

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



DAL 1960 UTILE AL TERRI TORIO

Siamo tra i protagonisti del panorama creditizio nazionale, ma il nostro posto continua ad essere al fianco delle persone, delle imprese e delle istituzioni, in ogni contesto in cui operiamo. Forti dei nostri valori e del vostro sostegno.



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Luigi Ferrari Bravo, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Noguerras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauo, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato

Comitato di redazione

Giandonato Caggiano (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Ivan Ingravallo, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato la dott.ssa Denise Milizia

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Paolo Fois, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2014 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

- Paolo MENGOZZI
La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana 225
- Silvana SCIARRA
Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea 237
- Luciano GAROFALO
ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria 247
- Patrizia DE PASQUALE
L'economia sociale di mercato nell'Unione europea 265
- Davide DIVERIO
Il delicato bilanciamento di valori fra diritti fondamentali, libertà di circolazione e principi generali dell'ordinamento dell'Unione nella disciplina europea delle "comunicazioni commerciali" 279
- Andrea GRATTERI
La democrazia rappresentativa nelle forme e nei limiti delle Costituzioni europee 307
- Gianluigi PASSARELLI
The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law 321

NOTE E COMMENTI

Monica SPATTI <i>Hate speech</i> e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto	341
Celeste PESCE Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione	359
Giuliano VOSA Atti delegati e il sottile crinale tra forma e materia nella sistematica delle fonti europee. Osservazioni sulla sen- tenza C-427/12 del 18 marzo 2014	377

RECENSIONI

Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione euro- pea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Giovanna ADINOLFI, Michele VELLANO (a cura di), <i>La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici</i> , Torino, Giappichelli, 2013 (S. De Vido)	405
Libri ricevuti	407
Indice degli autori	409

Summary



ARTICLES

- Paolo MENGOZZI
The European Judicial Cooperation and the Fundamental Principle of the Protection of Human Dignity 225
- Silvana SCIARRA
Multilevel Trade Union Pluralism in Times of Crisis. The Horizons of the European Social Charter 237
- Luciano GAROFALO
ADR and the Right of Access to Justice: The Difficult Connection between the European Model and the Italian Model of Compulsory Media-conciliation 247
- Patrizia DE PASQUALE
Social Market Economy in the European Union 265
- Davide DIVERIO
The Delicate Balance of Values between Fundamental Rights, Freedom of Circulation and General Principles in the Union Regulation in the European Discipline of ‘Commercial Communications’ 279
- Andrea GRATTERI
Representative Democracy in the Forms and within the Limits of European Constitutions 307
- Gianluigi PASSARELLI
The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law 321

NOTES AND COMMENTS

Monica SPATTI Hate Speech and Denial of International Crimes among Restrictions on Freedom of Expression and Abuse of Rights	341
Celeste PESCE The Principle of the <i>effet utile</i> and the Individual Rights Protection in the Case-law of the European Union	359
Giuliano VOSA Delegated Acts: A Thin Line between Form and Substance in the Classification of European Legal Acts. Reflections on the Judgment of 18 March 2014, Case C-427/12	377

BOOK REVIEWS

Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Giovanna ADINOLFI, Michele VELLANO (a cura di), <i>La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici</i> , Torino, Giappichelli, 2013 (S. De Vido)	405
Books received	407
List of contributors	409



Articoli

Luciano Garofalo*

ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto complessivo di riferimento. – 3. La direttiva 2008/52/CE e il “modello” europeo di media-conciliazione. – 4. Alcune criticità: il raccordo tra la disciplina in esame e gli atti dell’Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile. – 5. *Segue*: il confronto tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione.

1. È constatazione di comune esperienza il rilevare che, quando in Italia si affrontano dibattiti su questioni implicanti sostanziosi conflitti di interessi tra *lobbies* contrapposte, si utilizza l’Unione europea – e i vincoli posti dalla relativa normativa – per legittimare tutte le posizioni anche se, spesso, tra loro inconciliabili. A questa regola non è sfuggito nemmeno il lungo ed appassionato dibattito¹ che ha accompagnato in Italia l’*iter* legislativo diretto ad introdurre procedimenti obbligatori di media-conciliazione per gran parte delle controversie civili e, cioè, quell’*iter* che è iniziato con il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28², è passato attraverso la nota declaratoria di incostituzionalità³ ed è sfociato nella recente riformulazione legi-

* Ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ In argomento, di recente, G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *Rassegna forense*, 2011, p. 591 ss.; C. CORBI, *L’evoluzione normativa, giurisprudenziale e negoziale della mediazione civile e commerciale*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2012, p. 691 ss.

² Tutti i documenti ufficiali relativi agli atti normativi in esame contengano richiami al diritto dell’Unione. Lo stesso d.lgs. 28/2010 richiama espressamente, nelle premesse, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. In argomento, di recente, G. IMPAGNATELLO, *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 217 ss.

³ Corte costituzionale, sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272, www.cortecostituzionale.it. Per un commento alla sentenza, v. I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 262 ss. Sulla problematica relativa all’introduzione della media-conciliazione obbligatoria in Italia in generale v., sempre di recente, M. A. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Il Foro padano*, 2012, p.

slativa della relativa disciplina⁴; dibattito che, infatti, è stato costellato da continui riferimenti – da parte di tutti i “contendenti” – alle esigenze che deriverebbero dal diritto dell’Unione europea in questa materia.

Non è nostra intenzione intrattenerci su tale dibattito, tutto nazionale, ma vogliamo, invece, soffermarci sul ruolo svolto dall’Unione europea e dal suo diritto in questa materia per verificare la consistenza della “premessa maggiore” utilizzata dai vari contendenti per sostenere le rispettive posizioni; Unione europea che, è bene subito sottolinearlo, oltre ad aver fornito rilevanti linee-guida agli Stati membri, ha adottato importanti atti normativi e, più di recente, ha ridefinito la base giuridica dei suoi interventi individuando, in generale, nello “(...) sviluppo dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie civili” uno degli ambiti della cooperazione giuridiziarica in materia civile (art. 81, par. 2, lett. g, TFUE)⁵.

In questo quadro riteniamo sia utile contribuire a fare chiarezza verificando lo stato del diritto dell’Unione europea in materia di media-conciliazione per le controversie civili. Il tutto con l’obiettivo di comprendere quali siano i vincoli che l’Unione realmente pone al legislatore nazionale per effetto del principio del primato del suo diritto su quelli nazionali – e principi correlati – nonché per effetto dei principi costituzionali interni consacrati, in Italia, negli articoli 11 e 117, co. 1, Cost. Come è noto, infatti, e come abbiamo avuto modo altrove di segnalare⁶, operiamo in un contesto normativo nel quale il primato del diritto dell’Unione europea – conseguente agli impegni internazionali liberamente assunti dallo Stato italiano con i Trattati istitutivi – viene garantito indipendentemente dall’inserimento di quest’ultimo (*rectius*, delle pertinenti fonti) tra le fonti interne di produzione giuridica – e relativa gerarchia – e, cioè, viene garantito attraverso un diverso processo che si incentra sulla delimitazione dei poteri sovrani dello Stato italiano.

Bisogna, altresì, considerare come, nel vigente sistema costituzionale italiano “rimodellato” nel 2001, il diritto dell’Unione europea venga utilizzato quale elemento di unificazione dell’ordinamento nazionale individuandosi in quel diritto un limite generale ai poteri sovrani dei vari organi statali. In sostanza, agiamo ormai in un contesto normativo nel quale tutti i poteri sovrani dello Stato – e, in particolare, quello legislativo – vengono limitati per consentire all’ordinamento dell’Unione di operare liberamente nell’ambito della *jurisdiction* nazionale.

In questo studio cercheremo di effettuare una ricostruzione sistematica del diritto dell’Unione europea in materia di media-conciliazione al fine di consentire un corretto confronto tra il modello europeo e quello italiano; quest’ultimo (nuovamente) caratterizzato, come è noto, dall’obbligatorietà del ricorso a tali procedure per gran parte delle controversie civili. La ricostruzione del quadro normativo

139 ss.; P. SANDULLI, *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1300 ss.

⁴ D.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013 n. 98.

⁵ Disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

⁶ L. GAROFALO, *Ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano: “prove tecniche” d’integrazione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 245 ss.; ID., *Costituzione italiana, ruolo delle Regioni e dinamica attuale dei rapporti tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento nazionale. Un approccio “multilivello”*, in L. GAROFALO (a cura di), *I poteri esteri delle Regioni*, Napoli, 2013, p. 11 ss.

comunitario ci consentirà anche di tener conto di ulteriori atti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile nonché di evidenziare alcune criticità nel raccordo tra le varie discipline.

2. Dopo anni di assoluto disinteresse per questa materia, determinato dal prevalere di altri obiettivi⁷, è con gli anni '90 del secolo scorso che il dibattito sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) inizia a prendere corpo presso le istituzioni europee; il tutto con riferimento a particolari tipi di controversie per le quali emergeva la necessità di garantire la parte “debole” del rapporto contrattuale (contratti di consumo) o era necessario assicurare peculiari competenze tecniche nella “gestione” delle controversie (contratti dell'*e-commerce*)⁸.

E, infatti, sono proprio le materie ora indicate che ci forniscono le prime indicazioni concrete sulle linee di politica legislativa delle istituzioni europee; linee di politica legislativa che indubbiamente possono essere definite di *favor* per le procedure di ADR. Basta ricordare il Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia del 1993⁹ e la lunga serie di atti normativi che, partendo dalla direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri¹⁰, arriva sino ai giorni nostri con la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013¹¹.

Senza dilungarci in una disamina analitica di tutti gli atti normativi rilevanti, dobbiamo subito dire come molti di essi prevedano – o, perlomeno, non escludano – il ricorso obbligatorio alle procedure di media-conciliazione come condizione per l'avvio di eventuali azioni giudiziarie. Peraltro, ai fini di una corretta individuazione delle linee di politica legislativa dell'Unione europea, è da sottolineare come tale indicazione normativa risulti essere correlata alle specificità delle controversie oggetto della suddetta disciplina. In sostanza, dagli atti qui considerati emerge una *voluntas legislatoris* favorevole – o, perlomeno, non ostativa – all'introduzione di procedure obbligatorie di media-conciliazione ma con riferimento specifico alle controversie ivi disciplinate; il tutto all'evidente fine di soddisfare le esigenze tipiche delle medesime controversie e dei rapporti giuridici ad esse sottostanti.

L'affermazione che precede è avvalorata, oltre che da dati testuali risultanti dagli atti ricordati, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia soprattutto quando è stata chiamata ad interpretare – ai sensi dell'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE) – la nor-

⁷ S. POILLOT PERUZZETTO, *Les MARC dans l'ordre communautaire*, 29 dicembre 2006, reperibile online, p. 2 ss.

⁸ G. ROSSILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 349 ss. e, spec., p. 350 ss.

⁹ Libro verde della Commissione, del 16 novembre 1993, sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico, COM(93)576 def.

¹⁰ Direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri.

¹¹ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE. Sull'*iter* preparatorio, v. L. DELOGU, *Nuovi interventi dell'Unione europea su consumatori, risoluzione alternativa delle controversie e mediazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 1625 ss., e G. GIOIA, *Il nuovo “pacchetto” della Commissione europea sull'ADR*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, p. 697 ss.

mativa comunitaria indicata nell'ordinanza di rinvio al fine di consentire una valutazione di compatibilità tra la suddetta normativa comunitaria e la disciplina interna italiana introdotta *ex art.* 84, d.lgs. 1° agosto 2003 n. 259, attuativo della direttiva n. 2002/22/CE¹²; disciplina che prevede l'obbligo, per le parti, di esperire una procedura di conciliazione stragiudiziale come condizione di procedibilità per i ricorsi giurisdizionali relativi alle controversie ivi disciplinate. Nella relativa sentenza¹³, infatti, la Corte dell'Unione ebbe a delineare il contesto normativo complessivo nel quale si inseriva la disciplina in esame al fine di rispondere al quesito formulato dal giudice remittente. La Corte ebbe così la possibilità di precisare, tra l'altro e richiamando la propria precedente giurisprudenza, che il principio della "tutela giurisdizionale effettiva" è un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dagli articoli 6 e 13 CEDU e, nei limiti della sua rilevanza, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che il subordinare la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali all'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione stragiudiziale incide su tale principio introducendo una tappa supplementare per l'accesso al giudice; tappa supplementare che sarebbe incompatibile con il suddetto principio se rendesse "praticamente impossibile" – o anche solo "eccessivamente difficile" – l'esercizio effettivo del relativo diritto. La Corte, peraltro, rilevando, con riferimento specifico alle controversie oggetto della disciplina esaminata, l'utilità del ricorso a simili procedure conciliative, affermò che l'obbligatorietà del ricorso alle stesse procedure poteva essere considerata compatibile con i suddetti principi generali perché il risultato della procedura non è vincolante per le parti e non vanifica il diritto ad un ricorso giurisdizionale, perché la procedura deve esaurirsi in trenta giorni e, quindi, non ritarda sensibilmente l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia, perché la prescrizione dei diritti è sospesa durante la procedura e perché la procedura è gratuita¹⁴.

Quindi, la Corte di giustizia, "mediando" tra principi fondamentali e discipline concrete, ritenne compatibile con i suddetti principi fondamentali la previsione di un ricorso obbligatorio a procedure stragiudiziali di conciliazione – quale condizione di ammissibilità e/o procedibilità di ricorsi giurisdizionali – solo per controversie specifiche che facessero emergere esigenze peculiari e fermi restando gli altri requisiti prima indicati.

I "paletti" posti dalla Corte di giustizia nella sentenza qui ricordata riecheggiano il dibattito sviluppatosi all'interno delle istituzioni europee soprattutto da quando, per effetto della "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria in materia civile statuita dal Trattato di Amsterdam del 1997, si è impresso un forte impulso al processo diretto a creare uno spazio giudiziario europeo con conseguente armonizzazione – tra l'altro – delle regole sulla giurisdizione e conseguente garanzia

¹² Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (c.d. direttiva "servizio universale").

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, cause riunite C-317 a 320/08, *Allassini*.

¹⁴ Sul rilievo dei costi del processo ai fini dell'effettività del diritto di accesso alla giustizia nella giurisprudenza comunitaria e internazionale, v. P. FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryynski*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 675 ss.

di “libera circolazione” dei provvedimenti giurisdizionali civili emessi dai giudici degli Stati membri; processo che, come è noto, ha visto il realizzarsi di un’ulteriore tappa di fondamentale importanza con la recente adozione del regolamento (UE) n. 1215/2012¹⁵.

La dottrina ha, infatti, chiarito la diretta funzionalità alla creazione dello spazio giudiziario europeo dell’affermazione, quale principio fondamentale del diritto dell’Unione, a sua volta corollario di altri principi fondamentali, del diritto di ogni cittadino europeo ad una tutela giurisdizionale effettiva con le relative conseguenze sul piano sistematico individuate dalla Corte di giustizia. Dottrina che ha, anche, rilevato come, proprio per effetto di tale ultimo processo, le istituzioni dell’Unione abbiano ripensato il loro evidente *favor* nei confronti delle ADR escludendo, ad esempio, l’arbitrato – che costituisce una forma di risoluzione delle controversie “strutturalmente” alternativa a quella giurisdizionale – e focalizzando tale *favor* su quelle procedure che sono dirette a far trovare alle parti una soluzione stragiudiziale delle stesse controversie mediante l’intervento di un terzo imparziale¹⁶. Il tutto, aggiungiamo noi, in una prospettiva chiaramente volontaristica che emerge con chiarezza anche da molte disposizioni di diritto positivo¹⁷.

Per confermare la correttezza di tale ricostruzione devono essere ricordate le posizioni assunte dal Parlamento europeo che, come segnala anche la nostra Corte costituzionale nella già ricordata sentenza 6 dicembre 2012 n. 272, ha assunto una posizione contraria all’imposizione generalizzata di sistemi obbligatori di ADR con due risoluzioni del 2011. Si tratta delle risoluzioni del 13 settembre¹⁸ e del 25 ottobre 2011¹⁹ la cui importanza, ai fini della nostra ricostruzione ermeneutica, deve essere sottolineata. Con la prima, infatti, il Parlamento europeo, valutando le modalità di attuazione, da parte degli Stati membri, della direttiva 2008/52 nonché l’impatto delle relative disposizioni sulle prassi giudiziarie nazionali, segnalò, al punto 10, proprio con riferimento all’Italia ed al d.lgs. 28/2010²⁰, come la mediazione avrebbe dovuto essere promossa quale forma di giustizia alternativa, praticabile a basso costo, e non quale elemento obbligatorio della procedura; concetto questo rimarcato nel successivo punto 12 e che spinge il Parlamento europeo a segnalare, invece, come *best practice* quella della “conciliazione paritetica” istituita in Italia mediante

¹⁵ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Per una disamina dei contenuti del nuovo regolamento v., nella dottrina straniera, J. P. BERAUDO, *Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2013, p. 741 ss., e F. CADET, *Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté*, *ivi*, 2013, p. 765 ss.

¹⁶ Per ambedue i rilievi indicati nel testo, v. G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 354 ss.

¹⁷ Vedi meglio *infra*, par. 3.

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 settembre 2011, sull’attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali, P7_TA(2011)0361.

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2011, sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, P7_TA(2011)0449.

²⁰ Nella sua formulazione originaria antecedente alla sentenza della Corte costituzionale ed alle successive novelle legislative indicate in apertura.

protocolli stipulati da aziende ed associazioni dei consumatori (punto 11). Ancor più chiara la posizione del Parlamento nella successiva risoluzione del 25 ottobre del medesimo anno ove esso dichiara, al punto 10, di opporsi “(...) a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello UE”. In ambedue le risoluzioni tale posizione è giustificata proprio con riferimento all’esigenza di garantire il diritto fondamentale di libero accesso alla giustizia nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Dall’analisi dei testi emergono, inoltre, indicazioni di merito molto simili a quelle enunciate dalla Corte di giustizia nella ricordata sentenza *Alassini* e, ciò, sia con riferimento alle modalità di esplicazione delle procedure di media-conciliazione, sia con riferimento al “tipo” di controversie in cui tali procedure sono legittimamente istituibili anche in forma obbligatoria.

3. La disamina che precede deve essere utilizzata – da chi non dimentichi le esigenze dell’interpretazione sistematica e, quindi, la necessità di ricostruire il contesto complessivo nel quale si inserisce il singolo atto normativo oggetto dell’attività ermeneutica – nell’esame della direttiva 2008/52 e nella corretta individuazione dei vincoli che essa pone al legislatore nazionale. Difficilmente, infatti, possono essere ritenute irrilevanti, ai suddetti fini ermeneutici, le posizioni assunte da istituzioni, come il Parlamento europeo e la Corte di giustizia, che svolgono un ruolo primario nel processo di formazione e di interpretazione del diritto dell’Unione.

Sulla base di tali premesse, dobbiamo subito sottolineare come la direttiva 2008/52²¹, proprio per effetto dei dissensi manifestatisi anche all’interno delle istituzioni dell’Unione, utilizzi la metodica dell’armonizzazione “minima” e delinea, all’art. 1, par. 2, il suo campo d’applicazione con esclusivo riferimento alle controversie transfrontaliere²² così come definite nel successivo art. 2. Si fa, peraltro, salvo, nei ‘considerando’ iniziali (8°), il diritto degli Stati membri di applicare le medesime disposizioni anche ai procedimenti di mediazione relativi a controversie “interne”.

La direttiva si applica all’intera materia civile e commerciale salvo le controversie che coinvolgano diritti indisponibili e quelle relative alle specifiche materie indicate nello stesso art. 1, par. 2. Si escludono, anche, dal campo d’applicazione della direttiva tutte quelle procedure collaterali all’esercizio della giurisdizione – indicate negli 11° e 12° ‘considerando’ – che possono, per la loro valenza formale o sostanziale, influire sulla decisione della controversia in sede giudiziale o, addirittura, condizionarne l’esito.

²¹ È bene ricordare come la direttiva in esame sia stata adottata prima che il Trattato di Lisbona introducesse la specifica competenza di cui all’art. 81, par. 2, lett. g), TFUE. E, infatti, la relativa base giuridica viene individuata dalle istituzioni europee negli articoli 61, lett. c), e 67, par. 5, secondo trattato, TCE.

²² Controversie che presentano esigenze peculiari. Vedi G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 354 ss. In generale, con riferimento alla direttiva esaminata, vedi, di recente, M. BARIZZA, *La direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium Iuris*, 2012, p. 263 ss.; L. P. CAMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 288 ss.; L. MURA, *L’applicazione della disciplina della mediazione alla risoluzione delle controversie connotate da estraneità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p. 767 ss.

Tale ultima osservazione consente di individuare una prima e reale *voluntas* del legislatore europeo e, cioè, quella di non consentire alcuna interferenza tra le procedure di conciliazione disciplinate dalla direttiva e i normali meccanismi di tutela giurisdizionale dei diritti. Tutto ciò a garanzia del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e, in generale, al principio del “giusto processo” come affermatosi nel diritto dell’Unione²³.

Non a caso, del resto, nei ‘considerando’ iniziali della direttiva in esame, si sottolinea, *in primis*, la natura fondamentale del diritto di accesso alla giustizia (2°) e, successivamente, la volontarietà della procedura (10° e 13°) e l’autonomia delle parti nella gestione della procedura stessa e dei relativi esiti (17° e 19°). Non a caso, ancora, nell’articolato, da un lato, si esclude, salvo alcune eccezioni e salvo diversa volontà delle parti, che le informazioni acquisite dal mediatore nel corso della procedura possano essere utilizzate in giudizio (art. 7) e, dall’altro lato, si condiziona l’attribuzione di efficacia esecutiva all’accordo – eventualmente raggiunto tra le parti a seguito della procedura – alla concorde volontà delle parti stesse fermo restando il controllo di legalità ad opera dell’autorità giurisdizionale – o degli altri organi competenti – dello Stato a cui tale richiesta viene inoltrata (art. 6).

Il quadro è, quindi, molto chiaro e definisce compiutamente gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo. Egli esprime un *favor* generale verso le ADR, con riferimento alle controversie transfrontaliere, purché tali procedure non interferiscano con la tutela giurisdizionale dei diritti e si esplichino nel pieno rispetto del principio volontaristico e, cioè, riconoscendo alle parti totale autonomia nella decisione del se ricorrere a tali procedure, nella decisione di come organizzarle, nella decisione del se raggiungere un accordo e nella decisione del se far attribuire efficacia esecutiva all’accordo eventualmente raggiunto. Come ha chiarito la dottrina²⁴, si tratta di un modello di ADR non obbligatorie nelle quali, in modo flessibile e senza formalità, il mediatore si limita ad assistere le parti nella ricerca di un accordo.

Altro non è possibile evincere dalle disposizioni della direttiva in esame una volta interpretate sistematicamente nel contesto complessivo dell’ordinamento dell’Unione. E altro non è possibile evincere nemmeno dall’art. 5, par. 2, della medesima direttiva quando prevede che restano impregiudicate quelle legislazioni nazionali che rendono obbligatorio il ricorso a procedure del genere sia prima che dopo l’avvio di azioni giudiziarie. Disposizione che, da un lato, non ha carattere né precettivo né autorizzatorio ma meramente dichiarativo degli ambiti di competenza propri degli Stati membri – avendo la direttiva come oggetto le controversie transfrontaliere e non quelle interne²⁵ – e che, dall’altro lato, precisa, comunque, che tale

²³ Principio questo che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Vedi, con riferimento alle “interferenze” tra procedimento arbitrale e procedimento civile, la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz e Assicurazioni Generali*. In argomento e sulla sentenza indicata, vedi F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 1146 ss. e, spec., p. 1150 ss.

²⁴ G. ROSSOLILLO, *op. cit.* p. 358 ss.

²⁵ Vedi, in tal senso, L. MURA, *op. cit.*, p. 779 ss. È da ricordare, a tal proposito, come si verta in materie di competenza concorrente ove vigono le regole di cui all’art. 2, par. 2, TFUE. Ne consegue che, in questa materia, gli Stati membri mantengono la loro competenza legislativa e possono esercitarla quando l’Unione non la eserciti o quando l’Unione abbia cessato di esercitarla; Unione la quale

facoltà è limitata all'ipotesi in cui il ricorso obbligatorio alle suddette procedure non pregiudichi per le parti il diritto di accesso alla giustizia.

Quindi, è la stessa lettera della disposizione in esame che individua, come limite alle facoltà riconosciute agli Stati in materia, il rispetto di quei principi – immanenti alle medesime disposizioni e, comunque, propri dell'ordinamento dell'Unione – su cui ci siamo già soffermati richiamando le posizioni espresse dalla Corte di giustizia e dal Parlamento europeo.

Proprio la formulazione letterale del citato art. 5, par. 2 – inquadrato correttamente nel sistema normativo cui appartiene – chiarisce quale è stato il punto di mediazione raggiunto dal legislatore europeo di fronte alle profonde diversità delle legislazioni nazionali²⁶ e alle diverse posizioni espresse dalle stesse istituzioni dell'Unione. Un ricorso generalizzato alle procedure di media-conciliazione è favorito per le controversie transfrontaliere – che presentano problemi peculiari di accesso alla giustizia – e, comunque, nel rispetto del principio volontaristico. Gli Stati possono prevedere l'obbligatorietà del ricorso alle medesime procedure ma nel rispetto dei principi fondamentali del diritto dell'Unione e, quindi, nel rispetto dei “paletti” individuati nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nelle posizioni del Parlamento europeo²⁷.

Non vi è, quindi, nessuna indicazione tassativa del legislatore europeo nel senso dell'introduzione generalizzata di procedure di media-conciliazione obbligatoria; anzi sembra prevalere, nel diritto dell'Unione europea, un'indicazione in senso opposto.

La prima di tali ultime osservazioni è suffragata anche dalla nostra Corte costituzionale quando, nella già citata sentenza 6 dicembre 2012 n. 272²⁸, segue gli stessi indirizzi ermeneutici qui utilizzati e perviene alle medesime conclusioni. La posizione espressa dalla Corte delle leggi è, infatti, chiara con riferimento all'impossibilità di individuare nel diritto dell'Unione europea un fondamento per il “modello” italiano di media-conciliazione obbligatoria e generalizzata; meno chiara per quanto riguarda il diverso profilo della stessa compatibilità con il diritto dell'Unione di quel modello.

4. Le considerazioni effettuate nel paragrafo precedente ci inducono a precisare il nostro pensiero e ad evidenziare almeno alcune delle criticità emergenti dalla disciplina in esame. E ciò sia con riferimento al raccordo tra tale disciplina e alcuni atti dell'Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile, sia con riferimento alla stessa “legittimità comunitaria” del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria.

deve, comunque, esercitare le proprie competenze nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE). È chiaro, quindi, che, riguardando la direttiva in esame solo le controversie transfrontaliere, gli effetti ermeneutici sono quelli indicati nel testo.

²⁶ Ricostruisce, al 2007, il quadro delle legislazioni europee in materia J. M. FLOCH, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la médiation en Europe*, www.assemblee-nationale.fr. Per dati più recenti, anche se limitati ad alcune legislazioni, vedi S. CACACE, *La riforma francese su mediazione e conciliazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 720 ss.; F. PASTORELLI, *Prime osservazioni sulla legge spagnola in tema di mediazione nelle controversie civili e commerciali (Real decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo)*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 741 ss.

²⁷ Vedi *supra*, par. 2.

²⁸ Paragrafi 12.1 e 12.2 della motivazione.

Riguardo al primo profilo dobbiamo subito segnalare come non si tratti di un problema di compatibilità ma di un problema di coordinamento delle varie discipline che riguarda anche quella dell'Unione in materia di media-conciliazione. Infatti, nonostante le sollecitazioni della dottrina²⁹, le istituzioni europee non hanno prestato la dovuta attenzione al necessario coordinamento tra la disciplina della media-conciliazione e quella, ad esempio, relativa alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; disattenzione che risulta oggi particolarmente "colpevole" se si considera, da un lato, il forte interesse per le ADR dimostrato dalle istituzioni europee, pur nei limiti segnalati, e, dall'altro lato, l'occasione fornita dal processo di riforma culminato nell'adozione del regolamento 1215/2012.

Era quella, infatti, l'occasione per coordinare alcuni aspetti delle varie normative quale – a mero titolo d'esempio – quello del rapporto tra procedure di media-conciliazione obbligatorie e meccanismi di proroga della giurisdizione ora disciplinati, per le controversie civili ivi considerate, dalla sezione 7 del capo II del regolamento 1215/2012³⁰. In particolare, sarebbe stato utile chiarire se a un accordo tra le parti relativo all'espletamento di una procedura di media-conciliazione in un certo Stato membro – ivi prevista come obbligatoria e, quindi, come fase del processo³¹ – possa essere attribuita la funzione di cui all'art. 25 del regolamento. Come sarebbe stato utile chiarire se l'aver partecipato ad una procedura di media-conciliazione in uno Stato membro, che la disciplini nel modo anzidetto, implichi o meno, per la parte convenuta in un successivo processo nel medesimo Stato, l'accettazione della giurisdizione di quello Stato con conseguente preclusione rispetto al diritto di eccepire la carenza di giurisdizione nei modi e nei termini indicati nella suddetta disciplina regolamentare. Come sarebbe stato, ancora, utile chiarire se gli accordi, conclusi a seguito di una procedura di media-conciliazione e resi esecutivi in uno Stato membro ai sensi dell'art. 6 direttiva 2008/52, "circolino" in ambito UE quali decisioni (capo III regolamento 1215/2012) o quali transazioni giudiziarie (capo IV regolamento 1215/2012). E ciò soprattutto quando, come in Italia (art. 12, co. 1, ultimo inciso, d.lgs. 28/2010), l'organo competente alla dichiarazione d'esecutività di tali accordi è l'Autorità giudiziaria e l'omologazione, presupposto per l'esecutività, avviene con un provvedimento di natura giurisdizionale che autonomamente può rientrare nel regime di cui al capo III regolamento 1215/2012 data l'ampiezza della definizione del termine "decisione" contenuta nell'art. 2 del medesimo regolamento.

Del resto, nemmeno nei "considerando" iniziali del suddetto regolamento si fa alcun cenno alle ADR se si esclude l'arbitrato (12° "considerando") che, ormai, come prima segnalato, nel sistema comunitario, non è più oggetto di considerazione

²⁹ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2010, IV ed., p. 99 ss.

³⁰ Sulla disciplina della proroga di giurisdizione nel regolamento 1215/2012, v. F. POCAR, *Brevi riflessioni in tema di revisione del regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 327 ss., e S. M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, ivi, 2013, p. 651 ss. Per ulteriori indicazioni anche bibliografiche, v. A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul Regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis")*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss., e spec. p. 594 ss.

³¹ Vedi meglio *infra*, par. 5.

nell'ambito di tale categoria. Arbitrato che, comunque, è escluso dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento 1215/2012 (art. 1, par. 2, lett. d)³².

In ogni caso, non vogliamo insistere su valutazioni di carattere generale – che, del resto, sarebbero scientificamente scarsamente attendibili per la novità di molte delle discipline qui in esame e la conseguente assenza di un quadro interpretativo ed applicativo consolidato – ma vogliamo fornire alcuni elementi di riflessione che riguardano specificamente il raccordo tra la disciplina della media-conciliazione e quella dell'Unione relativa alla cooperazione giudiziaria in materia civile; elementi di riflessione che, come quelli già prima fugacemente enucleati, saranno formulati in termini problematici ed il cui approfondimento affidiamo a successivi studi in argomento.

In quest'ottica, bisogna subito segnalare, in chiave generale, come il modello italiano di media-conciliazione, su cui ci soffermeremo meglio nelle pagine che seguono, concepito dal nostro legislatore come obbligatorio e “interno” al processo (e, cioè, come fase dello stesso)³³, consenta di prescindere da molti problemi relativi ai conflitti di leggi che in teoria si porrebbero in un'ottica di riconduzione della media-conciliazione all'alveo dell'autonomia privata. In sostanza, se la procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia è obbligatoria e imposta dalla legge per i processi localizzati nel medesimo Paese, che si svolgono in Italia, non è necessario discettare sulla legge applicabile a tutte o ad alcune delle fasi di tale procedura anche se prodromiche all'avvio della stessa. Se le regole da seguire durante la procedura sono prestabilite dalla legge è inutile discettare sulla legge applicabile a tale procedura e sui limiti all'autonomia privata in materia, ecc. In sostanza, si può affermare che le avute regole relative alla legge applicabile agli *ordinatoria litis* assorbono la gran parte dei problemi di conflitto e, quindi, portano all'applicazione della legge italiana – quale legge regolatrice del processo cui accedono – a molte vicende della procedura conciliativa svoltasi in Italia e disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

D'altro canto, la legge italiana, anche se con formulazione discutibile, “autolimita” chiaramente il proprio ambito d'applicazione spaziale quando prevede che l'istanza diretta ad avviare la procedura deve essere proposta ad un organismo di mediazione “(...) nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia” (art. 4 d.lgs. 28/2010). Tale disposizione, infatti, inserita in uno strumento legislativo che non contiene norme speciali in materia di giurisdizione, nel momento nel quale si riferisce al giudice territorialmente competente, presuppone che l'Autorità giudiziaria italiana abbia giurisdizione sulla medesima controversia; giurisdizione la cui sussistenza andrà stabilita sulla base delle norme UE in materia o, per quanto applicabili, delle norme comuni italiane di cui alla l. 31 maggio 1995 n. 218. La suddetta autolimitazione spaziale, unitamente all'evidente imperatività della disciplina contenuta nel d.lgs., consentono di ritenere sussistenti i noti requisiti per inquadrare tale disciplina nella categoria delle norme di applicazione necessaria che andranno, quindi, comunque applicate se il processo si svolge – o si svolgerà – in Italia.

³² In argomento v. S. M. CARBONE, *op. cit.*, p. 651 ss.; S. IZZO, *L'arbitrato nello spazio giuridico europeo alla luce del regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 879 ss.

³³ Vedi meglio *infra*, par. 5.

Questa impostazione non evita, peraltro, che sorgano alcuni problemi. Il primo riguarda gli effetti che può produrre in Italia, ai fini del realizzarsi della condizione di procedibilità per l'avvio di azioni giudiziarie, una procedura di media-conciliazione svoltasi all'estero per espressa volontà congiunta delle parti. Il secondo riguarda la possibilità che le parti decidano di individuare una legge straniera come legge regolatrice dell'accordo tra loro intervenuto a seguito di una procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia o all'estero.

Dobbiamo subito dire che i suddetti problemi si pongono, nella pratica, soprattutto per le controversie transfrontaliere per cui le relative soluzioni vanno individuate principalmente nel diritto dell'Unione. Non si può, peraltro, escludere che gli stessi problemi si pongano per controversie interne visto che, tra l'altro e con specifico riferimento al secondo problema segnalato, la disciplina comunitaria sulla legge applicabile ai contratti non pone come limite all'esercizio della libertà di scelta della legge applicabile ai contratti stessi una qualsivoglia ulteriore localizzazione degli stessi contratti nel Paese la cui legge diviene così applicabile; il tutto, ovviamente, salva la peculiare ipotesi prevista e disciplinata dall'art. 3, par. 3, regolamento (CE) n. 593/2008³⁴.

Orbene, la direttiva 2008/52 pone un preciso obbligo a carico degli Stati membri di rendere esecutivi accordi conciliativi intercorsi tra le parti quando le parti stesse lo richiedano e tali accordi non abbiano un contenuto contrario alla legge dello Stato membro in cui è chiesta l'esecuzione o tale ultima legge non ne preveda l'esecutività (art. 6). Quindi, è indubbio che, secondo il diritto dell'Unione, tale obbligo degli Stati membri sussiste indipendentemente dalla legge applicabile all'accordo che, pertanto, dovrà comunque essere reso esecutivo, al ricorrere delle altre condizioni prima indicate, sia se regolato dalla *lex fori*, sia se regolato da altra legge. È chiaro che la *lex fori* svolge, comunque, un ruolo primario nel regolamento complessivo della fattispecie poiché è ai sensi di tale ultima legge che dovrà essere valutata, dagli organi competenti ed ai fini dell'attribuzione di esecutività, la legittimità dell'accordo conciliativo anche se regolato da una legge straniera; come è ai sensi della medesima *lex fori* che dovrà essere valutata la sussistenza dell'ulteriore requisito indicato dalla disposizione in esame e, cioè, che tale legge preveda l'esecutività per accordi del genere.

Seguendo lo stesso ordine d'idee, si può anche affermare che sussiste un obbligo più generale a carico degli Stati membri e, cioè, quello di tener conto delle procedure conciliative svoltesi all'estero anche ai fini delle ulteriori conseguenze previste dal diritto interno. Così si rispettano le finalità perseguite dalla normativa dell'Unione evitando di introdurre disparità di trattamento tra procedure aventi il medesimo scopo ma svoltesi in Paesi diversi. Di qui la soluzione del primo problema indicato: una procedura di media-conciliazione svoltasi all'estero – e avviata su base volontaria – integra, se infruttuosa, quella condizione di procedibilità prevista dalla legge per l'avvio dell'azione giudiziaria in Italia.

Per quanto riguarda le controversie interne – non oggetto, come abbiamo più volte rilevato, della disciplina dell'Unione –, è utile segnalare come nulla, nella

³⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

disciplina nazionale in esame, osti all'accoglimento delle medesime soluzioni. Infatti, da un lato, l'art. 12 d.lgs. 28/2010 non limita l'efficacia ivi disciplinata agli accordi stipulati a seguito di una procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia o retti dalla legge italiana e, dall'altro lato, l'art. 5, co. 5, attribuisce, pur se con modalità diverse³⁵, la funzione di condizione di procedibilità anche alle procedure di media-conciliazione previste su base volontaria da contratti, statuti, ecc., senza introdurre limitazioni relative alla legge applicabile agli strumenti negoziali che contengono clausole del genere. Del resto, l'art. 2, co. 2, in chiave generale, dichiara che il decreto "(...) non preclude" il ricorso ad ulteriori forme di negoziazione su base volontaria e, quindi, non preclude alle parti il diritto di ricorrere ad altre procedure di media-conciliazione anche in un Paese straniero. L'interpretazione sistematica della normativa in esame, porta, quindi, a concludere che le procedure "straniere" di media-conciliazione non solo sono ammissibili e, se su base volontaria, rilevanti ai fini del realizzarsi della condizione di procedibilità per processi che si svolgano in Italia, ma anche che ad esse devono essere riconosciuti gli stessi effetti in generale attribuiti alle procedure previste dalla legge italiana.

Ma proprio la questione dell'attribuzione di efficacia esecutiva agli accordi conciliativi pone un ulteriore problema. È da considerare, infatti, come il modello italiano di media-conciliazione obbligatoria differisca sensibilmente da quello europeo soprattutto sotto tal profilo. Tali differenze verranno evidenziate in seguito³⁶ ma possono essere facilmente desunte da una semplice lettura contestuale dell'art. 6 direttiva 2008/52 e dell'art. 12 d.lgs. 28/2010. Esse riguardano, da un lato, la scelta del legislatore europeo di condizionare l'attribuzione di efficacia esecutiva alla concorde volontà delle parti dell'accordo conciliativo – scelta non condivisa dal legislatore italiano – e, dall'altro lato, il *quantum* di controlli da effettuare sull'accordo conciliativo da parte degli organi competenti dello Stato nel quale viene richiesta l'attribuzione di efficacia esecutiva. Il legislatore europeo, infatti, richiede, in ogni caso, la verifica di non contrarietà del contenuto dell'accordo "(...) alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta" mentre il legislatore italiano esclude ogni controllo ulteriore di legittimità per gli accordi conciliativi stipulati a seguito di procedure ove le parti sono state assistite da avvocati previa sottoscrizione dell'accordo da parte dei medesimi avvocati e certificazione, ad opera di questi ultimi, della "(...) conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico". Negli altri casi, l'accordo conciliativo è reso esecutivo con decreto del Presidente del Tribunale previa verifica della regolarità formale e previo controllo di conformità dell'accordo non alla legge italiana in generale – come prescrive la norma dell'Unione – ma alle sole "norme imperative" oltre che all'ordine pubblico.

Orbene, come vedremo meglio in seguito, queste differenze – soprattutto per quanto riguarda il profilo della volontarietà – ci fanno dubitare della stessa compatibilità con la disciplina dell'Unione europea del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria. Qui, conviene subito rilevare come si tratti di uno snodo cruciale perché la disciplina della direttiva è stata introdotta proprio al fine di inse-

³⁵ Infatti, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 5, co. 5, d.lgs. 28/2010, è comunque necessaria l'eccezione di parte.

³⁶ Vedi *infra*, par. 5.

rire gli accordi conciliativi resi esecutivi con le modalità di cui all'art. 6 nel sistema di "libera circolazione" delle decisioni giurisdizionali e delle transazioni giudiziarie creato dalla normativa dell'Unione europea in materia³⁷.

In quest'ottica, il coordinamento tra disciplina europea e disciplina italiana – che pure può essere effettuato, nel rispetto del principio del primato della prima sulla seconda, utilizzando gli ambiti di applicazione delle due discipline – non sembra in grado di risolvere ulteriori problemi. In sostanza, il problema della non omogeneità di disciplina può essere risolto nel senso di applicare la disciplina dell'Unione agli accordi conciliativi relativi a controversie transfrontaliere; disciplina dell'Unione che è chiara, dettagliata e, quindi, *self-executing* con l'effetto di determinare, sulla base dei noti principi in materia e negli ambiti oggetto della medesima disciplina, la "non applicabilità" della disciplina italiana con essa contrastante. Quella italiana, invece, potrà essere applicata agli accordi relativi a controversie interne per le quali sussiste, dati gli effetti dei principi di diritto dell'Unione vigenti per le materie oggetto di competenza concorrente³⁸, un'ampia discrezionalità a favore del legislatore nazionale.

Ma che succede se un accordo conciliativo, retto dalla legge italiana perché riguardante controversie interne e reso esecutivo in Italia ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 28/2010, è chiamato ad operare come titolo esecutivo in altro Paese membro ai sensi delle disposizioni generali di diritto dell'Unione europea prima ricordate che, in teoria, andrebbero applicate a tutte le ipotesi e non solo agli accordi conciliativi per cui vige la disciplina dell'art. 6 direttiva 2008/52? E, in particolare, che succede per quegli accordi conciliativi relativi a controversie interne ove il controllo di legalità è affidato agli avvocati che abbiano assistito le parti nella procedura di media-conciliazione?

Tale questione presenta profili di problematicità che è difficile affrontare compiutamente in questa sede e che, quindi, dovranno essere oggetto di successivi approfondimenti. Da un lato, infatti, bisogna salvaguardare il principio basilare delle disposizioni generali di diritto dell'Unione europea secondo il quale un atto avente efficacia esecutiva in uno Stato membro possiede la medesima efficacia in altro Stato membro (articoli 39 e 58 regolamento 1215/2012) ma, dall'altro lato, bisogna anche tener conto della disarmonia sistematica che si realizzerebbe se si ammettesse al regime di riconoscimento ed esecutività previsto dal diritto dell'Unione un provvedimento giurisdizionale – come quello italiano prima ricordato – chiaramente non conforme ad altre regole di diritto dell'Unione europea quali quelle contenute nell'art. 6 direttiva 2008/52.

Molto probabilmente, la soluzione del problema è da ricercare nell'art. 67 regolamento 1215/2012 il quale, riprendendo un principio ormai ampiamente con-

³⁷ Ci riferiamo non solo alle discipline dei regolamenti (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e 1215/2012, ma ad ogni atto UE rilevante in materia. Con riferimento alla disciplina di cui al regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, v. G. CARELLA, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 27 ss.

³⁸ Vedi *supra*, nota 25.

solidato nella disciplina UE in materia, dichiara esplicitamente che le disposizioni del medesimo regolamento non pregiudicano l'applicazione di altre disposizioni di diritto dell'Unione – ma anche di diritto interno emesse in esecuzione di disposizioni di diritto dell'Unione – quando tali ultime disposizioni disciplinino “in materie particolari”, tra l'altro, “(...) l'esecuzione delle decisioni”. Quindi, poiché la disciplina dell'art. 6 direttiva 2008/52 può essere facilmente fatta rientrare in questa categoria di norme comunitarie speciali, se ne può dedurre – *prima facie* e salvi ulteriori approfondimenti – la prevalenza di tale ultima disciplina su quella generale con effetti ostativi all'ammissione al regime previsto dalla disciplina generale dei provvedimenti nazionali non conformi alle regole di tale ultima direttiva.

5. Il secondo profilo segnalato all'inizio del paragrafo precedente – e cioè quello della “legittimità comunitaria” del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria – riteniamo che sia di precipua competenza degli studiosi di diritto processuale civile “nazionale” i quali, ovviamente, dovranno aver chiara la “premessa maggiore” costituita dal contesto di riferimento vincolante fornito dal diritto dell'Unione europea in materia. Peraltro, anche con riferimento a tale profilo, riteniamo che ci sia consentita qualche considerazione³⁹.

In primis dobbiamo subito rilevare come difficilmente si possa considerare conforme ai principi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea in materia di “giusto processo” e di durata ragionevole del medesimo la disposizione contenuta nell'art. 7 d.lgs. 28/2010; disposizione che, anche nella versione attuale, esclude che alcuni dei tempi necessari per il procedimento di media-conciliazione obbligatoria siano computati ai fini della valutazione di ragionevolezza dei tempi del processo cui la procedura accede.

Nel sistema italiano, infatti, la procedura indicata si pone come condizione di ammissibilità e/o procedibilità del ricorso giurisdizionale che deve essere esperita prima del processo o, in mancanza, durante il processo anche a seguito di semplice rilievo d'ufficio da parte del giudice (art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. 28/2010); giudice il quale può, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 5, co. 1-*bis* e pure in grado d'appello, introdurre nel processo una nuova condizione di procedibilità ordinando alle parti di esperire una procedura di media-conciliazione (art. 5, co. 2, d.lgs. 28/2010).

È evidente, quindi, che la procedura di media-conciliazione, in quanto obbligatoria o per volontà del legislatore o *iussu iudicis*, non costituisce una vicenda estranea al processo ma una vicenda che ne condiziona direttamente l'avvio e lo svolgimento ponendosi appunto come condizione, originaria o sopraggiunta, di procedibilità dell'azione giudiziaria. Condizione di procedibilità che, tra l'altro, può reiterarsi anche più volte nel corso del medesimo giudizio. Basti considerare, infatti, come, nell'ipotesi disciplinata dal co. 2 dell'art. 5, l'ordine del giudice possa

³⁹ Alcuni interessanti spunti per le considerazioni che seguono ci sono stati forniti dall'ordinanza del Giudice di pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011, www.proconciliazione.it. A tale ordinanza di rinvio è seguita la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013, in causa C-492/11, che ha dichiarato il non luogo a provvedere sulle questioni sollevate dal Giudice di pace per effetto dei cambiamenti del quadro legislativo nazionale determinati dalla sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272.

essere emanato sulla base di una valutazione del tutto discrezionale relativa “(...) alla natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti” anche per controversie non comprese nell’elenco di cui al comma 1-*bis* del medesimo art. 5 e come, comunque, tale potere del giudice non risulti precluso dal fatto che il medesimo ordine sia già stato dato in precedenti stati e gradi dello stesso processo o dal fatto che le parti abbiano provveduto ad esperire la procedura di media-conciliazione *ante causam*.

Inoltre, la reiterazione di procedure preliminari o incidentali di media-conciliazione può verificarsi in tutti i casi nei quali siano introdotte, nel medesimo giudizio, domande ulteriori in rapporto di connessione con la domanda principale e, cioè, nei casi: di domande riconvenzionali, di *reconventio reconventionis*, di intervento in giudizio ad opera di terzi, di chiamata in causa di terzi, ecc. Ipotesi nelle quali si amplia il *thema decidendum* introducendo, legittimamente secondo le disposizioni del nostro codice di rito civile, nuove domande per le quali il giudice dovrà (o potrà) disporre la media-conciliazione al ricorrere delle varie condizioni previste dalle disposizioni in esame.

Comunque, la procedura di media-conciliazione, in quanto obbligatoria con le modalità prima indicate e, quindi, ponendosi come condizione di procedibilità avente le caratteristiche segnalate, è una fase del processo civile che non può non essere computata ai fini della durata ragionevole del processo cui accede. Diversamente argomentando si consentirebbe ai legislatori e alle autorità giudiziarie nazionali di aggirare i princìpi di diritto internazionale e dell’Unione europea prima indicati introducendo *steps* di varia natura che, comunque, incidono sul diritto d’accesso alla giustizia senza subire le limitazioni previste da altri princìpi cardine relativi al “giusto processo” quale quello della durata ragionevole.

D’altro canto, che le procedure preliminari o incidentali di media-conciliazione “appartengano” alla vicenda processuale emerge anche da altre disposizioni della disciplina italiana qui esaminata. Ci riferiamo, in particolare, al sistema di sanzioni processuali ed economiche che il d.lgs. 28/2010 prevede, anche nell’attuale formulazione, per la parte che, senza giustificato motivo, decida di non partecipare alla procedura di media-conciliazione (art. 8, co. 4-*bis*) o per la parte che, pur avendo partecipato alla procedura, abbia rifiutato la proposta conciliativa (art. 13); sanzione quest’ultima che deve⁴⁰ essere irrogata dal giudice, al ricorrere delle ulteriori condizioni di legge, anche se la proposta oggetto di rifiuto sia stata formulata autonomamente dal mediatore, in assenza di accordo tra le parti, sulla base del potere espressamente riconosciuto dall’art. 11, co. 1, d.lgs. 28/2010⁴¹.

Quindi, è lo stesso legislatore che considera unitariamente la vicenda conciliativa e la vicenda processuale vera e propria tanto da utilizzare gli eventi della prima

⁴⁰ L’art. 13, co. 1, d.lgs. 28/2010, infatti, prevede che il giudice “esclude” la ripetizione delle spese, ecc., quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta del mediatore. Tale potere diventa, invece, discrezionale e condizionato alla sussistenza di “(...) gravi ed eccezionali ragioni”, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde integralmente al contenuto della proposta conciliativa (art. 13, co. 2, d.lgs. 28/2010).

⁴¹ Del resto, la disposizione dell’art. 11, co. 1, prevede, in fine, che, prima della formulazione della proposta, il mediatore debba informare le parti delle possibili conseguenze di un rifiuto di cui al successivo art. 13.

per indirizzare l'*iter* di formazione del libero convincimento del giudice – che, è bene ricordarlo, ai sensi del testo dell'art. 116, co. 2, c.p.c., può trarre argomenti di prova solo da alcuni comportamenti tenuti dalle parti “nel processo” – e, addirittura, per condizionare direttamente le decisioni dello stesso giudice relative alle spese di giudizio.

Le osservazioni qui effettuate confermano, in generale, quei dubbi, prima avanzati, sulla conformità del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria al diritto dell'Unione europea. E ciò anche prescindendo da ogni valutazione dei profili relativi ai tempi della procedura e alla non gratuità della stessa; profili sicuramente rilevanti alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia⁴² ma che, comunque, riguardano in concreto scostamenti di limitata consistenza quantitativa rispetto ai parametri individuati dalle istituzioni europee; scostamenti che potrebbero essere fatti rientrare nell'ambito di discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali.

Invece, ciò che difficilmente può ritenersi conforme al diritto dell'Unione europea in materia, come prima ricostruito, sono proprio le rilevate interferenze tra procedura di media-conciliazione e processo con effetti che condizionano direttamente alcuni esiti del giudizio; effetti che costituiscono la naturale conseguenza del modo in cui è stato concepito dal legislatore italiano il modello nazionale di media-conciliazione obbligatoria. Il tutto tenendo anche conto del contesto complessivo prima descritto e, cioè, di un contesto nel quale le procedure di media-conciliazione possono moltiplicarsi nel corso del medesimo processo e il mediatore perde quella funzione di mera assistenza alle parti per il raggiungimento di un accordo – propria del modello UE – per assumere una non meglio precisata funzione di indirizzo nei confronti delle parti stesse. Funzione quest'ultima che, come già segnalato, emerge soprattutto dal potere conferito al mediatore di proporre, anche in assenza di accordo, una certa soluzione della controversia che, se non accettata, produce, al ricorrere delle ulteriori condizioni, le conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 13 d.lgs. 28/2010.

Altrettanto profonde appaiono le difformità tra i due modelli se si considera il profilo relativo all'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo eventualmente raggiunto dalle parti di una controversia a seguito di una procedura di media-conciliazione. Il modello europeo, infatti, enfatizza il principio volontaristico stabilendo che, fermo restando il controllo di legalità rimesso alle autorità competenti, l'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo concluso in sede conciliativa sia condizionato alla concorde volontà delle parti stesse di far attribuire tale efficacia (art. 6 direttiva 2008/52). E che questa regola costituisca uno dei cardini della disciplina europea in esame perché funzionale alla garanzia del diritto di accesso alla giustizia risulta con chiarezza dal 19° ‘considerando’ della direttiva letto alla luce dei ‘considerando’ precedenti⁴³.

Il modello italiano, invece, non prevede una condizione del genere perché subordina l'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo a condizioni che non comprendono quella indicata pur prevedendo *iter* diversificati in relazione alla presenza o meno degli avvocati nella procedura di media-conciliazione (art. 12 d.lgs.

⁴² Vedi *supra*, par. 2.

⁴³ Vedi *supra*, par. 3.

28/2010)⁴⁴. Tale difformità – unitamente a quelle precedentemente segnalate – rende difficilmente conciliabili i due modelli perché fa emergere la profonda diversità degli stessi e la conseguente contrarietà di quello italiano ai principi fondamentali di diritto dell’Unione europea ai quali è funzionale il modello europeo di media-conciliazione.

Tale difformità, del resto, non può nemmeno ritenersi legittimata dall’art. 5, par. 2, direttiva 2008/52 perché la disciplina italiana si pone in contrasto con le limitazioni imposte in tale ultima disposizione alle facoltà ivi riconosciute agli Stati membri; e ciò nella misura in cui impedisce di fatto – o rende eccessivamente difficile – alla parte contraria all’attribuzione di efficacia esecutiva all’accordo conciliativo di esercitare il diritto d’accesso alla giustizia per far valere, ad esempio, fatti estintivi delle obbligazioni assunte nell’accordo, diritti o eccezioni deducibili nel processo in via riconvenzionale, ecc. Situazioni queste che, una volta reso esecutivo l’accordo, difficilmente potranno trovare integrale tutela con il rimedio di cui all’art. 615 ss. c.p.c. dati i limiti posti dalla giurisprudenza italiana a tale rimedio processuale con riferimento ai titoli esecutivi di formazione giudiziale tra i quali facilmente può essere ricompreso l’accordo conciliativo omologato dal Tribunale ai sensi dell’art. 12 d.lgs. 28/2010.

Abstract

ADR and the Right of Access to Justice: The Difficult Connection between the European Model and the Italian Model of Compulsory Media-conciliation

In Italy, the debate on ADR took full account of the evolution of European Union legislation on the same matter. The Author reconstructs the overall framework of EU law in the field of ADR and analyzes the relationship between those rules and some European Union instruments on judicial cooperation in civil matters. The Author also compares the European model and the Italian model indicating many contradictions between the two models.

⁴⁴ Vedi *supra*, par. 4.

Leonardo Quesi (seconda metà sec. XVII), attribuito

Ratto d'Europa (particolare) – quadro a fili incollati di sete policrome, fili d'argento, raso di seta dipinto a tempera, cartone, cera, cm 53 x 80 – Scorrano (Lecce), collezione privata

Il rapimento della bella Europa, figlia di Agenore re di Tiro, da parte di Giove presentatosi nelle sembianze di un inoffensivo toro incline ad assecondare gli ingenui giochi di un gruppo di fanciulle, è qui messo in scena attraverso la rara tecnica della *broderie à fils collés*, un procedimento artistico che ebbe grande sviluppo in Italia a cominciare dalla seconda metà del XVII secolo, in particolare nel leccese e a Napoli, diffondendosi anche in Francia e in Spagna, per poi cessare del tutto nel corso dell'Ottocento. Non si tratta di un ricamo, come a prima vista potrebbe apparire, dato che non è previsto l'uso dell'ago o di un attrezzo simile che trapunga il tessuto, bensì di una tecnica specifica, che in origine ebbe come fine quello di riutilizzare in maniera economica, ma d'effetto, materiali vari avanzati (fili di seta di vario colore, pezzettini di stoffa, altro). Il supporto utilizzato è un cartoncino, sul quale si tracciava il disegno preparatorio. In una seconda fase su di esso veniva steso un sottile strato di cera vergine d'api, incolore, che veniva riscaldato a zone, prevedendo la quantità di lavoro che sarebbe stata realizzata. Si procedeva quindi, nelle zone via via scaldate, a stendere, secondo percorsi lineari ma anche molto complessi, fili di seta di varie tonalità, seguendo il disegno e completando quindi la composizione della scena. Gli incarnati erano realizzati mediante l'applicazione di pezzettini sagomati di seta dipinta. Non è escluso che per guidare il filo sulla superficie si usasse un qualche attrezzo, anche l'ago, ma comunque esso non trapassa mai il supporto, si da differenziarsi nettamente dalla normale tecnica ricamatrice.

Nel suo quadretto il Quesi coglie il momento quasi arcadico in cui Europa, seduta sul toro accovacciato e inghirlandato, gli tiene dolcemente una mano sulla testa, quasi a proteggerlo, mentre le sue compagne, disposte in vari atteggiamenti intorno all'animale, arrecano corone di fiori.

È quasi certo che Leonardo Quesi non sia l'*inventor* della scena, ambientata in un leggiadro paesaggio marino e con una composizione piuttosto ricca, quanto piuttosto il traduttore, in una tecnica inusuale, di una composizione altrui. L'autore del dipinto da cui trae spunto il quadretto non è peraltro stato identificato, ma probabilmente va ricercato nell'ambito della pittura del Seicento romano.

Quanto al Quesi, egli fu certamente nativo di Lecce, come si deduce dalla firma apposta su un quadro a fili incollati del Museo di San Martino di Napoli, datato 1699, in cui si definisce *Licyens(sis)*. Eccezionale artigiano nella *broderie à fils collés*, egli risulta attivo a Lecce anche come maestro di cembalo.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2014, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2014, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2014).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*³, 2013.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.



ISBN 978-88-6611-382-9



9 788866 113829

€ 28,00