rivolgersi per ottenere giustizia”⁴¹, la quale affermazione si è avuta con la decisione della Corte Costituzionale il 19 luglio 2013, n.223 che ha introdotto la *translatio iudicii* tra i giudici e gli arbitri definendo che “ nell’ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l’efficacia propria delle sentenze dei giudici, l’errore compiuto dall’attore nell’individuare come competente il giudice piuttosto che l’arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall’organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite”⁴².

⁴⁰ Si veda *Annali della facoltà dell'Università di Camerino- n.6/2017*, p. 138.

⁴¹ Si veda *Annali della facoltà dell'Università di Camerino- n.6/2017*, p. 138.

⁴² Sentenza 223/2013 punto 4, si veda

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=223>

CAPITOLO 2: GLI ADR

2.1 MODALITA' DI FUNZIONAMENTO

Dopo aver descritto quelli che sono i motivi e le cause che hanno portato all'affermazione e all'utilizzo degli strumenti delle ADR e del metodo della mediazione, andremo a descrivere quelle che sono le modalità di funzionamento dei suddetti strumenti.

Innanzitutto andiamo a definire il campo di applicazione e chi può accedere a suddette procedure, l'art.2 del decreto legislativo n.28/2010 ammette l'accesso a le procedure di mediazione chiunque sia intento ad una «conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili» senza precludere, però, «le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, ne le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi»⁴³.

Dal momento in cui si sono venuti a creare degli istituti appositi per queste procedure, occorre definire i poteri e le responsabilità di coloro che si occupano della mediazione, ovvero «l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»⁴⁴.

I «mediatori» dei consumatori, «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo»⁴⁵, nel momento in cui vengono incaricati della procedura, sono investiti dal potere di svolgere le cinque attività di seguito indicate⁴⁶:

1. Consulenza per i consumatori: servizio di preselezione, che risponde rapidamente ai quesiti posti dai consumatori ed evita inutili perdite di tempo
2. Risoluzione della controversia;
3. Aggregazione di dati: raccolta di informazioni specifiche per ogni controversia o contatto ricevuto, in modo tale da ottenere una visione globale delle condizioni di compravendita, delle violazioni, dei professionisti e dell'andamento del mercato;

⁴³ Art. 2, decreto legislativo n.28/2010.

⁴⁴ Art.1, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁴⁵ Art.1, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁴⁶ Hodges, *Consumer Ombudsmen: Better regulation and dispute resolution*” (2014) 15(4) ERA Forum 593; Hodges, *The Consumer as Regulator*, in Leczykiewicz and Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016).

4. Pubblicazione dei dati aggregati: come suggerimenti per professionisti e informazioni ai consumatori, su gare, organismi di regolamentazione e investitori, per contribuire al mantenimento di un mercato equo e di livello elevato;
5. Miglioramento del comportamento sul mercato: tale obiettivo può essere conseguito attraverso la pubblicazione ma può anche comportare attività di regolamentazione o azione diretta esercitata dall'organismo ADR.

La Procedura ha inizio dal momento in cui viene depositata l'istanza di mediazione presso uno degli organismi di mediazione, definiti dall'art. 16, 1° comma, come «gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza», che sono abilitati a «gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art.2» (del decreto legislativo n.28/2010) e stabilisce che gli organismi devono essere iscritti nel registro⁴⁷, nel luogo territorialmente competente attraverso il modello predisposto, le cui forme e modalità di formazione sono disciplinate dall'art. 4 del decreto legislativo n.28/2010, che si riferisce all'*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n.69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*⁴⁸.

Per quanto riguarda i requisiti di forma e contenuto l'art. 4, 2° comma, del decreto legislativo n.28/2010, «L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa»⁴⁹.

Le condizioni di procedibilità e i rapporti con il processo sono disciplinate dall'art. 5 del d.lgs. n.28/2010, «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,....., l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza»⁵⁰ inoltre «fermo quanto previsto dal comma 1,...., il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di

⁴⁷ Art.16, 1° comma, del decreto legislativo 28/2010.

⁴⁸ Si veda <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>.

⁴⁹ Art. 4, 2° comma, del decreto legislativo n.28/2010 si veda <http://www.altalex.com/documents/leggi/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>

⁵⁰ art.5, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è stata già avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione»⁵¹.

Esistono, comunque, dei casi in cui i due commi appena discussi, non trovano un campo di applicazione⁵²:

- a) Nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla 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'articolo 667 del codice di procedura civile⁵³;
- c) Nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, terzo comma, del codice di procedura civile⁵⁴;
- 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.

Per le necessità ampiamente discusse inizialmente, la durata del procedimento di mediazione non può essere superiore ai quattro mesi, e il termine decorre dal momento in cui viene depositata la domanda di mediazione⁵⁵.

Per quanto riguarda il procedimento, esso è disciplinato dall'art. 8 del decreto legislativo n.28/2010:

«All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda.

La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

⁵¹ art.5, 2° comma, del decreto legislativo n.28/2010

⁵² art.5, 4° comma, del decreto legislativo n.28/2010

⁵³ «Pronunciati i provvedimenti previsti dagli articoli 665 e 666 il giudizio prosegue nelle forme del rito speciale, previa ordinanza di mutamento di rito ai sensi dell'articolo 426».

Per la pronuncia dei provvedimenti previsti nei due artt. Precedenti è sempre competente il pretore adito, davanti al quale il giudizio prosegue per la decisione del merito, se la causa è di sua competenza; Se, anche in dipendenza delle eccezioni opposte dal convenuto, la causa eccede la competenza del pretore adito, questi rimette le parti al giudice competente e fissa un termine perentorio per la riassunzione della causa.

⁵⁴ La norma è stata oggetto della riforma apportata dalla l.80/2005 che ha attenuato il vincolo di strumentalità tra la fase cautelare e quella di merito. Infatti il procedimento si articola oggi in una prima fase cautelare caratterizzata da un accertamento sommario e da una seconda fase di merito, solo eventuale, ovvero rimessa alla volontà della parte interessata, la quale può promuovere entro 60 giorni dalla comunicazione del provvedimento pronunciato in sede di reclamo.

⁵⁵ art.6, decreto legislativo 28/2010

Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari»⁵⁶.

Durante il primo incontro, che non può svolgersi oltre 30 giorni dal deposito dell'istanza, il mediatore prescelto e le parti, assistite dal legale nel caso di controversie per cui la mediazione è condizione di procedibilità, verificano l'effettiva sussistenza delle condizioni per concludere positivamente il tentativo di conciliazione⁵⁷.

Se al primo incontro entrambi le parti ritengono che vi siano le condizioni necessarie per arrivare ad una soluzione bonaria della lite, la mediazione prosegue, al contrario nel caso in cui no vi siano suddette condizioni la procedura è rinviata a data concordata tra le parti ed il mediatore.

L'art. 11 disciplina la *Conciliazione*, ovvero « la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione»⁵⁸, e quindi di conseguenza «il mediatore forma il processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento.

Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13»⁵⁹.

L'art. 13, appena citato, definisce le Spese Processuali esplicitando che « quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92⁶⁰ e 96⁶¹ del codice di procedura civile .

⁵⁶ art. 8, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁵⁷ Si veda <http://www.adrcenter.it/mediazione/fasi-della-mediazione/>.

⁵⁸ Art.1, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁵⁹ Art. 11, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁶⁰«Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'art.88, essa ha causato all'altra parte. Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero. [Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti]. Se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione».

⁶¹ «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art.8,comma 4»⁶².

L'articolo 17, parallelamente all'art. 13, definisce le Risorse, il regime tributario e le indennità che vengono applicate in queste procedure, in quanto godono di diverse agevolazioni fiscali; agevolazioni che vengono definite proprio da questo articolo.

Il 2° comma, dell'art.17, prevede che « tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura»⁶³, inoltre « il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 Euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente»⁶⁴.

Sono determinati allo stesso modo anche:

- a) L'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- b) I criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;
- c) Le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al 25 per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;
- d) Le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art.5, comma 1.

Una volta giunti alla conclusione della mediazione, la fase in cui il mediatore incentiva la definizione dei termini di un accordo, anche proponendo un compromesso, si possono avere due ipotesi.

- a) L'ipotesi in cui ci sia un accordo, esso viene depositato presso l'organismo competente, il verbale di accordo sottoscritto dalle parti e dai legali è “immediatamente esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, mentre per tutti gli altri casi,

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

⁶² Art. 13, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁶³ Art. 17, 2° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁶⁴ Art. 17, 3° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

l'efficacia esecutiva è subordinata all'omologa, su istanza di parte, del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo»;⁶⁵

- b) L'ipotesi in cui non vi sia un accordo, il mediatore può suggerire alle parti la possibilità di ricorrere ad un'altra procedura di risoluzione della controversia o inviare alle parti una proposta scritta di composizione della lite, successivamente le parti hanno 7 giorni di tempo per accettare o rifiutare tale proposta, l'eventuale mancata risposta entro il termine prestabilito è considerato come un rifiuto.

Questo è per quel che concerne la procedura della mediazione, ora analizzeremo nello specifico le mansioni e i divieti che spettano al mediatore in quanto tale, infatti l'articolo 14 del decreto legislativo 28/2010 mira definire proprio questo ambito.

«Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti e obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio» inoltre «è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti»⁶⁶.

Successivamente al mediatore è fatto obbligo di⁶⁷:

- a) Sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
- b) Informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
- c) Formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative;
- d) Corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

Nel caso in cui non dovessero essere rispettati uno degli obblighi e/o divieti sopra elencati le parti possono chiedere, su loro istanza, al responsabile dell'organismo, l'eventuale sostituzione del mediatore⁶⁸.

2.2 I DIVERSI AMBITI DELLE ADR

Dopo aver descritto i metodi di risoluzione alternativa delle controversie, le loro fasi e tutto ciò che ne concerne, andremo ad esaminare i diversi ambiti in cui esse possono essere applicate.

⁶⁵ Conclusione della mediazione, Fasi della mediazione, si veda <http://www.adrcenter.it/mediazione/fasi-della-mediazione>.

⁶⁶ Art. 14, 1° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁶⁷ Art. 14, 2° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

⁶⁸ Art. 14, 3° comma, del decreto legislativo n.28/2010.

Nello specifico andremo a trattare le ADR in materia societaria, in materia bancaria e finanziaria, in materia di lavoro ed in materia tributaria.

2.2.1 IN MATERIA SOCIETARIA

L'arbitrato societario, inizialmente disciplinato dal decreto legislativo n.5/2003, è un'ipotesi speciale e caratteristica rispetto alla disciplina generale, in quanto il legislatore ha cercato di creare una vera e propria categoria di arbitri che si occupassero specificatamente di questa materia.

Infatti l'articolo 34, 1° comma, del decreto legislativo n.5/2003, prevede che «gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-*bis* del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale»⁶⁹.

Dunque possiamo notare come sia concesso il ricorso a metodi di risoluzione alternativi in ambito societario, ma con la condizione necessaria che esse siano previste in specifiche “clausole compromissorie” all'interno dell'atto costitutivo della società, fatta eccezione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Lo stesso articolo definisce, inoltre, le forme e le modalità di nomina degli arbitri che le clausole devono possedere, e laddove i soggetti non provvedano alla segnalazione dell'arbitro e delle modalità, sarà il presidente del tribunale del luogo a nominarne uno⁷⁰, la ragione di tale articolo, che caratterizza la disciplina riguardante le società, trova fondamento nel continuo bisogno di soddisfare le frequenti ipotesi di arbitrato in materia societaria, oltre che ovviamente a garantire imparzialità ed efficacia dell'arbitro.

La clausola compromissoria è tuttavia vincolante per la società e tutti i soci, anche per coloro il quale sia proprio la loro posizione di socio ad essere oggetto di controversia, le modifiche dell'atto costitutivo che abbiano per oggetto l'introduzione o l'eliminazione delle clausole dovranno essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del Capitale Sociale.

⁶⁹ Art. 34, 1° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statuarie*.

⁷⁰ Art. 34, 2° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statuarie*.

L'oggetto di suddette clausole non può essere uno di quei casi per cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero⁷¹.

Il criterio della disponibilità dei diritti citata precedentemente (art.34, 1° comma), ritrova perfetta applicazione negli arbitrati di diritto comune, allo stesso modo in materia societaria il legislatore ha dichiarato che «l'indisponibilità dei diritti deve ravvisarsi quando le norme coinvolte tutelano interessi ultra individuali, e cioè, quando hanno ad oggetto interessi della società, della collettività dei soci o dei terzi»⁷².

Ulteriore distinzione fondamentale, tra arbitrato societario e arbitrato ordinaria, è quella secondo il quale all'arbitro è riconosciuto il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera⁷³.

Ovviamente suddetti provvedimenti e gli esiti delle controversie societarie devono essere iscritti nel registro delle imprese e sono accessibili ai soci⁷⁴.

Infine il secondo comma dello stesso articolo (art. 35 d. lgs. n.5/2003) rileva l'ammissibilità senza restrizioni sia dell'intervento volontario del terzo che della chiamata in causa di altri soci, in questa maniera si cerca di mantenere l'aumento di costi derivato dal numero di processi arbitrali che si verrebbero a creare in caso di mancanza del terzo imparziale, e allo stesso tempo avere più pareri contrastanti per definire l'esito della controversia nel modo più opportuno possibile.⁷⁵

Successivamente questo decreto legislativo venne abrogato e sostituito con la legge n. 69/2009, ma venne lasciata inalterata la parte relativa all'arbitrato societario.

2.2.2 IN MATERIA DI LAVORO:

Nell'ambito del lavoro le procedure di risoluzione alternative delle controversie maggiormente utilizzate sono quelle basate sulla conciliazione e sull'arbitrato, esse sono peraltro, nella maggior parte dei casi, di carattere facoltativo.

⁷¹ Art. 34, 5° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statuarie*.

⁷² Tribunale di Napoli 26 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2003, p.1099.

⁷³ Art. 35, 5° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*.

⁷⁴ Art. 35, 1° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*.

⁷⁵ Art. 35, 2° comma, decreto legislativo n.5/2003, TITOLO V, *Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*

Relativamente alla conciliazione, sono state accostate la facoltatività e l'obbligatorietà della procedura, la prima per garantire e mantenere l'autonomia delle parti la seconda per « conseguire la finalità deflattiva del contenzioso»⁷⁶.

L'obbligatorietà, però, più che apportare benefici, ha portato ad un rallentamento del tentativo di conciliazione. A tal proposito possiamo notare come nel 2009 solo il 23% delle procedure di conciliazione utilizzate, era stato effettivamente portato a termine⁷⁷.

Questo deriva dal fatto che, precedentemente, l'obbligatorietà delle procedure di conciliazione non prevedeva alcun tipo di sanzione per colui che non si fosse presentato dinnanzi alla commissione.

In merito a questo problema è intervenuto il legislatore con la legge del 4 novembre n. 183/2010, il cosiddetto Collegato lavoro, art. 410, prevedendo la possibilità di proporre un tentativo di conciliazione, prima di ricorrere in giudizio presso il tribunale e, con il Collegato lavoro, ha determinato l'unicità del sistema di conciliazione tra il settore pubblico e privato⁷⁸.

Usualmente queste procedure di conciliazione sono utilizzate nell'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo nelle imprese che possiedono più di quindici dipendenti, introdotto dalla Riforma Fornero, che prevede che nel caso di intenzione di licenziamento di un dipendente, il datore di lavoro deve effettuare una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro (DTL), del luogo dove lavora il dipendente, indicando i motivi del licenziamento e le eventuali misure di assistenza durante il periodo di ricollocazione del lavoratore indicato⁷⁹.

La DTR dovrà, entro sette giorni dalla richiesta, convocare il datore di lavoro ed il dipendente in un incontro dinnanzi alla commissione di conciliazione del luogo, in cui verranno esaminate anche le soluzioni alternative⁸⁰.

Se l'esito di suddetta conciliazione è positivo, il lavoratore avrà diritto all'assicurazione sociale per l'impiego (ASpI), la quale può prevedere l'affidamento, del lavoratore, ad un'agenzia di ricollocazione professionale.

Nel caso in cui, invece, l'esito sia negativo, o nel caso in cui decorra il termine dei sette giorni, il datore di lavoro potrà comunicare il licenziamento al dipendente.

⁷⁶ Sull'argomento, ex multis, Nascosi, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato*, in *Studium iuris*, 2005, p.766;

⁷⁷ Stern, *Jobs act: licenziamenti e contratto a tutele crescenti*, 2015, S. Arcangelo di Romagna, p. 115. L'autore riporta in proposito i dati forniti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

⁷⁸ Marano, *Il licenziamento dopo il Jobs Act*, 2015, Napoli, p. 268

⁷⁹ Legge n.92/2012, art.1, comma 40.

⁸⁰ Legge n. 92/2012, art. 1, comma 40.

Il licenziamento avrà effetto dal giorno successivo al giorno della comunicazione con cui si è avviata la procedura.

Questa procedura, oltre che avere come obiettivo la composizione bonaria della lite, è diventata anche un fattore fondamentale per la validità stessa del licenziamento.

2.2.3 IN MATERIA TRIBUTARIA:

Per quanto riguarda le ADR in materia tributaria, l'obiettivo è quello di agevolare il rapporto fra l'Amministrazione finanziaria e i corrispettivi contribuenti e inoltre quello di ridurre i possibili contenziosi.

Le due procedure maggiormente utilizzate in questo ambito sono quelle degli istituti di mediazione tributaria e della conciliazione giudiziale.

La prima è stata introdotta dall'art.39, comma 9, del decreto legislativo n.98/2011, ovvero «decorsi novanta giorni senza che sia stato notificato l'accoglimento del reclamo o senza che sia stata conclusa la mediazione, il reclamo produce gli effetti del ricorso. I termini di cui agli articoli 22 e 23 decorrono dalla predetta data.

Se l'Agenzia delle entrate respinge il reclamo in data antecedente, i predetti termini decorrono dal ricevimento del diniego. In caso di accoglimento parziale del reclamo, i predetti termini decorrono dalla notificazione dell'atto di accoglimento parziale»⁸¹.

L'articolo 17-*bis* dispone che «per le controversie di valore non superiore a ventimila euro, il ricorso produce anche gli effetti di un reclamo e può contenere una proposta di mediazione con rideterminazione dell'ammontare della pretesa».

Inoltre il comma 10 sancisce che «nelle controversie di cui al comma 1 la parte soccombente è condannata a rimborsare, in aggiunta alle spese di giudizio, una somma pari al 50 per cento delle spese di giudizio a titolo di rimborso delle spese del procedimento disciplinato dal presente articolo. Nelle medesime controversie, fuori dei casi di soccombenza reciproca, la commissione tributaria, può compensare parzialmente o per intero le spese tra le parti solo se ricorrono giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione, che hanno indotto la parte soccombente a disattendere la proposta di mediazione»⁸².

Novità a riguardo sono state introdotte con il decreto legislativo n.156/2015, infatti mentre inizialmente la mediazione era esclusiva solo per quanto concerneva l'Agenzia delle Entrate, ora questa facoltà è stata

⁸¹ Art.39, comma 9, decreto legislativo 98/2011

⁸² Art.39, comma 10, del decreto legislativo n.98/2011.

allargata anche ad altri istituti, come per esempio un ente locale o l’Agenzia delle dogane, o in altri casi il concessionario privato della riscossione⁸³.

Per questa tipologia di controversie viene, dunque, introdotta la possibilità di inserire nei ricorsi una proposta di mediazione con la discussione del *quantum* della pretesa.

Una volta presentato il ricorso si incorre nel procedimento precedentemente discusso ovvero quello descritto dall’art. 39, comma 9, del decreto legislativo n.98/2011.

Mentre per quanto riguarda la seconda procedura citata inizialmente, la *conciliazione giudiziale*, essa è stata disciplinata ed introdotta dagli articoli 48 e 48-*bis* del decreto legislativo n.546/1992, possiamo notare la differenza dalla mediazione tributaria già dal fatto che la conciliazione si può introdurre anche durante la causa, mediante il deposito di un’istanza congiunta in giudizio, che l’altra parte deve aver precedentemente accettato, la cosiddetta conciliazione “fuori udienza”.

Una volta presentata l’istanza congiunta, se viene decisa a data e sussistono le condizioni di ammissibilità, la commissione pronuncia la sentenza di cessazione del contenzioso in via giudiziaria.

Se l’accordo è parziale si avrà ovviamente una cessazione parziale del contenzioso, e per la restante parte si continuerà in giudizio.

«La conciliazione si perfeziona con la sottoscrizione dell’accordo di cui al comma 1⁸⁴, nel quale sono indicate le somme dovute di pagamento. L’accordo costituisce titolo per la riscossione delle somme dovute all’ente impositore e per il pagamento delle somme dovute al contribuente»⁸⁵.

Un altro modo di manifestarsi della procedura è della conciliazione “in udienza”, nella quale ogni parte inserisce nella domanda di procedimento con la causa, un’istanza per la conciliazione parziale o totale⁸⁶.

Viene aggiunta anche la possibilità, sempre se sussista la condizione di ammissibilità, di poter rinviare la causa ad una successiva udienza affinché si possa arrivare nel frattempo al perfezionamento dell’accordo di conciliazione.

In questo caso la conciliazione si conclude con la redazione del processo verbale in cui vengono indicate le conseguenze economiche e i relativi termini di pagamento⁸⁷.

⁸³ Manoni, *Riforma del processo tributario*, in Quotidianogiuridico.it, 20 gennaio 2016.

⁸⁴ «se in pendenza del giudizio le parti raggiungono un accordo conciliativo, presentano istanza congiunta sottoscritta personalmente o dai difensori per la definizione totale o parziale della controversia».

⁸⁵ Art.48, comma 4, decreto legislativo n. 546/1992

⁸⁶ Verini, *La mediazione tributaria*, S. Arcangelo di Romagna, 2014, p. 105.

⁸⁷ Art. 48-*bis*, decreto legislativo n.546/1992.

2.3 LE PROCEDURE ADR IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO:

La presenza delle ADR nel settore bancario e finanziario è stata caratterizzata da un passaggio, graduale ma costante, dalle iniziative di autoregolamentazione del fenomeno (in passato realizzate dall'ABI⁸⁸), ad una incisiva attività giustiziale che ruota intorno all'intervento delle amministrazioni di controllo del mercato finanziario.

Di conseguenza devono essere create delle regole specifiche per suddetta materia, che si impongano su un piano oggettivo e che siano in grado di evidenziare una specifica neutralità nel risolvere il problema del possibile conflitto di interessi tra intermediari ed investitori.

“Le iniziative di autoregolamentazione passate a cui abbiamo fatto precedentemente riferimento, si riferiscono all'organismo istituito nel 1993 dall'ABI, ovvero all'Ombudsman-Giurì bancario, che aveva l'obiettivo di risolvere le controversie in materia bancaria, ad esempio creando, nelle banche che hanno aderito all'iniziativa, un ufficio reclami a cui i clienti potessero fare riferimento per operazioni bancarie e finanziarie, nel caso in cui l'ufficio non esaudisse in maniera esaustiva il reclamo del cliente, esso poteva far riferimento all'ombudsman-giurì che avrebbe espresso una decisione, vincolante per la banca e per l'intermediario, a riguardo.

Con l'articolo 128-*bis* tub, introdotto dalla legge n.262/2005, l'adesione ad uno dei meccanismi ADR è divenuta obbligatoria per tutti gli intermediari coinvolti⁸⁹.

Va precisato che la competenza dell'Ombudsman al presente (e precisamente dal 15 Ottobre) risulta limitata alle controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettate al Titolo VI del testo unico bancario; si tratta, dunque, di operazioni che il regime normativo ha escluso dal sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie istituito *ex art. 128 bis*, che ha iniziato la propria operatività il 15 ottobre 2009 con la denominazione di Arbitro Bancario Finanziario (ABF)”⁹⁰.

In virtù dell'inizio dell'operatività dell'Arbitro per le Controversie Finanziari (ACF), istituito presso la CONSOB, a partire dal 9 gennaio 2017, l'Ombudsman-Giurì Bancario non può più accettare ricorsi, ma si limita a gestire i ricorsi ricevuti fino all'8 gennaio 2017.

Una volta conclusa la suddetta attività di gestione a stralcio, l'Ombudsman-Giurì Bancario cesserà la propria attività⁹¹.

⁸⁸ Associazione Bancaria Italiana.

⁸⁹ Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario, ADR e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, p.30.

⁹⁰ Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario, ADR e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, p.31.

⁹¹ Pellegrini, Commento all'art.128 bis TUB, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Cedam, 2018.

L'ABF è composto di due organi: una segreteria tecnica ed un organo deliberante.

La Banca d'Italia organizza a livello locale le segreterie tecniche per lo svolgimento delle funzioni dell'ABF, uffici poi coordinati a livello centrale da detta istituzione⁹².

La segreteria svolge un ruolo essenziale, occupandosi dell'attività istruttoria per l'organo deliberante, del controllo sul comportamento tenuto dall'intermediario dopo la pronuncia dell'organo deliberante nonché dell'esecuzione dell'eventuale sanzione.

È la segreteria tecnica che, tra l'altro, riceve le richieste della clientela e la documentazione dagli intermediari, verificandone la regolarità e completezza; essa predispone il calendario delle riunioni dell'organo, convoca i membri del collegio, assiste alle riunioni e predispone verbale⁹³.

Il collegio è articolato territorialmente in sette sedi, in aggiunta alle sedi originarie di Milano, Roma e Napoli, nel 2017, attraverso il provvedimento della Banca d'Italia del 2 novembre 2016, le sedi di Torino, Bologna, Bari e Palermo. Per ovviare al rischio di conflitti di giudicati tra le decisioni, a fronte di ricorsi con identico contenuto presentati in più collegi, è stato introdotto un Collegio di coordinamento a cui indirizzare le questioni più significative che possono presentare incertezze interpretative⁹⁴.

Due sono gli articoli che principalmente sono da ricordare della legge n.262 del 2005, che sono stati dedicati all'introduzione di meccanismi di soluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario.

Suddetti articoli sono:

- Art.27 della legge n.262/2005 e la relativa normativa d'attuazione⁹⁵ che hanno determinato l'istituzione di una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, competente a conoscere delle controversie insorte in sede di prestazione di servizi di investimento, di servizi accessori e del servizio di gestione collettiva del risparmio, per la violazione, da parte degli intermediari, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.
- Art. 29 della legge n.262/2005, che- introducendo l'art. 128 *bis* nel testo unico bancario- ha disposto l'attivazione di un ulteriore strumento di tutela stragiudiziale competente per la risoluzione delle contestazioni relative ad operazioni bancarie e finanziarie con riguardo a fattispecie di credito al

⁹² vedi Provv. Banca d'Italia, 18 luglio 2011, sez. IV, paragrafo 1; sez. VI, paragrafi 2 e 3; il paragrafo 3 chiarisce altresì la funzione meramente preparatoria dell'«istruttoria» dalle segreterie svolta in favore dei collegi. In letteratura DE CAROLIS, *op. cit.*; SICLARI, *Sull'indipendenza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2011

⁹³ Pellegrini, Commento all'art.128 bis TUB, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Cedam, 2018.

⁹⁴ Mirra, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria/finanziaria*, in Riv. arbitrato, 2013, 2, p. 524

⁹⁵ D.lgs. n.179/2007 e Regolamento Consob n.16763 del 29 dicembre 2008.

consumo assoggettate al Titolo VI del Testo Unico Bancario, «Trasparenza delle condizioni contrattuali».

In conformità ai criteri stabiliti dalla delibera del CICR del 29 luglio 2008, n.275, che ha delineato il sistema disciplinare, la Banca d'Italia ha successivamente emanato il provvedimento 18 giugno 2009, recante «Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»⁹⁶, successivamente modificate per tener conto dei recenti interventi normativi, come il decreto legislativo n.27 del gennaio 2010, n.11, di recepimento della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, che ha incluso tra i soggetti destinatari dell'obbligo di aderire all'ABF anche gli istituti di pagamento; istitutive dell'Arbitro Bancario Finanziario⁹⁷.

L'unico soggetto che può dare inizio alla procedura presso l'ABF è il cliente, definito come «colui che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari»; escludendo così quei soggetti che svolgono in via professionale l'attività bancaria e finanziaria. Per questi soggetti esclusi dal poter intraprendere le procedure stragiudiziali presso l'ABF, sono previsti servizi offerti dalle ADR “privati”, come per esempio il «Conciliatore Bancario Finanziario».

Dunque, possiamo notare come la competenza dell'ABF è limitata alle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, lasciando alla Camera, il compito di disciplinare e sorvegliare sulle controversie relative ai servizi di investimento. Diversamente dall'ABF, la Camera, non prevede limitazioni temporali o limitazioni basate sul valore della controversia.

In base al disposto dell'art. 4 del decreto legislativo n. 179, è condizione di ammissibilità del procedimento di conciliazione davanti alla Camera- oltre alla infruttuosa presentazione del reclamo all'intermediario- il fatto che la controversia non sia già stata portata, dall'investitore, all'esame di un altro organismo di conciliazione. Infine, proprio per evitare sovrapposizioni di procedure, non possono essere proposti alla cognizione dell'ABF ricorsi relativi a:

- Controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito;
- Richieste di risarcimento danni che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o violazione dell'intermediario;
- Questioni relative a beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari, pur se oggetto del contratto tra cliente e intermediario o di contratti collegati;
- Controversie per le quali sia intervenuta la prescrizione ai sensi della disciplina generale.

Sulle basi delle considerazioni si qui espone, sono stati evidenziati alcuni limiti rinvenibili nel giudizio dell'ABF, la cui decisione, non essendo coercibile, trova esecuzione soltanto qualora l'intermediario decida

⁹⁶https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2011/disciplina-abf/testo_clean.pdf

⁹⁷Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario, ADR e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, p.32.

di conformarvisi volontariamente. Con riguardo a tale peculiarità di impianto sistemico, infatti è stato ritenuto di non poter riconoscere all'ABF natura conciliativa, atteso che la sua attività non mira al raggiungimento di un accordo tra le parti sulla base dell'eventuale proposta formulata da un terzo⁹⁸. In tale contesto assumono peculiare rilievo le considerazioni della Corte Costituzionale⁹⁹, la quale ha osservato che l'ABF- a causa del carattere amministrativo delle disposizioni in base alle quali è chiamato a procedere e decidere (delibera CICR e Provvedimenti Banca d'Italia)¹⁰⁰- «sul piano strutturale e funzionale, presenta connotazioni che ne impediscono la riconducibilità agli organi giurisdizionali»¹⁰¹. Tale puntualizzazione si completa con l'ulteriore considerazione secondo cui « i caratteri della giurisdizione si rilevano inesistenti anche per l'assenza nella decisione di valore cogente per nessuna delle parti in causa, svolgendo la stessa « solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario»¹⁰². Dunque, alla Camera non è attribuita una competenza “esclusiva” in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato riguardanti violazioni, da parte degli intermediari, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, ma bensì “concorrente” con quella degli altri organismi chiamati a svolgere funzioni similari con riguardo alle controversie che sorgono nel mercato finanziario¹⁰³.

CAPITOLO 3: I LIMITI E I VANTAGGI DEGLI ADR

3.1. I VANTAGGI DEGLI ADR

Nel corso del lavoro è stato evidenziato come gli strumenti di *Alternative dispute resolution* siano stati introdotti nell'ordinamento italiano allo scopo di agevolare e velocizzare l'accesso alla giustizia. La gestione di un conflitto può essere affrontata, infatti, a più livelli e con differenti modalità. Nell'ambito dei sistemi delle ADR (*Alternative Dispute Resolution*), le soluzioni offerte sono molte, anche se l'elemento che le accomuna è quello di evitare la rigidità dei tradizionali procedimenti giudiziari, cercando soluzioni adeguate alla natura del conflitto e soprattutto alle esigenze e agli interessi dei protagonisti¹⁰⁴. Il motivo per il quale la mediazione societaria potrebbe avere anche in Italia quel successo che già ha avuto all'estero è dato, in particolare modo, dal fatto che consente di arrivare ad esiti compositivi delle controversie meno convenzionali e tendenzialmente

⁹⁸ Granata, Relazione al Convegno su *A.B.F.: i primi orientamenti in materia di servizi bancari e finanziari*, Roma, 17 febbraio 2011.

⁹⁹ Ordinanza n. 218/2011 del 4 luglio 2011.

¹⁰⁰ Pellegrini, Commento all'art.128 bis TUB, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, 2018.

¹⁰¹ Guarracino, *Riflessioni a margine del diniego di accesso ai giudizi incidentali di legittimità costituzionale opposto ai Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*

¹⁰² Capriglione-Pellegrini, *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011

¹⁰³ Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario, ADR e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, p.34.

¹⁰⁴ Comba, *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici: guida alla conciliazione e al mini-trial*, Milano, 2005, p. 32.

più soddisfacenti e remunerativi per le parti. Infatti, nel caso in cui la conciliazione abbia esito positivo, non vi sono vinti o vincitori, ma solo due o più parti che hanno raggiunto un accordo totalmente soddisfacente per entrambe.

L'intervento del mediatore civile e commerciale, in quanto "terzo neutrale", permette sia di evitare gli errori che possono pregiudicare l'esito della composizione della disputa¹⁰⁵, sia di trasformare un negoziato competitivo in negoziato collaborativo. La mediazione può essere qualificata, infatti, come una negoziazione facilitata da un terzo, chiamato a far comunicare le parti in conflitto.

La mediazione consente, infatti, di raggiungere soluzioni "integrative" dal momento che la presenza del terzo imparziale, ed obbligato alla riservatezza, facilita il trasferimento di informazioni sui reali interessi, rilevanti per la gestione e risoluzione ottimale del conflitto.

La struttura stessa della mediazione presenta una serie di caratteristiche dirette a favorire il raggiungimento di un accordo. Il procedimento ha infatti una durata massima di quattro mesi. Questo lasso di tempo è considerato sufficientemente breve per poter avviare successivamente l'iter giudiziale della controversia e sufficientemente lungo per poter predisporre la documentazione minima da presentare al mediatore e per l'eventuale espletamento delle consulenze tecniche. Inoltre la mediazione è un istituto ideale per formulare una proposta transattiva. Essa rende possibile, infatti, il coinvolgimento (rispetto ad un giudizio) di tutti i soggetti interessati.

Fondamentalmente, i vantaggi dei meccanismi di ADR sono riconducibili a quelli individuati originariamente dall'Unione Europea, nella fase di avvio di questi strumenti alternativi. Le autorità europee, infatti, si sono impegnate in una sorta di politica di tutela del contraente debole attraverso l'emanazione di una serie di atti che sono stati fondamentali per l'introduzione e lo sviluppo di strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie nei diversi paesi europei. Tali interventi da un lato hanno determinato la nascita e l'osservanza di principi indispensabili e indeclinabili all'interno dell'ordinamento dei singoli Stati, dall'altro hanno lasciato questi ultimi liberi di utilizzare i metodi di ADR reputati più idonei.

La Raccomandazione 98/257/CE¹⁰⁶ in materia di «principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo» detta i principi che devono essere rispettati e che devono regolare i procedimenti di tipo decisorio dell'intero sistema ADR, individuando di fatti i principali vantaggi di questo strumento¹⁰⁷:

¹⁰⁵ Questi errori consistono nel trascurare i problemi della controparte, nel lasciare che l'interesse economico sovrasti gli altri interessi, nel focalizzare l'attenzione sulle posizioni invece che sugli interessi, nell'insistere nel cercare una base comune, nell'ignorare le migliori alternative all'accordo negoziato, nel non riconoscere le percezioni soggettive e infine in alcuni errori di attribuzione (come la valutazione della controparte)

¹⁰⁶ Commissione Europea, Raccomandazione del 30 marzo 1998, n. 257, riguardante "principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo", in G.U. n. L. 115/32 del 17 aprile 1998.

¹⁰⁷ Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, 2, pp. 350 ss.

Il primo vantaggio è costituito dall'indipendenza, in quanto i soggetti incaricati della risoluzione della lite non devono avere interessi in comune con le parti coinvolte in modo tale che la loro decisione non venga né determinata, né inficiata dalle volontà di queste. L'art. 14 del d.lgs. 28/2010 fa riferimento, in particolare, ai requisiti di imparzialità e indipendenza che il mediatore deve rispettare nell'adempimento del proprio incarico. Il comma 1 evidenzia la necessità che il terzo neutrale non possa assumere diritti od obblighi connessi con le controversie che deve gestire. Viene vietato, inoltre, al mediatore ricevere il pagamento direttamente dalle parti¹⁰⁸.

Gli obblighi previsti dal comma 2, lettere a) e b) riguardano l'imparzialità del mediatore che, prima di iniziare un incontro, deve essere dichiarata in forma scritta. Una volta avviato il procedimento lo stesso mediatore è obbligato a comunicare le eventuali ragioni che, sorte nel frattempo, possano creare un pregiudizio alla stessa imparzialità. Analogamente, il mediatore è tenuto a comunicare ogni fatto o situazione che pregiudichino la sua imparzialità e la sua posizione di neutralità. Inoltre, egli ha l'obbligo di «formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative» (art. 14, comma 2, lett. c). Il mediatore deve essere consapevole, cioè, dei rischi che questa proposta comporta per lui. Il rispetto delle norme imperative presuppone una conoscenza degli aspetti giuridici legali. Ne deriva che il mediatore che intende formulare una proposta dovrà avere una preparazione giuridica e una particolare competenza riguardo la materia del contendere.

Il comma 3 prevede infine la possibilità, per una parte, di chiedere la sostituzione del mediatore. Si tratta di una forma di riconsiliazione, anche se in questo caso non vengano specificate le ragioni di merito in base alle quali possa essere formulata la richiesta. La sostituzione può avvenire, quindi, in ogni momento e per qualunque ragione, anche senza un'espressa motivazione¹⁰⁹. Questa previsione trova una giustificazione nel fatto che, in un procedimento di mediazione, la fiducia nei confronti del mediatore è il fulcro dell'intero confronto. L'art. 14 del d.lgs. n. 28 prevede, inoltre, che il mediatore e i suoi ausiliari non possano «assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio» (comma 1).

Il mediatore non può poi «sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità» o altri impegni.

Un secondo vantaggio del procedimento di ADR è collegato alla trasparenza della procedura. I soggetti preposti a condurre la procedura diretta all'emanazione della decisione, oltre a dover rendere note le decisioni, hanno il dovere di rilasciare a coloro i quali ne fanno domanda, informazioni riguardanti la procedura stessa. Il vantaggio della trasparenza si estende anche al fatto che l'esercizio della mediazione presuppone l'iscrizione nel registro istituito e tenuto presso il Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia. I

¹⁰⁸ Caradonna, Mezzabotta, Riva, *La mediazione civile*, Milano, Egea, 2012, p. 68.

¹⁰⁹ Miceli, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 3, p. 878.

requisiti per svolgere l'attività di mediazione sono indicati dal d.lgs. n. 80/2010 e dal regolamento di attuazione d.m. 180/2010¹¹⁰. Il legislatore ha previsto, in particolare, tre diversi tipi di modelli di domanda: una per l'iscrizione di organismi di mediazione da parte di soggetti pubblici; una per la iscrizione di organismi di mediazione da parte di soggetti privati; infine, una terza la iscrizione di enti di formazione.

Un'importanza particolare viene assegnata, inoltre, all'aggiornamento dei soggetti che intendono svolgere l'attività di mediatore. Il legislatore ha previsto che questi soggetti debbano «frequentare un percorso formativo di cinquanta ore articolato in corsi, teorici e pratici, e almeno quattro ore di valutazione». I corsi di formazione e aggiornamento riguardano, oltre alla normativa (internazionale, comunitaria e nazionale) in materia di mediazione e conciliazione, anche le tecniche di negoziazione, di mediazione e di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, le caratteristiche delle clausole contrattuali di mediazione, i compiti e responsabilità del mediatore.

La formazione si propone, quindi, sia promuovere la conoscenza delle procedure di gestione dei conflitti, sia diffondere format di mediazione “facilitativa” e “valutativa/aggiudicativa” uniformi¹¹¹. Oltre alla preparazione di base, la normativa italiana prevede anche l'obbligo di un aggiornamento biennale, comprendente un percorso formativo di almeno diciotto ore e la partecipazione ad almeno venti casi di mediazione. Questa seconda previsione è diretta a mettere il mediatore a confronto con “casi reali”, suggerendo tecniche di conciliazione ed atteggiamenti comunicativi adeguati.

In terzo luogo, gli ADR prevedono un vero e proprio contraddittorio, assicurando alle parti il diritto di comunicare e conoscere reciprocamente le proprie ragioni, motivazioni, prese di posizione.

Un ulteriore vantaggio è quello dell'efficacia. Al contraente debole è offerta la possibilità, gratuita o a costi contenuti, di usufruire della procedura di risoluzione della controversia, la quale deve essere svolta nel breve termine e non prescrive obblighi per il consumatore di assistenza tecnica da parte di un avvocato. Un quinto vantaggio è quello della legalità, in quanto tutte le decisioni devono essere emesse secondo diritto e devono essere sempre motivate senza poter derogare a svantaggio del contraente debole alle norme che lo tutelano. Inoltre, va ricordato anche i vantaggi della libertà (la decisione diventa vincolante per le parti coinvolte solo se queste hanno deciso liberamente di aderirvi) e della rappresentanza (in ogni fase della procedura, le parti hanno il diritto di scegliere se farsi rappresentare o accompagnare da un soggetto terzo).

Un aspetto particolarmente importante nella mediazione è, infine, quello relativo al dovere di riservatezza del mediatore. L'art. 9 del decreto legislativo n. 28/2010 stabilisce infatti che «chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. Rispetto alle dichiarazioni

¹¹⁰ Oggi la domanda deve essere compilata e inviata per via telematica all'indirizzo <https://mediazione.giustizia.it>.

¹¹¹ Miceli, *La mediazione in materia civile e commerciale*, cit., p. 884.

rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti».

Questa norma vincola tutti coloro che agiscono nel procedimento di mediazione a mantenere un'assoluta discrezione sui fatti presi in esame. Il principio di riservatezza ha una forza tale che l'art. 10 del decreto vieta di utilizzare le dichiarazioni e informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione in un eventuale e successivo giudizio civile, nel caso di insuccesso del procedimento di mediazione. La *ratio* di queste disposizioni sta nella volontà del legislatore di assicurare le parti in lite circa il silenzio mantenuto dai soggetti che intervengono nella mediazione¹¹².

Per rafforzare il cd. principio della “riservatezza esterna”, il D.M. n. 180/2010 prevede all'art. 4 che gli organismi che vogliono essere iscritti nell'elenco e accreditati presso il Ministero della Giustizia, devono fornire garanzia di riservatezza nello svolgimento di tutto il procedimento di mediazione. Inoltre l'art. 10, comma 1, stabilisce che, qualora il mediatore violi i suoi obblighi comportamentali, può essere sottoposto a sanzioni disciplinari da parte del Direttore generale degli affari civili, come la sospensione o la cancellazione dal registro dell'organismo¹¹³.

Oltre al principio della “riservatezza cd. esterna, la disciplina della mediazione prevede anche il principio della “riservatezza cd. interna”. Questa si propone di “blindare” il compito del mediatore che non deve rilevare il contenuto delle dichiarazioni e/o informazioni acquisite durante una sessione individuale da una parte all'altra parte, a meno che non venga autorizzato dal soggetto. L'obbligo di riservatezza anche in relazione alle dichiarazioni rese individualmente da una parte si spiega con il fatto che quest'ultima può raccontare al mediatore aspetti della controversia che difficilmente direbbe in presenza dell'altra parte. Si tratta di informazioni che il mediatore può utilizzare per aiutare le parti a raggiungere un accordo amichevole della controversia, ma che non può rivelare all'altra parte.

Al riguardo l'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che nella formulazione della proposta il mediatore non può fare riferimento alle dichiarazioni rese o informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione. L'unica deroga consiste, come si è detto, nella possibilità che le parti autorizzino la divulgazione delle loro dichiarazioni.

In conclusione, si può ritenere che la mediazione può essere valutata come un potenziamento delle capacità negoziali delle parti, che hanno così l'opportunità, con l'intervento del terzo imparziale, di guardare oltre la lite e di individuare nuovi elementi di accordo, in termini di informazioni, di bisogni, di interessi e di soluzioni.

¹¹² Lucarelli, Sirotti Gaudenzi, *Rischio clinico e responsabilità medica*, cit., p. 134.

¹¹³ Comandé, *La mediazione in responsabilità sanitaria*, cit., p. 315.

3.2. I LIMITI DEGLI ADR

Gli studi sulla mediazione hanno evidenziato, peraltro, come spesso essa porti ad un accordo che non massimizza il risultato ottenibile, in quanto si riscontra una difficoltà nello scambio di informazioni rilevanti sui reali interessi delle parti¹¹⁴. Un approccio molto noto è quello di Ury e Fisher¹¹⁵, fondatori dell'Harvard Negotiation Project, un programma avanzato di studi sul negoziato che comprende diversi campi d'applicazione.

Secondo questo approccio, gli errori più frequenti che impedirebbero di avere una corretta visione del campo negoziale sono riconducibili all'adozione, da parte degli attori coinvolti, di una serie di strategie cognitive di semplificazione del problema (le euristiche). L'interesse si focalizza, quindi, sui processi di elaborazione delle informazioni da parte degli attori, per individuare i fattori che possono alterare queste operazioni. Fisher e Ury affermano infatti che «per quanto utile possa essere guardare la realtà oggettiva, è in ultima analisi la realtà quale la vede ciascuna delle parti ciò che costituisce il problema in un negoziato»¹¹⁶.

I due studiosi hanno elaborato un approccio semplificato per la conduzione del negoziato. Essi partono da un'ipotesi di negoziato integrativo, in cui è necessario che le parti abbiano un'immagine "positiva" dell'altro. Ogni singolo attore si propone di migliorare la propria *best alternative to a negotiated agreement* (Batna), ossia la migliore alternativa ad un accordo negoziato. Gli attori, cioè, individuano la loro alternativa migliore nel caso in cui l'accordo fallisca e la comunicano alle controparti. Questa comunicazione ha l'obiettivo di informare l'altra parte circa le scelte dell'attore in caso di fallimento della negoziazione.

La *best alternative* rappresenta il rendimento che ciascun negoziatore comunque ottiene anche in caso di mancato accordo rivolgendosi altrove. La Batna ha un effetto significativo sull'*iter* della negoziazione, dal momento che vale il principio secondo cui: meno essa è favorevole, tanto più la parte è destinata a raggiungere un accordo poco redditizio. La ricerca di una valida Batna diventa, quindi, una fondamentale strategia pre-negoziale.

Con riferimento agli esiti dell'introduzione dei sistemi di ADR in Europa, lo studio della Direzione generale per le politiche interne del Parlamento europeo *Rebooting the mediation directive*¹¹⁷ sottolinea la deludente *performance* della mediazione in quasi tutti gli Stati Membri. Lo strumento conciliativo è stato utilizzato nel 2015 solo nell'1,5% casi. Solo l'Italia presenta un numero di mediazioni di circa 200 mila unità all'anno. Seguono la Germania, i Paesi Bassi e il Regno Unito con un numero di mediazioni che superano di poco le diecimila unità, mentre un numero significativo di Stati membri non arrivano alle 500 mediazioni annuali. Ciò

¹¹⁴ Luecke, *La negoziazione*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹¹⁵ Fisher, Ury, *L'arte del negoziato: come difendere i propri interessi in ogni sorta di trattative*, Milano, 1990.

¹¹⁶ Ivi, p. 40.

¹¹⁷ Policy Department, *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Bruxelles, 2016.

dipenderebbe, secondo la ricerca, dalla debolezza delle politiche dirette a promuovere questo strumento stragiudiziale¹¹⁸.

Lo studio della Direzione generale per le politiche interne del Parlamento europeo evidenzia come solo un certo grado di obbligatorietà¹¹⁹ può incrementare la domanda di mediazioni in modo significativo. Invece gli altri meccanismi (la protezione della riservatezza, l'invito alla mediazione da parte dei giudici e l'accreditamento dei mediatori) non sarebbero rilevanti nell'aumentare il volume delle mediazioni. Basti pensare che in Italia, come ricorda la documentazione della Camera dei Deputati, «quando il tentativo di conciliazione non era obbligatorio (fino al 2011) vi erano meno di 2.000 mediazioni all'anno; una volta divenuto il tentativo obbligatorio per legge (marzo 2011-ottobre 2012), il numero di mediazioni volontarie sarebbe salito a quasi 45.000, rispetto a un totale di circa 220.000; quando il tentativo è tornato a essere solo volontario, assieme a quello delle mediazioni obbligatorie anche il numero di quelle volontarie si è quasi azzerato. Quando, successivamente la mediazione è diventata di nuovo un prerequisito del contenzioso, in talune tipologie di casi, il numero di procedure avviate, obbligatorie e volontarie, sarebbe tornato ad alcune decine di migliaia al mese»¹²⁰.

Focalizzando l'attenzione sul contesto italiano, è possibile ricordare come la *ratio* della legge n. 98/2013 sia stata la necessità di ridare slancio a uno strumento di *alternative dispute resolution* che stava conoscendo una fase di contrazione. Nella seconda metà del 2012, infatti, l'istituto aveva conosciuto una rilevante riduzione dei procedimenti di giustizia alternativa, soprattutto a causa dell'abolizione dell'obbligatorietà della procedura. Basti pensare che nel 2013 sono stati iscritti 41.604 procedimenti di mediazione, a fronte delle 154.878 iscrizioni del 2012.

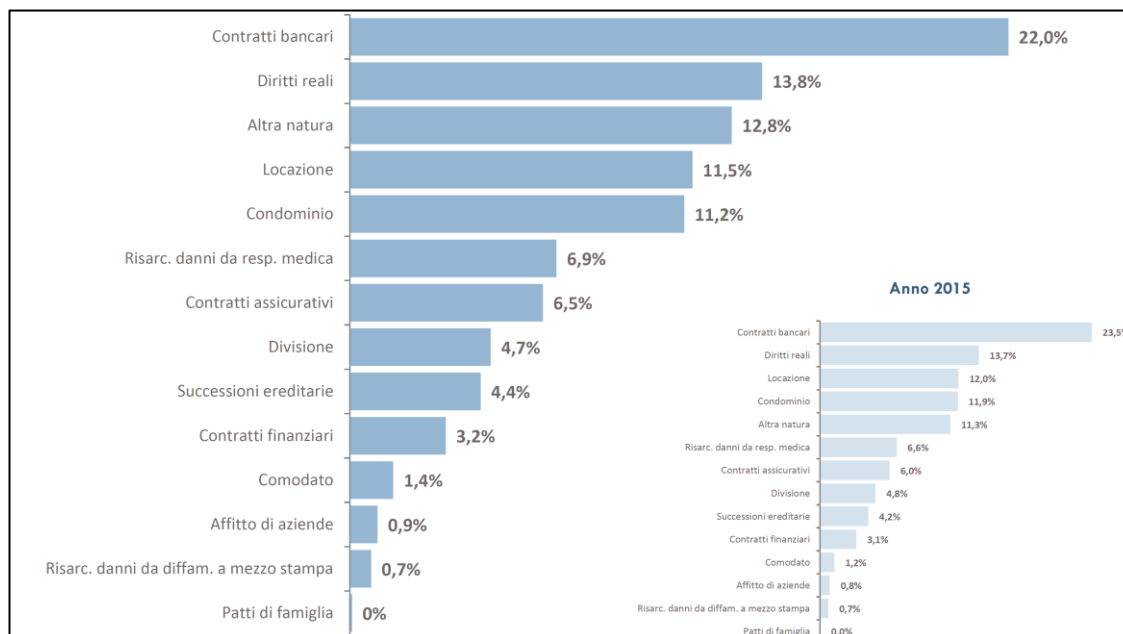
Nel quarto trimestre del 2013, quando la mediazione obbligatoria è stata reintrodotta, si sono registrati circa 8.700 iscrizioni al mese, a fronte delle circa 1.700 iscrizioni mensili precedenti. Per quel che riguarda la materia della controversia relativa alla mediazione, la maggior parte delle iscrizioni fa riferimento a settori per i quali la mediazione ha sempre avuto un carattere volontario. Come rileva la documentazione del Ministero della giustizia, «tra le materie per le quali è stata reintrodotta la mediazione obbligatoria dal decreto legislativo n. 69/2013 si registrano al primo posto le mediazioni relative a “contratti bancari” (22%), al secondo quelle relative a “diritti reali” (13,8%), al terzo le controversie in materia di “locazione” (11,5%) e “condominio” (11,2%). Seguono i “risarcimenti di danni da responsabilità medica”, i “contratti assicurativi” e le “successioni ereditarie”».

Le materie delle ADR

¹¹⁸ Camera dei deputati, *La mediazione civile e commerciale: quadro nazionale e politiche dell'Unione europea*, Camera dei Deputati, Roma, 2016, p. 8.

¹¹⁹ Consentita, ma non imposta dalla normativa comunitaria.

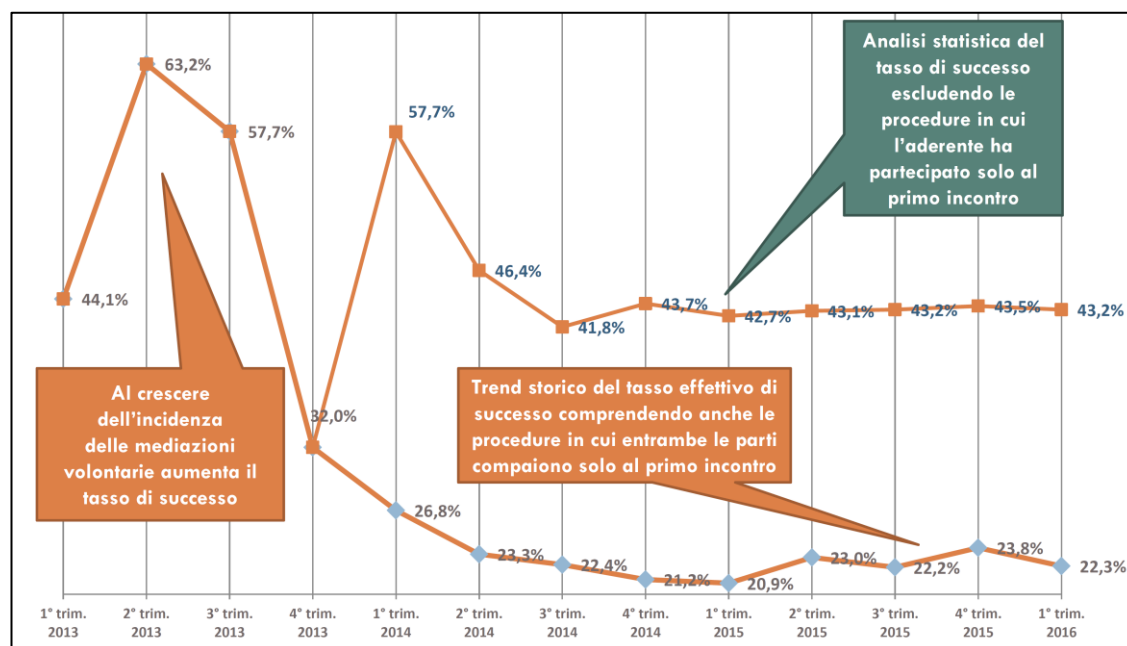
¹²⁰ Camera dei deputati, *La mediazione civile e commerciale: quadro nazionale e politiche dell'Unione europea*, cit., p. 8.



Fonte: Ministero della giustizia, 2017.

Nel 2016 le procedure di mediazione civile hanno fatto registrare una contrazione del 6%, anche se gli accordi realizzati hanno toccato il picco di 20.237. I risultati raggiunti dalla mediazione (183.977 procedure) sono stati superiori a quelli conseguiti dalla negoziazione assistita (43.000 procedure, 4.132 accordi). Tuttavia, il tasso di successo delle mediazioni raggiunge valori ancora piuttosto bassi. Nel caso in cui le parti si presentano all'incontro e prendono la decisione di proseguire l'iter, l'ADR presenta un tasso di successo pari al 43%. La figura seguente evidenzia come questo valore si sia stabilizzato a partire dal 2014. Un dato negativo è costituito, peraltro, dalla riduzione degli organismi di mediazione: questi sono passati dai 986 del 2013 ai 778 nel 2016, con una parallela contrazione del numero dei mediatori. Basti pensare che dai quasi centomila del 2012 si sono ridotti ai 22.786 del 2017. Il rapporto della Commissione Alpa osserva come, nel triennio 2014-2016 «un quarto degli organismi è stato cancellato. ... il numero di organismi cancellati è stato superiore di quasi sette volte quello dei nuovi organismi iscritti. ... le ispezioni di controllo effettuate –pari a 125- hanno condotto alla cancellazione o la sospensione di quasi la metà degli organismi di mediazione».

Il trend del successo della mediazione



Fonte: Ministero della giustizia, 2017.

La stessa relazione Alpa sottolinea come le procedure ADR non si siano ancora diffuse nell'ambito societario. Quest'ultimo è un contesto caratterizzato da numerose relazioni e da un'altrettanta articolata molteplicità di interessi., soprattutto di natura intra-societaria. Ciò può creare divergenze di strategie tra il consiglio di amministrazione e i soggetti investitori, così può ostacolare il funzionamento dell'assemblea a causa delle liti tra soci. Il legislatore italiano, allo scopo di assicurare la continuità di impresa e la risoluzione concordata delle controversie, ha cercato di introdurre forme di risoluzione alternativa ai conflitti societari, in modo tale da favorire soluzioni "manutentive" e non distruttive. Tra queste, la mediazione rappresenta uno degli strumenti più lineari ed efficienti. Essa, infatti, nello specifico settore societario, può:

- evitare i tempi lunghi e gli oneri del procedimento giudiziario;
- permettere di tenere conto delle particolarità della società;
- consentire di recuperare un buon rapporto con gli altri soci ed evita l'interruzione definitiva della relazione derivante dalla causa.

Un ostacolo è rappresentato, peraltro, dalla complessità di identificare, in ambito societario, i diritti disponibili e quindi l'ambito operativo della mediazione. Un caso frequente è quello relativo alle liti tra soci in materia di impugnazione delle delibere societarie viziato. Con riferimento all'arbitrato, la giurisprudenza ha sottolineato come questo strumento possa essere utilizzato solo in specifiche circostanze: se gli interessi riguardano i soci come singoli (e non l'intera società o tutti i soci); se riguarda le impugnazioni di annullamento (e non i casi di nullità); se infine se non comporta l'applicabilità di norme imperative.

Il d.lgs. n. 28/2010 non fornisce indicazioni circa l'ambito oggetto della mediazione societaria. Va ricordato, però, che l'art. 36, comma 1, del decreto n. 5/2003 impone agli arbitri di deliberare secondo diritto quando l'oggetto del giudizio «sia la validità delle delibere assembleari, senza più richiamare il requisito della disponibilità del diritto»¹²¹. Una parte della dottrina ritiene, quindi, che tale norma consenta l'arbitrabilità di qualsiasi azione di impugnazione delle delibere assembleari. Se la dottrina maggioritaria contesta questa apertura, una recente ricostruzione ha evidenziato come la riforma del diritto societario abbia determinato un avvicinamento tra la disciplina dell'annullamento e quella della nullità. Ciò ha portato a sostenere che l'unica fattispecie non sottoponibile ad arbitrato (e a mediazione) sia quella che modifica l'oggetto sociale, prevedendo attività illecite o impossibili. Negli altri casi sarebbe quindi possibile l'attivazione di una mediazione diretta a comporre la lite tra i soci.

Nel settore dell'ADR societaria sono evidenti, comunque, i vantaggi e gli svantaggi di questa procedura.

Attraverso il procedimento giudiziario, infatti, non è sempre possibile risolvere il conflitto rispettando le esigenze della società. La soluzione giudiziaria, infatti, tende ad applicare esclusivamente il diritto e a non prendere in considerazione le motivazioni e gli interessi delle parti. Il meccanismo giudiziario di soluzione delle controversie si colloca di solito su un piano astratto, verificando esclusivamente l'applicabilità di una norma a un caso concreto. Ciò comporta «l'irrelevanza giuridica di molte sue peculiarità, quali i particolari motivi delle parti o i loro specifici interessi di convenienza»¹²².

Questa caratteristica la si può cogliere anche pensando al concetto di causa, come è elaborata dalla teoria del negozio giuridico. Questa teoria distingue la causa, definita solitamente come «la funzione economico-sociale che il negozio realizza immediatamente»¹²³, dai motivi che sono «gli ulteriori particolari scopi e interessi personali delle parti, di solito irrilevanti»¹²⁴. I motivi rimangono estranei all'operazione negoziale e, per poter avere un certo rilievo, devono essere recepiti attraverso la condizione o il modo, cioè inserendo elementi accidentali del negozio stesso. I motivi sono stati recuperati, inoltre, attraverso figure, come quella della presupposizione. Questi strumenti, elaborati dalla giurisprudenza per dare rilievo ai motivi delle parti, sono però insufficienti e macchinosi.

È importante evidenziare, inoltre, che gli interessi delle parti al momento della conclusione del negozio giuridico possono modificarsi nel corso del tempo. Quindi, per esempio, ciò che le parti hanno stabilito nella condizione o nel modo potrebbe, in un secondo momento, non rispondere più alle loro esigenze. La rigidità della decisione giudiziaria non permette un adeguamento della soluzione del conflitto alle nuove necessità delle parti. Nella mediazione, invece, i motivi e gli interessi hanno un ruolo fondamentale nel raggiungimento dell'accordo, permettendo di evitare la liquidazione della società.

¹²¹ Astorina, Cardonna, *La mediazione civile nelle liti tra soci: profili giuridici ed efficace negoziale*, Commissione metodi ADR, n. 48, 2015, p. 43.

¹²² Astorina, Cardonna, *La mediazione civile nelle liti tra soci: profili giuridici ed efficace negoziale*, cit., p. 64.

¹²³ Bianca, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 52.

¹²⁴ *Ibidem*.

Attraverso la mediazione, quindi, le parti sono passate dal sostenere posizioni confliggenti a prospettare interessi compatibili. Il processo giudiziario mantiene le parti solo sul terreno del diritto e fornisce una risposta solo parziale al conflitto. Al contrario, nella mediazione conciliativa i motivi particolari delle parti possono essere analizzati e possono permettere alle parti di individuare un accordo risolutivo del problema, utilizzando le risorse stesse della società.

3.3. CONCLUSIONI

A conclusione del lavoro è possibile osservare come l'Italia presenti i più alti livelli di ricorso alla mediazione in Europa. Il nostro Paese è caratterizzato, peraltro, da una storica litigiosità privata che tende ad "ingolfare" la giustizia ordinaria. Ciò fa sì che, considerando il rapporto tra l'attività giudiziale e quella stragiudiziale, l'istituto non abbia portato ai risultati sperati, essendo in percentuale piuttosto poche le controversie risolte innanzi agli organi di mediazione. L'effetto deflattivo è stato, quindi, piuttosto limitato.

La dottrina ha rilevato che, se la mediazione non ha raggiunto i risultati sperati, ciò è accaduto in quanto non ha avuto modo di dimostrare la sua efficacia. Il procedimento di mediazione, infatti, viene attivato quasi solo nei casi in cui ne è prevista l'obbligatorietà. Viceversa, è piuttosto alta la percentuale di mediazioni riuscite in quei casi in cui le parti si impegnano nella ricerca di un accordo. Il "cuore del problema" viene individuato infatti nell'assenza, in Italia, di una «cultura della mediazione» che non si è ancora diffusa come nelle realtà dei paesi di matrice anglosassone. Questo dato è confermato dalla scelta del legislatore di «ricorrere all'istituto della mediazione, non come libera scelta delle parti che intendano addivenire ad una possibile conciliazione della controversia, ma quale imprescindibile condizione per poter aver accesso alla tutela giurisdizionale, nelle materie più disparate ed addossando i relativi costi sulle parti interessate»¹²⁵.

Resta il fatto che la procedura di ADR rappresenta uno strumento che permette di deflazionare il contenzioso civile e, in questo senso, è diventato obiettivo di fondamentale importanza per i legislatori europei ed italiani.

¹²⁵ Majorano, *Il procedimento di mediazione*, in R. Tiscint (a cura di), *Corso di mediazione civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 191.

BIBLIOGRAFIA

- *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n.6/2017- .
- ASTORINA, CARDONNA, *La mediazione civile nelle liti tra soci: profili giuridici ed efficace negoziale*, Commissione metodi Adr, n. 48, 2015, p. 43.
- BIANCA, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 52.
- Camera dei deputati, *La mediazione civile e commerciale: quadro nazionale e politiche dell'Unione europea*, Roma, 2016, p. 8.
- CAPRIGLIONE, PELLEGRINI, *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011.
- CAPRIGLIONE, PELLEGRINI. *Sull'indipendenza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011.
- CARADONNA, MEZZABOTTA, P. RIVA, *La mediazione civile*, Milano, Egea, 2012, p. 68.
- COMANDE', *La mediazione in responsabilità sanitaria*, cit., p. 315.
- COMBA, *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici: guida alla conciliazione e al mini-trial*, Milano, 2005, p. 32.
- Commissione europea, nel *Libro Verde* del 19 aprile 2002, COM (2002) 196, sui *Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale*.
- Commissione Europea, Raccomandazione del 30 marzo 1998, n. 257, riguardante “*principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*”, in G.U. n. L. 115/32 del 17 aprile 1998
- Commissione Europea, Raccomandazione n. 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extra giudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, in *G.U.* 19 aprile 2001, L 109, p. 56.
- Commissione Europea, Raccomandazione n. 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la soluzione extra giudiziale delle controversie in materia di consumo, in *G.U.* 17 aprile 1998, L 115, p. 31
- Commissione Europea, Special Eurobarometer 342, Consumer empowerment(2011), disponibile all'indirizzo:
ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf 175.
- Comunità Europea, Regolamento n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità [2007] GU L 199/1.
- CONSOB, Regolamento n.16763 del 29 dicembre 2008; d.lgs. n.179/2007.
- Corte Costituzionale, 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in *Giur. cost.*, 1998, 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in *Corr. giur.*, 1998, 204; 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. cost.*, 1996, 379; 9 maggio 1996, n. 152, *ivi*, 1996, 1452.
- DE CAROLIS, *op. cit.*; SICLARI. Vedi Prov. Banca d'Italia, 18 luglio 2011, sez. IV, paragrafo 1; sez. VI, paragrafi 2 e 3; il paragrafo 3 chiarisce altresì la funzione meramente preparatoria dell'«istruttoria» dalle segreterie svolta in favore dei collegi.
- TITOLO V, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statuarie*.
- FISHER, Ury, *L'arte del negoziato: come difendere i propri interessi in ogni sorta di trattative*, Milano, 1990.
- GRANATA, relazione su *A.B.F.: i primi orientamenti in materia di servizi bancari e finanziari*, Roma, 17 febbraio 2011.

- GUARRACINO, *Riflessioni a margine del diniego di accesso ai giudizi incidentali di legittimità costituzionale opposto ai Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*.
- HENSLER, HODGES, *The Globalisation of Class Actions* (2009) 622 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 7-345.
- HODGES, *The Consumer as Regulator* in D Leczykiewicz and S Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016).
- HODGES, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe* (Oxford, Hart Publishing, 2008).
- HODGES, *Consumer Ombudsmen: Better regulation and dispute resolution* (2014) 15(4) *ERA Forum* 593.
- *Le ADR (Alternative Dispute Resolution) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV;
- LUCARELLI, SIROTTI GAUDENZI, *Rischio clinico e responsabilità medica*, cit., p. 134.
- LUEKE, *La negoziazione*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MAJORANO, *Il procedimento di mediazione*, in R. Tiscint (a cura di), *Corso di mediazione civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 191.
- MANONI, *Riforma del processo tributario*, in *Quotidianogiuridico.it*, 20 gennaio 2016.
- MARANO, *Il licenziamento dopo il Jobs Act*, 2015, Napoli, p. 268
- MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 3, p. 878.
- Ministero della giustizia, 2017 (grafici).
- MIRA, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria/finanziaria*, in *Riv. arbitrato*, 2013, 2, p. 524
- MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford, Hart Publishing, 2004);
- NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato*, in *Studium iuris*, 2005, p.766.
- Ordinanza n. 218/2011 del 4 luglio 2011.
- PELLEGRINI, *Commento all'art.128 bis TUB*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, 2018.
- PELLEGRINI, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario, ADR e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, p.34.
- Policy Department, *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Bruxelles, 2016.
- ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, 2, pp. 350
- Sentenza 223/2013 punto 4, si veda:
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=223>

- STERN, *Jobs act: licenziamenti e contratto a tutele crescenti*, 2015, S. Arcangelo di Romagna, p. 115.
- STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 28.
- Tribunale di Napoli 26 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2003, p.1099.
- Vadevecum, *La negoziazione assistita*, Osservatori sulla giustizia civile.
- VERINI, *La mediazione tributaria*, S. Arcangelo di Romagna, 2014, p. 105.

SITOGRAFIA

- Conclusione della mediazione, Fasi della mediazione, <http://www.adrcenter.it/mediazione/fasi-della-mediazione>
- http://CE.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm.
- <http://www.altalex.com/documents/leggi/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>
- <http://www.mondoadr.it/normativa/raccomandazione-della-commissione-del-30-marzo-1998-riguardante-i-principi-applicabili-agli-organ-responsabili-per-la-risoluzione-extragiudiziale-delle-controversie-in-materia-di-consumo.html>
- https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_13_1_1.page?contentId=COM1220218&previousPage=mg_13_1
- L'evoluzione della risoluzione delle controversie a livello europeo: cenni introduttivi, www.dirittoegiustizia.it
- La Risoluzione del Consiglio, 25/05/2000; https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/ris_cm_25mag2000.pdf
- www.adrcenter.it
- www.bancaditalia.it
- www.camera.it
- www.mondoadr.it