

## ACCESO ALLA GIUSTIZIA, ADR, PROSPETTIVE

Vincenzo VIGORITI\*

SOMMARIO: I. *La giustizia civile: durata e costo come fattori di controllo dell'accesso. L'avvocatura (cenno)*. II. *La domanda di ADR, come aspirazione di gestione e/o soluzione "condivisa" delle controversie. L'arbitrato (rinvio)*. III. *La conciliazione. Profili operativi: tentativo facoltativo o obbligatorio*. IV. *La scelta del conciliatore. Autonomia delle parti*. V. *La procedura. Carattere facilitativo e non valutativo del tentativo. La riservatezza. La formalizzazione dell'accordo*. VI. *Le iniziative dell'Unione Europea. La Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo (ottobre 2004)*.

### I. LA GIUSTIZIA CIVILE: DURATA E COSTO COME FATTORI DI CONTROLLO DELL'ACCESSO. L'AVVOCATURA (CENNO)

La riflessione nasce dalla lettura di un volume che riferisce di un progetto italiano, spagnolo e francese formalmente elaborato solo per promuovere una cultura più ampia in tema di ADR, ma in realtà finalizzato ad uno scopo assai più ambizioso, quello di realizzare ed offrire un'alternativa alla giustizia statale.

Preme subito dire che l'alternativa non è alla giustizia (improponibile non-giustizia), ma a un certo modo di fare giustizia: non un'*alternative à la justice, mais une justice alternative*.

\* Università di Firenze.

<sup>1</sup> Sull'ADR la letteratura è sterminata. Indicazioni bibliografiche sono agevolmente reperibili in Rete per cui non pare necessario riproporle qui. In generale, a livello europeo, ved. il sito [www.eurocivil.info](http://www.eurocivil.info) ed ivi notizie sulle judicial cooperation in civil matters in the European Union.

La ragione dell'alternativa generalmente accampata è quella che accedere alla giustizia statale è sì un bene, ormai però quasi irraggiungibile per la durata e il costo dei processi. Parrebbe implicito che se i processi durassero poco, e non costassero nulla, non vi sarebbe necessità di cercare alternative.

Non è così: durata e costo appartengono alla fisiologia e non alla patologia del processo; l'alternativa non è la risposta alla constatazione che i processi durano e costano sempre "troppo", ma è desiderio di diversità, per cui anche se questi elementi fossero trascurabili, in ogni caso vi sarebbe motivo per l'alternativa.

Senza indulgere in sterili denunce. La nostra epoca intende attuare il principio secondo cui tutti i diritti riconosciuti sul piano sostanziale devono poter trovare sfogo e tutela sul piano processuale, e quella tutela deve essere assicurata dallo Stato. È il portato delle elaborazioni dottrinali, sociali e giuridiche, della seconda metà del XIX secolo, innovativo rispetto alle concezioni secondo cui i diritti erano riconosciuti solo se in concreto tutelabili (*remedies precede rights*), e l'accesso alla giustizia statale era previsto solo per certe controversie (nella *common law*: imposte, proprietà fondiaria, reati maggiori), essendo lasciate le altre all'autotutela, all'intervento di organi locali, appunto alla conciliazione promossa da membri influenti della comunità.

Ne deriva che all'apparato di tutela dovrebbe potere accedere chiunque lamenti una lesione dei diritti (molti e di natura diversa) e che detto apparato dovrebbe essere capace di rispondere in modo adeguato. Di fatto, però, in nessun paese del mondo è mai stato possibile assicurare una protezione così ampia, mancando sempre e dovunque (anche negli ordinamenti economicamente più fortunati) le risorse per costituire una struttura così accessibile.

Gli strumenti usati per filtrare e ridurre l'accesso alle Corti sono sempre stati quelli della durata, e del costo.

Le elaborazioni sulla durata sono state finora abbastanza approssimative. Tutti convengono che essa è eccessiva, ma nessuno sa indicare quale dovrebbe essere quella ottimale, almeno per categoria di processi. Né sa indicare quale sia la grandezza del contenzioso preso come riferimento e quali dovrebbero essere le risorse da allocare (quanti giudici?, quanti cancellieri?, quali immobili?). Ovvio poi che riducendo la durata, la domanda di accesso aumenterebbe, in tal modo vanificando gli sforzi compiuti ed imponendone di nuovi, in una rincorsa senza fine.

Naturalmente le regole del processo dovrebbero almeno garantire la massima resa delle risorse allocate: il che non è, in questa fase, in Italia dove convivono 23 riti diversi, tutti corredati da arcigni termini di decadenza, preclusioni, eccetera, e nondimeno tutti di insopportabile durata.

La dottrina è impegnata in un'opera di razionalizzazione e miglioramento del diritto positivo. La tendenza è verso un modello di processo diverso da quello che voleva la cura del giudice dall'inizio alla fine, e vicino a quello che prevede la decisione quando il giudice è chiamato a conoscere del rapporto contenzioso. Si fa di tutto per garantire l'effettività della tutela, ampliando il novero dei titoli esecutivi, suggerendo strumenti coercitivi dell'esecuzione, ed altro ancora. Impegno importante, perché razionalizzare per certo porterà a miglioramenti, da cui però più di tanto non si potrà ottenere.

Lasciano dunque perplessi i proclami che annunciano disposizioni tese ad imporre per legge una durata massima del processo in primo grado, una per quello in appello, e una per quello di Cassazione. Che è un'assoluta novità del diritto processuale comparato.

Il discorso sui costi è del pari complesso. Trascurando gli oneri legati all'immobilizzo dei capitali, si distinguono i costi variabili da quelli fissi. I primi sono necessari per procurarsi l'assistenza legale e sono a carico dei privati, ad eccezione di situazioni limite riconducibili alla non abbienza. Anche qui, nessuno ha precisa cognizione dei termini del problema. Quale dovrebbe essere il costo di un processo? Andrebbe rapportato al valore, alla durata, all'attività, o a cosa altro? È sicuro solo che quest'onere non può che essere impegno delle parti, che possono magari (adesso anche in Italia) attivarsi per negoziare il compenso, che resta però da loro, e solo da loro, dovuto.

I costi fissi sono quelli necessari per iniziare e proseguire il processo e sono meno importanti. A partire dall'inizio del XIX secolo, la linea di tendenza è stata nel senso della riduzione del costo della tutela, che adesso effettivamente, in Italia come in Francia e Spagna, è ridotto ai minimi termini.

La scelta è frutto della reazione ottocentesca contro il sistema della "venalité de la justice" (nell'Ancien Régime gli utenti si facevano carico del servizio richiesto, pagando secondo certe tariffe per ogni atto processuale, eccetera), ed è stata condivisa in tutti i paesi. Di nuovo, però, la gratuità è onere gravoso per lo Stato, che tuttavia non può aumentare i

costi senza rischiare pesanti conseguenze negative di carattere sociale e politico.

Si cerca di aggirare l'ostacolo, e si pretende che siano le Corti a dover reperire almeno parte delle risorse loro necessarie, e quindi determinare ed imporre i costi dei processi di cui devono occuparsi. Sono esperienze dell'ordinamento inglese, successive alla riforma di Lord Wolf (anni novanta), che suscitano curiosità e meritano approfondimento, proprio perché segnano un'inversione di tendenza e una sorta di ritorno all'antico.

Anche l'avvocatura è in una fase difficile, per l'incrinarsi di antiche certezze e il rifiuto di un ruolo diverso da quello tradizionale. Sono ormai più di 10 anni, che la Commissione Europea, la Corte di Giustizia, le autorità garanti di tutti i Paesi europei sostengono che ogni avvocato offre un servizio (nozione in cui si include tutto quello che non è un bene) in cambio di un compenso economico, e che per questo egli deve essere considerato impresa, e in quanto tale soggetto al relativo regime. I valori immateriali insiti nell'attività forense sono riconosciuti, ma cedono a quelli mercantilistici, da ritenere prevalenti. Di qui l'imposizione della normativa comunitaria e nazionale sulla libertà di concorrenza, e l'assoggettamento a regole di mercato in precedenza estranee alla professione. E quello imprenditoriale è ormai il quadro di riferimento di innumerevoli provvedimenti europei sulla professione, recepiti ed attuati con disagio in Italia, come in Francia e in Spagna.

Non è il caso di soffermarsi sulle disposizioni italiane che nel 2006 hanno abolito il carattere obbligatorio delle tariffe forensi, ampliato il regime della pubblicità, e ammesso patti di quote lite (no win-no pay). Magari può confortare il rilievo che le regole appena introdotte in Italia sono da tempo conosciute negli ordinamenti europei (esempio, in Francia e in Spagna), e che l'avvocatura di quei Paesi con le stesse convive senza particolari problemi.

Comunque, trascurando il contingente, il mutamento pare davvero epocale e le implicazioni sono ancora tutte da verificare sul piano dell'accesso alla giustizia, che proprio da quella visione potrebbe essere sacrificato.

Nell'insieme, l'organizzazione dell'apparato di tutela è problema assai complesso. Lo Stato è costretto a fare promesse di efficienza, tempi brevi, gratuità, che semplicemente non potrà mai mantenere. Le aspettative dei singoli saranno talvolta esagerate, magari perché basate su leggi di carattere solo promozionale e di scarsa effettività, ma resta che il diniego opposto è netto e pare davvero non criticabile che si cerchino alternative.

## II. LA DOMANDA DI ADR, COME ASPIRAZIONE DI GESTIONE E/O SOLUZIONE “CONDIVISA” DELLE CONTROVERSIE. L'ARBITRATO (RINVIO)

Sarebbe però ingiusto pensare che la pressione ovunque esercitata a favore dell'ADR sia mossa solo dal desiderio di ridurre i costi o la durata dei processi, o che l'alternativa vada incoraggiata perché utile ad alleggerire il carico delle Corti. Risparmi, celerità, eccetera, saranno conseguenze positive dell'alternativa, ma il discorso non può essere condotto solo in termini così riduttivi e settoriali. Il quadro di riferimento è sempre quello dell'accesso alla giustizia, e della tutela dei diritti, e l'ADR ad esso accede. Con un senso preciso: quello di proporre una gestione *condivisa* della controversia. Il *proprium* dell'istituto sta esattamente in questo: non si tratta di vincere o perdere, di negoziare con giovamento o meno, ma di *partecipare* alla gestione della controversia, evitando l'estraneità dei processi, ormai sempre più fonte di alienazione.

La *condivisione*, fondamento dell'ADR si realizza in due modi:

1. Nell'arbitrato, dove si ha scelta dei soggetti a cui affidare la decisione della controversia, attribuendo agli stessi ampia autonomia sul piano procedimentale. La decisione è imposta e non concordata, ma le parti si impegnano in anticipo a considerarla definitiva. Che è rinuncia impensabile nel processo ordinario.
2. Nella conciliazione, e precisamente nell'esperimento di tentativi di composizione non contenziosa, facilitati dall'assistenza di terzi, con la garanzia che nessuna soluzione potrà essere imposta dall'esterno, dovendo sempre essere dettata fra gli interessati (conciliazione, *mediation*).

Dell'arbitrato è stato detto tutto. L'istituto vive una stagione di straordinaria fortuna, meritata perché si è rivelato adatto alla tutela dei più eterogenei interessi, con duttilità di forme. Il quadro teorico è chiaro: la devoluzione a privati è espressione dell'autonomia privata che legittimamente può arrivare al rifiuto della giustizia statale; il procedimento si svolge in contraddittorio fra gli interessati e termina con una pronuncia che accerta i diritti delle parti, alle quali si impone, indipendentemente però dal consenso dei compromittenti sul contenuto della scelta.

Anche sulla conciliazione e/o *mediation* è stato detto molto, ma l'istituto ha attirato l'attenzione in un'epoca più recente, e forse risulterà utile

precisare alcuni aspetti e impegnarsi a suggerire soluzioni concrete sul piano operativo.

### III. LA CONCILIAZIONE. PROFILI OPERATIVI: TENTATIVO FACOLTATIVO O OBBLIGATORIO

Si usa il termine “conciliazione”; *conciliation* in francese, *mediación* in spagnolo, e *mediation* in inglese. A rigore in italiano il termine “mediazione” non è corretto perché designa l’istituto di cui all’articolo 1754 CC. Sarà difficile però resistere alla trasposizione e non è affatto escluso (anzi) che alla fine prevalga la traduzione letterale del termine inglese, e quindi “mediazione”. In tutti i casi si vuole comunicare l’esperimento di un tentativo di comporre una controversia tramite un’intesa liberamente raggiunta, su un piano di parità tra le parti. Non è conciliazione quella di chi cede ad un atto autoritativo, o di chi è costretto a subire la prepotenza economica o sociale di controparte.

La composizione può avere per oggetto il solo rapporto litigioso, oppure anche altri rapporti; può essere l’occasione per costituirne di nuovi. Insomma prevenire e innovare nell’ambito dell’autonomia privata.

Il tentativo può essere facoltativo, e quindi lasciato alla disponibilità delle parti dopo l’insorgere della controversia, oppure obbligatorio, perché imposto dalla legge, o perché convenuto fra le parti prima dell’insorgere della controversia.

Il sistema italiano ha assunto un orientamento deciso a favore dell’obbligatorietà del tentativo, adesso previsto da varie disposizioni di legge. Il vincolo può essere imposto in momenti diversi (quasi sempre prima del processo) e il tentativo deve essere guidato da un terzo. L’opzione è da condividere, perché sembra utopistico confidare sulla disponibilità delle parti quando la controversia è già insorta e i rapporti si sono deteriorati.

In effetti, accade spesso che, pur avendo le parti in precedenza contrattualmente convenuto di esperire il tentativo prima di assumere iniziative litigiose, una di esse decida invece di agire subito in giudizio, disattendendo l’impegno. Il che finora poteva al massimo fondare una richiesta di danni (difficili comunque persino da immaginare), ma certo non una domanda di sospensione del processo già iniziato, con l’imposizione di tentare la sistemazione consensuale. Si potrebbe invece dire che, se una delle parti dovesse sollevare l’eccezione, il giudice dovrebbe imporre ai contraenti di

procedere come pattuito, e quindi officiare qualcuno (ente o persona fisica qualificata) che conduca il tentativo. E questo in nome della volontà contrattuale (che fu poi la giustificazione principale per applicare l'articolo 810 CPC all'arbitrato irrituale), e dell'interesse generale ad evitare o comporre le controversie. Del resto, analoga indicazione viene dal contenzioso societario, dove è appunto previsto che se il contratto o lo statuto contengono una clausola di conciliazione, il giudice, su istanza di parte, può sospendere il processo ed ordinare che si proceda al tentativo non esperito.

#### IV. LA SCELTA DEL CONCILIATORE. AUTONOMIA DELLE PARTI

Il compito di promuovere la conciliazione deve poter essere devoluto dai paciscenti a chiunque, nell'ambito della loro autonomia negoziale.

In concreto, risulta complicato per le parti individuare i soggetti a cui affidarsi, per cui è prassi che gli enti che promuovono l'ADR offrano loro i necessari supporti. Esistono infatti innumerevoli centri, comitati, sportelli, camere, associazioni, che segnalano disponibilità, organizzano, promuovono, aiutano in tutti i campi.

L'offerta è ampia, fin troppo per la verità, sembrando che talvolta i c.d. mediatori siano solo capaci di qualche suggerimento dettato da semplice buon senso. Il problema della preparazione dei conciliatori/mediatori è invece centrale: trattandosi di controversie giuridiche verrebbe da pensare che i tentativi vadano gestiti da giuristi (che dovrebbero saper redigere contratti, scritture private, promesse, rinunce, eccetera), senza però aprioristiche esclusioni.

Il profilo è fondamentale, perché, da un lato, se la conciliazione viene gestita da soggetti inesperti, mancherà alle parti quell'assistenza di cui avrebbero bisogno.

Dall'altro, però, l'autonomia non può essere vincolata più di tanto, e non pare legittimo pensare di mortificare l'iniziativa dei paciscenti, necessariamente costringendola ad un percorso burocratico (enti pubblici o privati, iscrizione in registri tenuti da qualche Ministero, eccetera, come ad esempio in Italia nelle controversie societarie). Il che per di più potrebbe venire ritenuto lesivo di quella libertà di concorrenza che la Commissione Europea continua ad opporre a qualunque regola che limiti l'accesso al mercato dei servizi.

Ampliare lo spettro delle scelte, magari consentendo l'eleggibilità dei membri delle categorie professionali da sempre impegnate nella gestione delle controversie sociali potrà giovare, specie se si riesce a garantire un qualche supporto giuridico. Per di più, l'ampliamento dovrebbe servire anche a soddisfare l'esigenza che il tentativo venga esperito in tempi brevi, condizione questa essenziale per mettersi al riparo da obiezioni incentrate sul differimento dell'accesso alla giustizia. Fermo, però, che non è il caso di preconstituire altri "tribunali", e che l'individuazione del conciliatore va sfrondata da orpelli burocratici.

V. LA PROCEDURA. CARATTERE FACILITATIVO E NON VALUTATIVO  
DEL TENTATIVO. LA RISERVATEZZA.  
LA FORMALIZZAZIONE DELL'ACCORDO

L'accesso agli organi di conciliazione è sempre informale e le procedure non sono costose. Diversa è l'ipotesi in cui parti, coinvolte in controversie importanti sul piano del valore, richiedano l'ufficio di professionisti specializzati.

Sul piano dell'esperienza non solo italiana, i tentativi si svolgono entro limiti temporali abbastanza ristretti (un giorno), estendibili, se necessario, per casi complessi oppure se l'accordo pare vicino. Il mediatore ascolta le parti in presenza l'una dell'altra, poi conferisce con loro separatamente, e quindi di nuovo congiuntamente. Talvolta si ammette la produzione di una memoria (di consistenza limitatissima) e di qualche documento. Il mediatore propone una o più soluzioni, che discute con le parti illustrandone il contenuto e i vantaggi.

La conduzione del tentativo non è sempre facile. Talune clausole attribuiscono al mediatore la facoltà di interrompere subito il tentativo, se egli ritiene che una delle parti non abbia un vero interesse all'esito positivo, oppure usi del procedimento per individuare gli argomenti avversari, oppure ancora agisca in modo fuorviante per controparte.

Due cose sono fondamentali e devono essere chiare.

La prima: il *mediator* non è un giudice. Il suo compito non è quello di accertare il fondamento delle pretese, e quindi dei diritti, ma di condurre le parti a convenire una sistemazione del conflitto in una visione globale della loro relazione. Il conciliatore che nutrisse la pretesa di giudicare, e che volesse imporre invece di convincere, eserciterebbe una funzione che



non gli appartiene, anzi addirittura lesiva, per il rischio di sommarietà e improvvisazione.

La seconda: nel caso d'esito negativo, e quindi di azione in giudizio, la riservatezza sul tentativo, sulle concessioni che le parti reciprocamente erano disposte a farsi, su quanto insomma è accaduto deve essere totale. Il divieto di diffusione riguarda in primo luogo i litiganti, che però ad esso possono derogare di comune intesa, nell'ambito dell'autonomia loro spettante.

Per quanto concerne il mediatore, il discorso è più complesso, suggerendo alcuni che egli dovrebbe mettere il giudice a conoscenza della proposta fatta e delle reazioni di ciascuna parte; dicendo altri, invece, che il mediatore non dovrebbe andare oltre la semplice comunicazione del mancato buon esito del tentativo. Si osserva poi che, mentre alcuni mediatori (esempio, gli avvocati) possono opporre alle richieste del giudice il vincolo del segreto professionale, altri non potrebbero farlo: di qui un vantaggio per i primi, che le parti potrebbero essere indotte ad officiare esattamente per tal motivo. Si domanda, infine, se i mediatori possono essere chiamati a testimoniare, a favore di una parte contro l'altra, in merito alla mancata conciliazione.

I tentativi si fanno seriamente solo quando sussiste la garanzia della riservatezza, per cui una parte non ha da temere che la concessione di oggi sia di pregiudizio domani: la scelta di fondo deve essere quella che il tentativo si fa, ma che se fallisce non vi è timore di inaspettate negatività. E dunque nessuna relazione finale, nulla sulla posizione delle parti, nessuna testimonianza, da ritenere tecnicamente irrilevante non vertendo sui fatti di causa, ma solo sull'atteggiamento delle parti.

Nel caso in cui sia il giudice a proporre una soluzione transattiva, si parla di sanzionare le parti (entrambe o una sola) per il rifiuto di accordarsi. La sanzione dovrebbe insistere sul piano delle spese, e venire imposta su colui che, pur vincitore, finisce con l'ottenere più o meno lo stesso risultato che aveva rifiutato in sede di conciliazione. Il suggerimento non convince, perché la condanna alle spese segue la soccombenza, e la riduzione è ammessa solo per la soccombenza parziale. Né sarebbe possibile aggirare le regole evocando la generica nozione di comportamento delle parti a cui più di tanto non si può chiedere. Fra l'altro, nell'esperienza, le ragioni del rifiuto possono essere le più varie (esempio, nelle imprese più grandi si preferisce spesso che un onere sia conseguenza dell'imposizione del giudice, piuttosto che il risultato di un accordo) e non si vede perché il loro esercizio vada colpevolizzato.

Qualora il tentativo abbia successo, l'accordo fra le parti verrà formalizzato in un documento di valenza contrattuale. Il piano della conciliazione è quello dell'intesa e non quello della forza, e il terreno pattizio va considerato di elezione naturale.

Si propone di rafforzare l'efficacia dell'accordo attribuendo al titolo valenza esecutiva. L'aspirazione all'efficienza è condivisibile, ma non è di facile attuazione.

Soprattutto non lo è in tutti quei casi in cui le parti non conciliano il solo rapporto fra loro esistente, ma regolano più rapporti, magari instaurandone altri. Il che accade sovente quando le parti sono imprese, ed una si impegna a garantire uno sconto sul prezzo di una prossima fornitura, a permettere la partecipazione ad una gara, ad eliminarla da una black list, e così via, con grande varietà di ipotesi. Qui l'accordo va formalizzato in più modi, con scritture private, lettere di intenti, e altro, in un quadro più complesso di un semplice rapporto bilaterale, sistemabile con un titolo esecutivo di matrice stragiudiziale.

## VI. LE INIZIATIVE DELL'UNIONE EUROPEA.

### LA PROPOSTA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO E DEL CONSIGLIO EUROPEO (OTTOBRE 2004)

L'interesse dell'Unione Europea per l'accesso alla giustizia e per la diffusione dei sistemi di ADR è noto. Fra le manifestazioni più significative, va indicata la Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo sulla conciliazione in materia civile e commerciale, diffusa nell'ottobre 2004, destinata a regolare situazioni a carattere transfrontaliero, ma in realtà tesa al raggiungimento di più vasti obiettivi.<sup>2</sup> Nella Relazione (1.2) si legge:

<sup>2</sup> La versione finale della proposta è stata diffusa il 22 ottobre 2004: Vigoriti, V., "La proposta di Direttiva Europea sulla mediation", *Rass.foreNSE*, 2005, pp. 360 ss.; Ghirga, M. F., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 463 ss., ed ivi amplissimi riferimenti. Attualmente l'iniziativa è sottoposta al Parlamento europeo (ref. COD/2004/0251) col titolo *judicial cooperation in civil and commercial matters: resolution of disputes by use of mediation*. Il 12 gennaio 2005, il Council of the Union si è espresso a favore dell'approvazione, chiedendo solo una precisazione del concetto di "contenzioso crossborder", e l'affermazione specifica del principio di sussidiarietà.

la Commissione ritiene che l'introduzione dello specifico requisito delle implicazioni transfrontaliere invaliderebbe gli obiettivi della direttiva proposta e sarebbe controproducente per il corretto funzionamento del mercato interno. La direttiva deve pertanto applicarsi a tutte le situazioni indipendentemente dalla presenza di elementi transfrontalieri al momento della mediazione o al momento del procedimento giudiziario.

La proposta tratta solo del tentativo facoltativo di conciliazione, con esplicita salvezza delle legislazioni nazionali che dovessero rendere "il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario", fermo comunque l'accesso alla giustizia statale (articolo 3.2).

Unica, modestissima, concessione all'obbligatorietà è quella che il giudice della causa possa chiedere alle parti di coinvolgere un *mediator* esterno, suggerendo loro (non obbligandole) di tentare la conciliazione con il di lui aiuto. In ogni caso, le parti possono essere invitate a partecipare ad una seduta informativa sui vantaggi dell'istituto (articolo 3.1).

Il tentativo che in alcuni Stati i giudici debbono esperire all'inizio della causa non rientra nell'ambito della conciliazione, essendo in genere ritenuto solo strumento di gestione del contenzioso (articolo 2 a)). Lo stesso vale per i tentativi che i giudici possono decidere di effettuare direttamente nel corso dei processi loro affidati.

La disciplina promossa dal documento europeo è in linea con quella qui tratteggiata. Si dice che l'incarico di guidare il tentativo di conciliazione può essere affidato a chiunque, senza preclusioni, conformemente ai suggerimenti ricevuti dopo la pubblicazione del Libro Verde (Relaz. 1.1.1.). Nel luglio 2004 è stato diffuso a livello comunitario, una sorta di Codice deontologico per gli operatori del settore (Code of Conduct for Mediation in the EU), le cui indicazioni per ora sembrano solo di massima. A sua volta, la proposta auspica "lo sviluppo di un codice di condotta", (articolo 4.1) e formula il generico auspicio che gli Stati promuovano la formazione dei mediatori (articolo 4.2).

Il documento dichiara di non voler prendere posizione in tema di svolgimento della mediazione, auspicando iniziative autonome in tal senso (Relaz. 1.1.1.). Assolutamente ovvio che le parti dovranno avere un'effettiva possibilità di spiegarsi e proporre, in contraddittorio fra loro e con il mediatore. La garanzia di correttezza sta nel fatto che gli interessati sono chiamati ad esprimersi e consentire su proposte concrete, che hanno

pieno diritto di conoscere prima e in dettaglio. Se ritengono che il procedimento non sia stato adeguato sarà facile per loro rifiutare il consenso, facendo fallire il tentativo.

La decisione di procedere al tentativo sospende i termini di prescrizione o decadenza relativi alla controversia specificamente dedotta (articolo 7 Il linguaggio della norma non è chiarissimo; si parla di sospensione “successivamente al sorgere della controversia” (“after the dispute has arisen”) volendo comunque dire che l’ipotesi considerata è quella che non vi sia ancora un’iniziativa giudiziaria, che da sola comporta l’interruzione dei termini.

Si tratta di una disposizione che ha un evidente scopo promozionale e per questo apprezzabile, ma che dovrà essere riscritta ed adeguata alle varie legislazioni nazionali. Per esempio, precisando qual è l’atto capace di provocare l’effetto sospensivo, ed esattamente di che cosa, quale quello che implica la ripresa del decorso del termine, e così via.

Sempre nell’ottica promozionale si colloca la previsione dell’attribuzione di efficacia esecutiva agli accordi transattivi. Anche qui, l’intento è condivisibile, ma la tecnica risulta eccessivamente approssimata. L’articolo 5 parla di un impegno degli Stati membri a garantire che gli accordi presi possano venir confermati “tramite sentenza, decisione, dichiarazione di autenticità o qualunque altra modalità da un tribunale o da una autorità pubblica che renda l’accordo esecutivo similmente ai provvedimenti giudiziari emessi in base al diritto nazionale, purché l’accordo non sia contrario al diritto europeo e al diritto nazionale dello stato membro ove la richiesta è presentata”. Qui davvero c’è tutto da fare.