

AURELIO GENTILI

(Professore ordinario nell'Università di "Roma Tre")

VERSO UNO STATUTO GENERALE DELLE ADR?^{*} **

SOMMARIO: 1. Le ADR: tipologie e *occasio legis*. – 2. Le concezioni: un altro strumento del diritto o un altro diritto? – 3. Un tentativo di verificare la risposta del nostro legislatore attraverso l'esegesi dei principi procedurali e sostanziali dettati per le principali tipologie. – 4. Conclusioni.

1. Le ADR: tipologie e *occasio legis*

ADR¹: 'un *altro* modo di risolvere le dispute'. 'Altro': in che senso?

Uno sguardo teorico constata che metodi di risoluzione delle controversie civili e commerciali alternativi al processo sono sempre esistiti. E questo, se non ci dice molto sull'attuale politica dell'accesso alla giustizia, ci dice qualcosa sullo statuto degli strumenti.

La tradizione ne conosce due: quello extragiudiziale della *transazione*, in cui la soluzione deriva dalla volontà delle parti ed è quindi auto-

* Lo scritto riprende ed integra la relazione tenuta al convegno "Metodi alternativi di soluzione delle controversie: verso uno statuto generale?", svoltosi il 7 febbraio 2017 presso la Link Campus University di Roma.

** Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due *referee*.

¹ La letteratura esistente, abbondante, si occupa più delle singole tipologie e meno della categoria; per un quadro generale v. C. HODGES, I. BENÖHR, N. CREUTZFELDT BANDA, *Consumer ADR in Europe. Civil Justice Systems*, Oxford-Portland, 2012; G. GIOIA, *Il nuovo 'pacchetto' della Commissione europea sull'ADR*, in *Corriere giur.*, 2012, pp. 697 ss.; P.F. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d. lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d. lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 494 ss.; O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e pren.*, 2016, pp. 1793 ss.

noma, e quello paragiudiziale dell'*arbitrato*, in cui la soluzione deriva dalla decisione di terzi, perciò eteronoma². Essi hanno un loro statuto, insieme comune e diverso. In entrambi infatti l'efficacia giuridica della soluzione è subordinata al rispetto di certi principi, procedurali e sostanziali.

Per la transazione il principio procedimentale è quello della formazione di tutti i contratti: una negoziazione libera e consapevole condotta in buona fede. Ma attenuato: né l'errore di diritto né la lesione incidono sulla validità. I principi sostanziali sono invece due: a) la disponibilità dei diritti; b) la conformità degli accordi alle norme imperative ed all'ordine pubblico.

Per l'arbitrato di riflesso della presenza del terzo e dell'assenza di negoziazione i principi procedurali sono ovviamente diversi: a) l'imparzialità ed indipendenza degli arbitri; b) la sollecitudine della procedura; c) il contraddittorio, sia che si proceda in via rituale, sia che si proceda in via irrituale. I principi sostanziali sono gli stessi della transazione: a) la disponibilità dei diritti; b) la conformità degli accordi alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Ma con una variante: in quei limiti il lodo può essere anche di equità.

Lo sguardo storico constata che gli ultimi decenni hanno introdotto altrove come da noi una serie ulteriore di metodi alternativi di risoluzione delle controversie³. Disponendo i principali⁴ in una progressione che va da quelli più prossimi alla transazione a quelli più prossimi all'arbitrato, si possono ricordare:

- 1) i reclami per servizi di pubblica utilità o per servizi bancari e finanziari⁵;
- 2) la negoziazione assistita⁶;

² Mi discosto quindi dalla tesi per cui sarebbero 'eteronomi' quei metodi che presuppongono comunque l'intervento di un terzo, quand'anche questi non possa decidere e solo favorire o proporre la decisione: così G.F. RICCI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, Torino, 2011, pp. 7 ss.

³ Per gli altri Paesi utili ragguagli nei saggi contenuti in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007. Per l'Italia v. la ricognizione di G.F. RICCI, *op. cit.*, pp. 7 ss.

⁴ Una ricognizione completa è difficoltosa: utili i dati del *Terzo Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (2008).

⁵ Cfr. la legge 14 novembre 1995, n. 481, nonché il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 di recepimento della dir. n. 2013/11/UE.

⁶ Cfr. il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, artt. 2 ss.

- 3) il tentativo volontario di conciliazione stragiudiziale in materia di lavoro⁷;
- 4) la procedura volontaria di composizione delle controversie nazionali e transfrontaliere tra professionisti e consumatori⁸;
- 5) la mediazione volontaria⁹;
- 6) il ricorso facoltativo all'arbitro bancario finanziario (ABF)¹⁰, e ora all'arbitro per le controversie finanziarie (ACF)¹¹;
- 7) il tentativo obbligatorio¹² di conciliazione nei patti agrari¹³, o nei patti di famiglia¹⁴, o nelle utenze di telecomunicazione, a pena di improcedibilità¹⁵;
- 8) la mediazione obbligatoria¹⁶ prevista per certe materie¹⁷, o 'ufficiosa'

⁷ Cfr. Part. 410 c.p.c., come modificato dall'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183.

⁸ Cfr. gli artt. 141 ss. del c. cons.

⁹ Cfr. l'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

¹⁰ Cfr. l'art. 128 TUB e la delibera CICR del 29 luglio 2008.

¹¹ Cfr. la dir. n. 2013/11/UE e il d.lgs. n. 130/2015, nonché il reg. Consob n. 19602/2016.

¹² Sono noti i problemi sollevati dall'obbligatorietà dei tentativi di conciliazione, che hanno determinato un intervento della Corte costituzionale. In favore, almeno entro limiti, merita ricordare la decisione della Corte di giustizia, *Alassini c. Telecom*, 18 marzo 2010, C-317-320/08, in *Ginr. it.*, 2010, p. 2585, con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*.

¹³ Cfr. l'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203.

¹⁴ Cfr. l'art. 768 *octies* c.c.

¹⁵ Cfr. la legge 31 luglio 1997, n. 249, art. 11. Che si tratti di condizione di procedibilità è confermato da Cass. civ., Sez. VI, ord. 2 settembre 2015, n. 17480, in *Repertorio Foro it.*, 2015, Conciliazione in genere [1495], n. 86: "Secondo il tenore letterale dell'art. 2, d.lgs. n. 28/2010, collega la localizzazione dell'organismo di mediazione al foro della controversia, non viceversa; dunque, suppone come operazione preliminare la determinazione del giudice, da cui quella dell'organismo deriva (il meccanismo legislativo postula che sia dapprima individuato il foro giudiziale, secondo le regole sottese a tale determinazione, e solo di riflesso sia individuato l'organismo cui accedere in fase conciliativa; altrimenti si verificherebbe una distorsione delle regole processuali sulla competenza, sostituite dal solo criterio di determinazione dell'organismo di conciliazione)".

¹⁶ Cfr. il d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

¹⁷ Condominio, diritti reali, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto, danni da circolazione, responsabilità medica, danni da diffamazione a mezzo stampa o pubblicità, contratti assicurativi, bancari, finanziari (art. 5, d.lgs. n. 28/2010). La logica ispiratrice è qui esclusivamente la deflazione del contenzioso: queste sono le materie che più danno alimento a inesauribili filoni di cause. Purtroppo la disposizione nell'applicazione risulta piuttosto indefinita nei confini, ma qui di questo non mi occuperò.

- (o ‘delegata’, o ‘giudiziale’) cioè disposta dal giudice ed anch’essa obbligatoria per le parti, entrambe a pena di improcedibilità¹⁸;
- 9) la richiesta, congiunta o dell’utente, all’AGCOM di decidere le controversie in materia di telecomunicazioni¹⁹;
- 10) il deferimento ad arbitri su istanza congiunta di processi pendenti²⁰.

L’elenco non è completo. Ma basta, confrontando teoria e storia, a notare che, da noi come altrove²¹, le ADR non sono un ‘processo’ alternativo, ma un’alternativa al processo²². Una ‘alternativa’ al processo nel senso che qui la composizione della lite è (quasi sempre) subordinata alla volontà delle parti²³, sia nell’esperimento²⁴, sia nella soluzione²⁵, e non alla volontà di un terzo come nel giudizio²⁶. Alla domanda ‘perché offrire alternative al processo’ sono state date varie risposte. In esse troviamo le ragioni, e quindi i caratteri (principi e regole compresi), delle ADR.

¹⁸ Cfr. l’art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁹ Cfr. la normativa regolamentare: 53/99/CONS, 141/01/CONS, 182/02/CONS e ss.

²⁰ Cfr. l’art. 1 del d.l. n. 132/2014.

²¹ T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Disputes Resolutions*, in *Rass. Forense*, 2011, p. 329.

²² Osservazione analoga in L. FRANZESE, *Il principio di autocomposizione della lite tra mediazione e processo*, in *Jus*, 2016, pp. 247 ss., a p. 264.

²³ L’ampio spazio lasciato alla volontà dei contendenti è sottolineato da M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, leggibile all’indirizzo www.sidi.isil.org/wp-content/uploads/2010/01/07Rossolillo.pdf. La rilevanza pratica del punto è sottolineata di recente da G. GIOIA, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 501 ss., p. 505: «Il sistema virtuoso *win win* alla base dei meccanismi di *mediation* della lite, nel consentire di addivenire ad una composizione del conflitto per lo più concordata e condivisa dalle parti, fa sì che il conflitto venga superato senza lasciare sul campo vincitori e vinti».

²⁴ Seguendo la mia distinzione vi rientrano i casi elencati da 1 a 5.

²⁵ Seguendo la mia distinzione vi rientrano i casi elencati da 1 a 9. Nella visione comunitaria, a partire dal Libro verde del 2002 l’arbitrato viene distinto dalle ADR e per molti versi accostato al processo. Nello stesso senso T.E. FROSINI, *op. cit.*, pp. 327 ss., a p. 335.

²⁶ Riconosciuta la grande eterogeneità delle ADR, si usa distinguere tra: a) *determinative* o *adjudicative ADR* e b) *facilitative* o *non adjudicative ADR* (così da ultimo G. GIOIA, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., p. 513).

Nell'ambito europeo la risposta va cercata nello scopo di costituire forme di tutela facili, economiche e rapide atte a incentivare il mercato e la fiducia nelle imprese²⁷, soprattutto per i casi in cui la tenuità del valore rende impraticabile il rimedio giurisdizionale²⁸. E i mezzi sono procedimenti ispirati ai principi di imparzialità, trasparenza, efficacia, sollecitudine, equità.

Nell'ambito domestico, con oltre 4 milioni di cause civili ogni anno, la risposta più sentita è 'per deflazionare il contenzioso'. Ma questa risposta interna, che va bene per l'*occasio legis*, per la *ratio* è duplicemente parziale.

Le ADR si sono diffuse anche in paesi come la Germania, ove la macchina giudiziaria è più efficiente²⁹; dunque ci sono altre ragioni. Inoltre essa se mai spiega *perché* ci siano, ma non *come* siano, le ADR; che dunque dipende da altre ragioni. Quali?

2. Le concezioni: un altro strumento del diritto o un altro diritto?

Per cogliere le ragioni occorre fare ricognizione delle varie possibili, indicate dalla teoria generale, e poi individuare quelle privilegiate dalla politica del diritto di un particolare ordinamento. Lo faremo in sequenza.

In uno studio celebre del 1979³⁰ si constatavano tre ondate, e quindi tre ragioni successive, all'origine delle ADR: a) superare gli ostacoli economici all'accesso alla giustizia, b) offrire mezzi di difesa ad interessi diffusi non tutelati dal diritto processuale, c) creare un tipo di giustizia alternativa a quella delle corti. Non ci vuole molto a notare che il sottofondo di tutte e tre le ondate è la *disuguaglianza*, e quindi l'intento di offrire tutela adeguata anche ai meno tutelati dal sistema istituzionale.

²⁷ Così, giustamente G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., pp. 501 ss., a p. 504 s., ove viene rilevata la diversa finalizzazione rispetto agli scopi soprattutto deflattivi del contenzioso invece perseguiti dal legislatore italiano.

²⁸ Osservazione comune; per tutti da ultima G. GIOIA, *op. ult. cit.*, p. 501.

²⁹ In tema R. STÜRMER, *La risoluzione alternativa delle controversie in Germania*, in *L'altra giustizia*, cit., pp. 255 ss. Per una analoga osservazione v. V. VARANO, *Presentazione*, *op. ult. cit.*, pp. VII ss., a p. XIV.

³⁰ M. CAPPELLETTI (gen ed.), *Access to Justice*, I-IV, Milan-Alphenaandentijn, 1978-9.

L'ultima ragione – un tipo di giustizia alternativa – rileva particolarmente per il discorso sui principi e le regole delle ADR, perché sottintende una radicale *alternativa tra due concezioni* che, ovviamente, influenza principi e regole.

Fermo per tutti che le ADR sono un *metodo* alternativo di risoluzione delle dispute, potenzialmente più idoneo del processo per certe controversie³¹, in quanto facilita l'*accesso alla giustizia*³², emerge nel concetto di 'metodo' una duplicità. In un metodo concorrono infatti:

- un *criterio* di soluzione della controversia, e quindi le norme;
- ed uno *strumento* di conduzione della controversia, e quindi le procedure.

Non c'è dubbio che nelle ADR le procedure siano diverse. Ma le norme? Anche da questo dipende la messa a fuoco dei principi e delle conseguenti regole. Le ADR sono solo uno *strumento* alternativo, o anche³³ un *criterio* alternativo? Altra procedura? O anche altra giustizia?

Prima di rispondere è utile qualche considerazione preliminare.

Va da sé che la teoria generale del diritto sia neutra rispetto alla risposta: essa ammette entrambe le soluzioni. La questione è di politica del diritto, e dunque da risolvere nell'ordinamento considerato. Ci limiteremo al nostro.

Non è detto però che la risposta sia in esso unitaria. Potrebbe anche essere preferita una soluzione in certi casi, e altra in altri. Mancherebbe allora uno 'statuto generale'. In caso contrario, la univoca scelta di politica legislativa sarebbe proprio la base di uno statuto generale, e l'interprete sarebbe autorizzato ad estendere come comuni i principi sottesi alla scelta, in quanto ad essa coerenti, anche dove non ripetuti. Si badi, però: i principi, non le regole. Basta un'occhiata alle molte leggi che disciplinano le svariate ADR sopra elencate per constatare che le regole sono in buona parte diverse³⁴. Ma questo non toglie – e sarà da

³¹ Lo rilevano R. CALVO SOLER e J. FERRER BELTRÁN, *Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico*, in *L'altra giustizia*, cit., p. 107.

³² I casi ovvi sono gli *small claims*, le controversie di consumatori, utenti, microimprese e altri contraenti deboli, e simili.

³³ Sottolineo 'anche'. Non c'è dubbio infatti che le ADR possano essere – e di fatto siano da noi – un altro metodo di attuazione del diritto oggettivo. La questione è dunque se siano solo questo o – al caso – anche un modo di comporre le liti secondo principi alternativi, essenzialmente quelli equitativi.

³⁴ Di 'quadro di grande complessità' già a livello europeo, parla anche G. GIOIA,

vedere – che dietro regole diverse possano stare principi comuni. Spinge oltretutto in questo senso l'evidente intenzione uniformatrice della dir. n. 11/2013/UE³⁵.

Non è detto poi che la risposta sia in esso esplicita. Un legislatore può regolare le ADR in modo adiaforo, dettando solo regole ovvie, che si raccomandano quale che sia la concezione adottata, e che perciò non dicono la scelta sottesa³⁶. Molte di quelle vigenti lo sono. Regole (ad esempio) come la trasparenza o l'imparzialità³⁷ negli organismi di ADR appaiono opportune in ogni contesto, quale che sia la concezione adottata. Ciò rende più difficile stabilire quali principi le ispirino, e se comuni o diversi.

Premesso questo, vediamo le due concezioni sottese all'interrogativo che ci siamo posti sull'intenzione del nostro legislatore. Le due concezioni sulle ADR – di cui ora si dirà – sono riflesso di due diverse concezioni del processo: comporre i conflitti/attuare il diritto oggettivo.

Secondo una prima, più risalente, scopo del processo è appunto *comporre i conflitti*³⁸, e dunque è astrattamente ammissibile anche che processo e ADR vi pervengano con *criteri* diversi: l'alternativa sarebbe dunque ADR/processo, come giustizia alternativa. Di qui la possibilità di conformare le ADR in base a principi diversi da quelli che reggono il processo.

Ma per oltre un secolo, dalla metà dell'ottocento all'epoca appunto in cui le ADR hanno iniziato a diffondersi, ha dominato una concezione legalista per cui scopo del processo è *attuare il diritto oggettivo*, e solo di

L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori, cit., p. 511.

³⁵ Su cui G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., *passim*.

³⁶ R. CALVO SOLER e J. FERRER BELTRÁN, *Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico*, cit., p. 108 s.

³⁷ Sul punto G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., pp. 522-525.

³⁸ L.P. COMOGGIO, *Contraddittorio*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 1 ss., spec. p. 5; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, p. 19 s.; J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 1981, p. 420; F. JAMES, G.C. HAZARD JR., J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, Boston-Toronto, 1985, p. 4 ss. L'idea è particolarmente radicata nel diritto processuale anglosassone, ispirato all'*Adversary System*, su cui M. TARUFFO, *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*, Padova, 1979.

riflesso comporre alla sua stregua i conflitti³⁹. Nel dibattito sulle ADR si sottintende spesso che esse siano un metodo *alternativo al processo* di soluzione delle controversie, da comporre comunque secondo diritto: l'alternativa sarebbe dunque ADR/processo, come *strumenti* alternativi della stessa giustizia. Ovvio che in questa prospettiva forte così come il processo anche le ADR non possano discostarsi dal diritto oggettivo. Di qui la loro necessaria conformazione secondo gli stessi principi sostanziali che reggono il processo.

A questa impostazione dicotomica è stata di recente opposta una obiezione metodologica, che per altra via porta agli stessi esiti della prima concezione. Una impostazione secondo la quale il metodo (qui inteso come canone da seguire) di risoluzione delle controversie è *il diritto, non il processo*, che è solo lo strumento normale di applicazione di quel canone. Di riflesso le ADR sono, o dovrebbero essere, un *metodo alternativo al diritto*: l'alternativa diventa allora di nuovo ADR/diritto, come *criteri* alternativi. Era questo appunto il senso della terza ondata: un altro diritto. Un diritto che non corrisponde del tutto alla legge. E non bisogna sorprendersi troppo: la storia ce ne dà illustri esempi. Così nacque a Roma il *jus honorarium*⁴⁰ accanto al *jus civile*; così sono nate ed hanno operato in Inghilterra per secoli le corti di *Equity* accanto a quelle di *common Law*⁴¹. Come, appunto, non solo e non tanto strumenti alternativi, ma anche e soprattutto come criteri alternativi di giustizia. La storia può ripetersi.

A questo punto, per poi capire la scelta legislativa effettuata, bisogna prima chiedersi che differenza c'è, agli effetti della conformazione di metodi di soluzione delle controversie alternativi, tra una scelta legislativa ispirata alla prima concezione (scopo del processo, come di ogni metodo di composizione delle dispute giuridicamente rilevanti, è attuare il diritto oggettivo, e solo di riflesso comporre alla sua stregua i conflitti), e la seconda (scopo del processo, come di ogni metodo di composizione delle dispute giuridicamente rilevanti, è comporre i conflitti).

³⁹ Sulle due concezioni M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, 1986.

⁴⁰ Per tutti E. BETTI, *Jurisdictio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, 14, 1968, pp. 7 ss.

⁴¹ Per tutti v. i saggi raccolti in D. CARPI (ed), *The Concept of Equity. An interdisciplinary Assessment*, Heidelberg, 2007.

La risposta – ragionevole, direi – che in merito è stata avanzata è che:

- nella prima chi risolve o propone di risolvere la disputa, per derivare la regola del caso si attiene a sole disposizioni astratte e generali, contenute nei testi legali⁴²;
- nella seconda invece è consentito anche, nei limiti dell'ordine pubblico, per rimediare alla disuguaglianza, formulare regole del caso concreto che appaiano più idonee agli scopi di composizione di quelle controversie.

Insomma: l'alternativa è 'solo legge/anche equità'⁴³.

A questo punto potrebbe sembrare che il discorso investa solo i principi sostanziali e non i procedurali. Non è così. Una procedura giusta può dare esiti ingiusti; ma una procedura ingiusta dà pressoché sempre esiti ingiusti. Come la giustizia formale (per tale intendendo, per brevità espressiva, quella che è applicazione del diritto oggettivo) non può prescindere da procedure corrette (quindi secondo i principi di: a) imparzialità, competenza ed indipendenza del terzo; b) sollecitudine della procedura; c) contraddittorio, che sono quelli del processo civile di ogni Paese della tradizione occidentale, ma anche quelli – come visto – di quello strumento alternativo che è l'arbitrato), così la scelta che ammetta l'equità le impone a maggior ragione, perché, appunto, una procedura iniqua darebbe esiti iniqui.

La procedura 'equa' deve rendere il contendente disuguale⁴⁴ capace di contendere su un piede di parità. Una alternativa giustizia sostanziale e procedurale, dunque.

⁴² R. CALVO SOLER, J. FERRER BELTRÁN, *Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico*, cit., p. 113.

⁴³ Vorrei far notare che *non* è un argomento contro l'ammissibilità dell'equità il fatto che nella maggior parte dei casi la soluzione proposta si imponga solo se accettata. A parte che ciò è normale (anche nell'arbitrato la decisione può essere di equità solo se le parti anticipatamente lo consentono), l'obiezione sarebbe subito smentita dal fatto che anche la proposta secondo (interpretazione del) lo stretto diritto vale solo se accettata.

⁴⁴ L'espressione 'contendenti disuguali' può indurre equivoco. Non va riferita ad una condizione economico sociale – sebbene finisca per assorbirne la casistica – ma ad una condizione tecnica. Sono contendenti deboli anche quelli che per la modestia del pregiudizio patito (*small claims*), o per i costi del processo, o per le sue lungaggini e complicazioni, e simili, non vi trovano uno strumento efficace di tutela.

È allora rispetto a questa alternativa di politica legislativa che occorre intendere i principi cui si è ispirato il legislatore, cioè la *ratio legis*. Avendo chiaro che la *ratio* non interferisce con l'*occasio*. Deflazionare il contenzioso di per sé non richiede di aprire l'accesso solo ad una giustizia formale, o anche sostanziale. Reciprocamente, l'una o l'altra apertura non interferisce con la deflazione. Pragmaticamente parlando infatti, e dunque consci dell'*occasio legis* deflattiva, emerge la neutralità della scelta a tali fini.

Intendere secondo la prima concezione concorrerà alla deflazione perché giova alla certezza del diritto (oggettivo) e scoraggia ogni azione giudiziale ad esso dubbiamente conforme, che se non ha successo nelle ADR men che meno ne avrà in giudizio.

Intendere secondo la seconda concorrerà per altra via alla deflazione, perché dissuade dal ricorrere al giudice, che si attiene allo stretto diritto, a favore delle ADR. Non è dunque in termini di politica deflattiva del diritto che si può rispondere. L'*occasio* lascia libertà.

Resta da vedere la *ratio*.

3. Un tentativo di verificare la risposta del nostro legislatore attraverso l'esegesi dei principi procedurali e sostanziali dettati per le principali tipologie

Fin qui la teoria. Impostata la domanda, si deve cercare la risposta nella disciplina positiva. Che scelta sottintende? Rassegniamo allora l'elenco da cui siamo partiti.

3.1. – Le varie forme di reclamo a professionisti e intermediari dei servizi introducono qualche elemento di giustizia sostanziale del caso concreto. Il reclamante infatti accetterà solo se gli sarà offerta qualche soddisfazione. E l'impresa ha interesse utilitaristico ad andargli incontro: fidelizza, evita possibili contenziosi, si avvantaggia sui competitori meno 'generosi'. Tende dunque a valere qui – con forza che dipende dalla concorrenzialità di quel mercato – una qualche logica equitativa, per quanto blanda e fragile.

Per contro, poco contano le regole procedurali: in un meccanismo in cui l'impresa è parte e giudice, non ha praticamente senso parlare di regole procedurali eque.

3.2. – La negoziazione assistita si rivela vicinissima alla transazione, se non coincidente, sia dove del tutto volontaria, sia dove obbligatoriamente preliminare all'azione.

Quanto alle regole procedurali, il principio precontrattuale ed *ex lege*, comune alla formazione di tutti i contratti (una negoziazione libera e consapevole condotta in buona fede) diventa qui contrattuale⁴⁵. Quindi si rafforza: silenzi, reticenze, *arrière-pensées*, indebite pressioni, mancata ratifica di ipotesi che parevano acquisite, divengono inadempimenti dell'obbligo di negoziare anche quando non sarebbero violazioni dell'art. 1337 c.c. E se è esplicito che la renitenza a negoziare può influire sulle spese di lite⁴⁶, potrebbe essere implicito che il comportamento non cooperativo divenga nella lite argomento di prova, come in altre ADR.

I principi sostanziali non sono invece più solo due (come detto: a) la disponibilità dei diritti; b) la conformità degli accordi alle norme imperative ed all'ordine pubblico), ma tre: c) l'equilibrio del contratto rispetto al contemperamento dei contrapposti interessi. Il riferimento legale alla "via amichevole" pare aprire proprio alla giustizia del caso singolo⁴⁷. Dico interessi, e non diritti. C'è infatti da chiedersi se non valga anche qui la regola di attenuazione disposta per ogni transazione: che cioè né l'errore di diritto né la lesione incidano sulla validità. Il primo perché se mai si riverbera in responsabilità dei legali⁴⁸. Il secondo perché *volenti non fit iniuria*. Insomma: il negoziatore assistito che si è dichiarato soddisfatto patisce una preclusione a valersi successivamen-

⁴⁵ Cfr. l'art. 2, co. 1, del d.l. n. 132/2014: «La convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96». In tema L. IEVA, *Mediazione ed assistenza (non imperativa) dell'avvocato*, in *Corriere giur.*, 2014, pp. 949 ss.; A. SANTI, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, in *Società*, 2014, pp. 1105 ss., p. 1111.

⁴⁶ Art. 4, co. 1, d.l. n. 132/2014.

⁴⁷ Un esempio può rendere l'idea: supponiamo due contendenti in materia di immissioni sonore che stipulino la convenzione. Il diritto oggettivo imporrebbe i suoi limiti di soglie e di orari. Le parti possono convenire un assetto diverso, permissivo o repressivo per l'emittente nei particolari orari richiesti dalla controparte. Restano naturalmente impregiudicati l'ordine pubblico e la tutela dei terzi.

⁴⁸ Un flebile indice potrebbe essere nel divieto al legale di impugnare l'accordo (art. 5, co. 4, d.l. n. 132/2014).

te ed opportunisticamente contro la controparte di ‘cavilli’ per quanto fondati nel diritto oggettivo.

3.3. – Il tentativo volontario di conciliazione stragiudiziale in materia di lavoro, la procedura volontaria di composizione delle controversie nazionali e transfrontaliere tra professionisti e consumatori, la mediazione volontaria, il ricorso facoltativo all’arbitro bancario finanziario (ABF), e all’arbitro per le controversie finanziarie (ACF), possono essere trattati insieme⁴⁹. Siamo infatti sempre di fronte a procedimenti subordinati alla volontà del procedimento⁵⁰ e dell’esito, come in precedenza, dove però alla assistenza e alla negoziazione della soluzione si sostituisce la mediazione e la proposta del terzo.

Quanto alle regole procedurali, il procedere confusionario del legislatore spinge verso il guazzabuglio⁵¹. Se però ci limitiamo ai principi una unitarietà di base c’è, come ora vedremo. Prima però bisogna dire che, per il dato determinante della presenza del terzo, l’accostamento va piuttosto verso l’arbitrato che verso la transazione.

Ed in questo come detto i principi sono: a) l’imparzialità ed indipendenza del terzo; b) la sollecitudine della procedura; c) il contraddittorio.

Ebbene, queste ADR certamente si danno carico del primo, dove disciplinano accuratamente individuazione, formazione, competenza, equilibrio collegiale, indipendenza, riservatezza, delle persone o organismi che assumono il ruolo di terzo mediatore-arbitro-conciliatore, o che sia. Altrettanto è da dire riguardo alla sollecitudine della procedura: prevalgono i casi di fissazione di termini brevi per la conclusione, con termini interni ancor più brevi per i vari adempimenti, e con un

⁴⁹ Del resto l’art. 5, co. 1, d.lgs. n. 28/2010 accorpa espressamente i procedimenti di mediazione a quelli dinanzi all’ABF ed all’ACF. Solo che questa norma è dettata per la mediazione obbligatoria, mentre ABF ed ACF sono facoltativi. Inutile lagnarsi come sempre della cattiva tecnica legislativa.

⁵⁰ Anche quando nel contratto finanziario sia inserita – come d’uso una clausola compromissoria. L’art. 6, d.lgs. n. 179/2007 ne dispone infatti l’obbligatorietà solo per l’intermediario. Sul punto A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo “ADR Consob”*, in *Banca borsa*, 2016, pp. 251 ss., *sub* § II. 8.

⁵¹ Ad esempio, in tema di rapporti tra ACF e ADR del codice del consumo si trovano nel d.lgs. n. 130/2015 norme quasi contraddittorie (cfr. gli artt. 1 e 1-*bis*) che da un lato sembrano ammettere una conformazione dell’ACF differenziata e dall’altro imporre una conformazione analoga a quella prevista dal c. cons. In tema A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo “ADR Consob”*, cit., pp. 251 ss., *sub* § I.3.

balance tra impedimento e comminatoria di decadenze anche rispetto all'eventuale azione giudiziaria⁵². Carente è invece la disciplina del contraddittorio⁵³.

Si è fatta gran questione (per la mediazione) della partecipazione personale della parte, quasi da tutti ritenuta necessaria⁵⁴, con la conseguenza che l'assenza ingiustificata rileverebbe per le spese, anche aggravate *ex art. 96 c.p.c.*, del successivo giudizio. Ma è del tutto trascurato dalla legge il problema dell'integrazione del contraddittorio, del litisconзорzio, dell'intervento⁵⁵. Il che pregiudica anche la mediazione facoltativa, perché prevedibilmente gli accordi contro cui osti un terzo coinvolto ma rimasto assente finiranno per saltare. E, come si dirà, produce conseguenze aberranti nell'obbligatoria che riesca.

A queste norme procedurali basilari si aggiunge però qui il principio di tutela dell'accesso: informalità della richiesta, della comunicazione alle controparti, dell'incontro, dell'esposizione degli argomenti. Ma con limiti: 1) il rispetto del riparto di competenza territoriale⁵⁶, 2) talora norme che limitano per valore la competenza degli organismi di ADR⁵⁷, 3) l'ovvio limite di competenza per materia dato dall'infausta eccessiva moltiplicazione di tipologie di ADR, 4) spesso norme che consentono agli organismi di rifiutare la cognizione⁵⁸.

⁵² Sul punto Cass. Sez. un., 22 luglio 2013, n. 17781, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2800.

⁵³ Cosa esso significhi nella prospettiva delle ADR come viste dalla dir. n. 11/2013/UE è illustrato da G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., p. 526; ne emerge l'insufficienza di tale prospettiva.

⁵⁴ In giurisprudenza Trib. Vasto, 16 dicembre 2016, in <https://mediarensenzaconfini.org/16/12/16/tribunale-di-vasto/16-12-2016/>; Trib. Pavia, 26 settembre 2016, in www.dirittoegustizia.it; Trib. Roma, 14 luglio 2016, *ivi*; Trib. Modena, 2 maggio 2016, *ivi*; e altre. In senso contrario in dottrina M.A. LUPOI, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 12 ss.

⁵⁵ Cenni sul punto in A. SANTI, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 1106 s.

⁵⁶ A. SANTI, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 1114.

⁵⁷ Nell'ABF, l'art. 2, co. 4, della delibera CICR 29 luglio 2008; nel c. cons. la lett. d) dell'art. 141-*bis*, co. 1, e il rinvio dell'art. 141-*quater*, co. 1, lett. f).

⁵⁸ Nel c. cons., art. 141-*bis*, co. 2, i motivi sono il mancato reclamo, la futilità o temerarietà della pretesa, il fatto che sia già stata esaminata la sua tardività rispetto ai termini consentiti, un misterioso nocumento all'efficace funzionalità dell'organismo.

Infine, è da notare che soprattutto il codice del consumo⁵⁹ si fa blando carico di un procedimento secondo equità: informazioni chiare e comprensibili sulle lingue, l'accesso, i requisiti dei conciliatori, ecc.

Da questi principi discendono regole sparse, coerenti agli scopi, ma alquanto frammentate.

Quanto invece ai principi sostanziali, essi sono fermi, ovviamente, anche qui: a) la disponibilità dei diritti; b) la conformità degli accordi alle norme imperative ed all'ordine pubblico. La domanda è se il terzo in questi limiti possa, o addirittura debba, secondo l'intenzione del nostro legislatore, proporre anche, al caso, secondo equità. Qui abbiamo pochissimi indici: la maggior parte delle disposizioni sono anodine sul punto. Ma almeno uno è chiarissimo e di peso: l'art. 141-*quater*, co. 1, lett. i) c. cons. disponendo che si renda noto «se l'organismo ADR risolve le controversie in base a disposizioni giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta, o altri tipi di regole» non lascia dubbi che il legislatore almeno in questo tipo di ADR ammetta l'equità sostanziale. In questa luce, la disposizione dell'art. 6, co. 5, della delibera CICR sul procedimento dinanzi all'ABF, che prevede che «La decisione sul ricorso (...) è assunta sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca. Essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti», può ben assumere lo stesso senso (sebbene l'equità non vi sia nominata).

Da che la ragionevole supposizione che il legislatore in sostanza lasci ai terzi arbitri o conciliatori e simili – purché si autoregolamentino e rendano pubblica la scelta – la libertà di risolvere le controversie anche secondo equità, nei limiti della disponibilità dei diritti e del rispetto dell'ordine pubblico.

3.4. – Per brevità non entrerò nel merito del tentativo, obbligatorio a pena di improcedibilità, di conciliazione nei patti agrari⁶⁰, o nei patti

Nell'ABF motivo di rifiuto è la conclusione negativa della prevista istruttoria preliminare sulla sussistenza dei presupposti del ricorso (art. 6 della cit. delibera CICR), la richiesta di danni che non siano conseguenza *diretta* dell'inadempimento o violazione dell'intermediario (art. 2, co. 5), e il fatto che la pretesa sia già stata presentata in altre sedi (art. 2, co. 6).

⁵⁹ Art. 141-*quater*.

⁶⁰ Cfr. Part. 46 della legge n. 203/1982.

di famiglia⁶¹, o nelle utenze di telecomunicazione⁶². Né sul tentativo di conciliazione nel giudizio introdotto con l'art. 185-*bis* c.p.c.⁶³.

Guardiamo invece dentro la disciplina della mediazione obbligatoria o 'ufficiosa'⁶⁴.

Va da sé che quanto appena detto sulle regole procedurali della facoltativa valga qui a maggior ragione. Del resto la legge regola unitariamente il procedimento dei tre tipi. Va solo aggiunto che si aggrava la lacuna sul contraddittorio: poiché il verbale di conciliazione se sottoscritto dagli avvocati costituisce titolo esecutivo, mi chiedo come esso possa funzionare quando un terzo, litisconsorte secondo il diritto oggettivo, e discorde, si opponga. Ma oggi non è questo il tema di cui mi occupo.

Quanto alle regole sostanziali penso di potermi limitare a dire che se il legislatore nella mediazione facoltativa prevista dal codice del consumo e dalle regole sull'ABF ha consentito che gli organismi si dotino di un regolamento aperto all'equità, e se un proprio regolamento è previsto in generale⁶⁵ per gli organismi di mediazione, *a fortiori* dove questa è obbligatoria, dove cioè la pressione legale alla composizione della lite in via stragiudiziale si fa più forte, deve intendersi consentita la decisione di equità. L'obiezione che le parti non la vogliano, pur dovendo 'subire' la mediazione, non ha senso perché è loro sufficiente non aderire: l'organismo dovrà intuire se ha più speranze di successo in quel caso una proposta formale o una equitativa.

3.5. – Quanto alla richiesta all'AGCOM di decidere le controversie in materia di telecomunicazioni, si tratta di caso speciale, in materia retta da principi suoi, nel quale pare valga invece lo stretto diritto.

Ma forse non quando reclamante è l'utente. Almeno in questi casi il rinvio del reg. n. 182 del 2002 all'art. 18 del d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 (e quindi ad una decisione adatta all'interesse dell'utente, alla tutela del mercato, allo stimolo della concorrenza ed all'interesse generale), fa pensare che alla decisione secondo stretto diritto si possa sovrapporre

⁶¹ Cfr. l'art. 768 *octies* c.c.

⁶² Cfr. la legge n. 249/1997, art. 11.

⁶³ Su cui A. SANTI, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, cit., p. 1110.

⁶⁴ Su cui A. SANTI, *op. ult. cit.*, pp. 1108 s.

⁶⁵ Art. 16, co. 3, d.lgs. n. 28/2010.

una se non tecnicamente equitativa però tarata sulle specificità del caso e sull'opportunità sostanziale.

3.6. – Quanto infine al deferimento ad arbitri su istanza congiunta di processi pendenti, è chiaro dalla norma regolatrice che al caso si applicano le regole del codice di procedura civile sull'arbitrato, che ammettono il giudizio di equità se voluto dalle parti. L'istanza al giudice, dunque, elimina in radice il dubbio sia sul procedimento irrituale sia sul giudizio di equità.

4. Conclusioni

Si possono a questo punto trarre alcune conclusioni.

La prima e più evidente è che se anche non esiste un vero e proprio statuto generale delle ADR, fatto di principi procedurali e sostanziali comuni, esiste però almeno una notevole comunanza⁶⁶, con varianti giustificabili che non la fanno venir meno. Ne sono cuore i principi da sempre comuni ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie integrati per i contendenti diseguali da quelli asseverati dal codice del consumo cioè dalla «centralità sistematica che (...) spetta alla c.d. regola di protezione del cliente (...) anche nella fase contenziosa»⁶⁷.

La seconda è che è rimesso dalla legge agli organismi legittimati di adottare codici di equità, e di ricorrervi quando opportuno. Mi pare qui che il principio del codice del consumo di renderli pubblici si debba estendere alle altre ADR: i contendenti devono essere messi in condizione di sapere se l'organismo cui si affidano potrà proporre loro una procedura ed un giudizio equitativi.

Questo introduce alla terza conclusione. Le ADR sono un'altra giustizia, certo. Ma non tanto 'altra' da porsi fuori del sistema del diritto, sebbene possa al caso porsi accanto al sistema delle leggi⁶⁸. Questa

⁶⁶ A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo "ADR Consob"*, cit., pp. 251 ss. «regole minime di operatività imposte agli organismi tutti (imparzialità, contraddittorio indipendenza)».

⁶⁷ A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *ibidem*.

⁶⁸ Pret. Bologna, 22 agosto 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 975, con nota di V. VARANO, *Note in tema di giudizio di equità*. «Nel giudizio di equità ex art. 114 c.p.c., il criterio di giudizio non è costituito dalla c.d. coscienza del giudice, ma da un allargamento delle

equità è anzitutto *fairness*, cioè correttezza della procedura⁶⁹ e sollecitudine verso il contendente meno attrezzato, perché possa far valere le sue ragioni. Ma secondo me è anche, nei limiti detti, equilibrio della soluzione concordata o proposta⁷⁰.

Nelle ADR decisorie, poi, pare necessario allineare la loro versione equitativa al principio di diritto sul giudizio di equità. Quello cioè dell'art. 114 c.p.c., per cui il giudice si discosta dallo stretto diritto solo nel senso di ravvisare nella fattispecie, comunque inquadrata secondo legge, un elemento differenziale che giustifichi una variante parziale di trattamento rispetto agli effetti giuridici *standard*⁷¹. Ciò naturalmente può porre dei problemi⁷². Ma può dare dei benefici che delle ADR

ragioni della decisione di merito, oltre che a quelle di diritto in senso stretto, a quelle della equità, intesa come valore oggettivo, richiamato dall'ordinamento giuridico, la cui identificazione è rimessa alla motivata e censurabile valutazione del giudice. Nel giudizio di equità *ex art.* 114 c.p.c., il giudice, dopo aver accertato i fatti materiali dedotti nel processo in conformità delle norme processuali (con riguardo sia alla corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, sia alle specifiche limitazioni dell'attività probatoria, sia ai divieti di modificazione e innovazione della domanda), deve valutare ulteriormente la fattispecie, con tutti i suoi elementi anche di contorno acquisiti nel processo, onde verificare se gli effetti giuridici che ne deriverebbero secondo stretto diritto non contrastino con il valore, anch'esso normativo, dell'equità; e solo in questa seconda ipotesi il giudice ha il potere-dovere di desumere conseguenze diverse da quelle che deriverebbero dalla fattispecie secondo stretto diritto, al fine che la pronuncia sia giuridicamente considerata equa».

⁶⁹ Così secondo G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., pp. 528 s., la dir. n. 11/2013/UE.

⁷⁰ Un problema che qui non posso approfondire è la suscettibilità di impugnazione degli accordi sottoscritti dal consumatore all'esito di conciliazioni, sia per vizi tradizionali del contratto, sia per i vizi introdotti dalla legislazione consumeristica. Riterrei ammissibili le impugnative dell'uno e dell'altro tipo; ma mi chiederei se non vi sia come nella transazione preclusione all'impugnativa per errore di diritto.

⁷¹ È questa come noto la tesi del CSM, *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini. Prime linee di riforma dell'ordinamento giudiziario*, Roma, 1971, p. 144; su cui v. V. VARANO, *Equità: II*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 5. In giurisprudenza, in questo senso, Cass. 13 novembre 1973, n. 3001, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2427. Più permissiva Cass. civ., Sez. I, 23 giugno 2009, n. 14611, in *Repertorio Foro it.*, 2009, Sentenza civile [6100], n. 18: «Nel giudizio secondo equità il giudice non ha l'obbligo di individuare preventivamente la norma giuridica astrattamente applicabile né di applicarla in concreto, mentre ha l'obbligo di rendere comprensibile il procedimento logico-intuitivo seguito per determinare la regola equitativa e di verificare che essa non si ponga in contrasto con i principi sottesi alla disciplina legislativa».

⁷² Un problema si pone per la richiesta congiunta dove la controversia sia tra parti

solo alternative al processo ma vincolate sempre allo stretto diritto non possono dare.

Non con ciò auspico una eccessiva generalizzazione o un uso disinvolto dell'equità nelle ADR. Il diritto oggettivo resta il canone primario; ed il processo sarebbe lo strumento elettivo, quando le parti non decidono di cercare l'accordo da sé. Ma di fronte alla 'malattia' attuale della giustizia togata, un metodo alternativo, anche equitativo (nel senso e nei limiti detti), è un buon farmaco.

Purché non se ne abusino. Come tutti i farmaci, l'equità in piccole dosi cura, in forti dosi intossica.

Il Sistema Legale Italiano conosce due modi tradizionali di composizione delle liti: la transazione e l'arbitrato. Entrambi sono regolati dalla legge secondo specifici principi sostanziali e procedurali. Una ricognizione delle norme concernenti i molti tipi di ADR porta a concludere che esse rispondono agli stessi principi, che perciò costituiscono uno statuto generale per ogni composizione delle controversie alternativa al processo civile.

The Italian Legal System knows two traditional ways to resolve disputes: the compromise and the arbitration. Both are ruled by the Law according to specific material and procedural principles. An ascertainment of the provisions concerning the many types of ADR leads to say that they comply to the same principles, which therefore constitute a fundamental set of rules for any settlement of disputes alternative to civil proceedings.

disuguali nel senso accolto in queste pagine. Ma sembra superabile: le leggi già ammettono esplicitamente in certi la richiesta non congiunta, e comunque manca la ragione che la impone nell'art. 114 c.p.c., perché nelle ADR il contendente può sempre non accettare la proposta. Un ulteriore problema si pone per il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, che ritengo applicabile (Pret. Ascoli Piceno, 27 maggio 1993, in *Dir. lav. Marche*, 1994, p. 208: «Nel giudizio di equità ex art. 114 c.p.c., non si può prescindere dalla disamina dei fatti oggettivi quali prospettati dalle parti, operando anche nel giudizio di equità il principio processuale dispositivo»). Ma è anch'esso superabile: il problema che la proposta travalichi (p. es.: suggerisca di rinunciare al reclamo a fronte di un equo indennizzo) non si pone, perché non siamo in sede contenziosa e la volontà delle parti può disporre dei diritti.

CASI NOTEVOLI

Trib. Nuoro, 11 agosto 2015, n. 496

Presidente ed Estensore: Giudice *Longu*

Condizione potestativa – Condizione testamentaria – Fissazione giudiziale del termine – Avveramento della condizione.

Chi ha interesse alla realizzazione o meno della condotta prevista dal testatore nella condizione potestativa apposta all'istituzione di erede può richiedere la fissazione giudiziale di un termine per l'esecuzione della medesima ex art. 645 c.c. L'evento dedotto può essere realizzato dall'erede del chiamato, nel frattempo deceduto, in assenza di un'espressa volontà contraria del de cuius. (massima non ufficiale).

DALLA MOTIVAZIONE:

(omissis)

Secondo ciò che risulta dalla documentazione prodotta, con testamento del 20.2.2008 G.G.C. ha lasciato al figlio A.F. la casa di S. in via XXX, il locale commerciale e la terrazza edificabile, la metà del terreno di S., compresa la metà della casa ivi edificata, la metà del terreno di F., compresa la metà della costruzione ivi edificata; alla figlia R.F. la metà del terreno di S. da individuarsi nella parte destra, la metà della casa ivi realizzata e la metà del terreno e della casa di F., nonché la casa di C. sita in via XXX; ai nipoti F.R. e E.R. la casa sita in località XXX.

Con successivo testamento del 25.5.2008 G.G.C. ha disposto che “R.F., mia figlia disponga di tutti i miei beni, nessuno escluso, nel caso io morissi. Quando la storia di F. e S. sarà messa a posto come io ho disposto e desidero e cioè che sia di A. e R. a metà per entrambi solo allora anche i beni che ho destinato ad A. come lui sa, dal mio scritto del 2008 solo allora potranno essere suoi”.

Come emerge dal contenuto del testamento di maggio, la *de cuius* ha inteso disporre di tutti i suoi beni a favore della figlia. L'efficacia delle disposizioni a favore del figlio A., riportate nel testamento del febbraio 2008 e richiamate nell'atto successivo, risulta sospensivamente condi-

zionata al riconoscimento a favore di entrambi i fratelli della titolarità e del possesso degli immobili siti in loc. F. e S.

Deve ritenersi dimostrato che, anche anteriormente al decesso della *de cuius*, F.A. abbia avanzato delle pretese in ordine alla titolarità esclusiva degli immobili sopra indicati.

Alla luce della documentazione prodotta, deve escludersi che A.F. o la sua erede abbia riconosciuto la comproprietà e il compossesso dell'attrice sugli immobili sopra indicati: tramite lettera del 20.2.2009, sottoscritta dal legale su incarico di A.M.F., è stato rilevato che “ogni richiesta prospettata ed in merito anche ai diritti asseriti e relativi al contratto di locazione commerciale nell'immobile di via XXX in S., allo stato attuale, appaiono privi di fondamento giuridico”; la volontà di escludere dal possesso la sorella è stata ribadita dal legale del signor F. nella missiva del 7.9.2009 (cfr. docc. fasc. attrice); come risulta dalla comunicazione della M. s.r.l. conduttrice dell'immobile, A.F. ha continuato a percepire in via esclusiva i canoni di locazione del locale in via XXX anche successivamente alla morte della madre (v. lettera del 30.12.2008); la situazione non è mutata nel corso del giudizio, tanto che con ordinanza del 9.8.2013 è stato disposto il sequestro giudiziario degli immobili in ragione del possesso esclusivo esercitato dalla signora V. in qualità di erede di F.A.

Di conseguenza allo stato non può ritenersi che l'evento dedotto nella condizione sospensiva si sia verificato.

Tuttavia, non può neppure ritenersi che la condizione sia divenuta impossibile per effetto della morte di A.F., deceduto in data 23.9.2009.

La *de cuius*, infatti, si è limitata a subordinare l'efficacia delle disposizioni testamentarie a favore del figlio alla soluzione della questione relativa ai terreni sopra indicati mediante l'attribuzione degli stessi in comproprietà e in compossesso ai due fratelli; non ha fissato alcun termine per il verificarsi di tale evento, né ha vincolato l'attribuzione in comproprietà e in compossesso esclusivamente ad una manifestazione di volontà del figlio; inoltre l'evento dedotto in condizione non appare riconducibile ad un atto personalissimo intrasmissibile agli eredi.

Pertanto, considerata la natura dell'evento dedotto in condizione, deve ritenersi che lo stesso possa verificarsi per effetto della condotta degli aventi causa di F.A.

Alla luce di tali considerazioni – considerata la natura potestativa della condizione sospensiva – si ritiene che, in applicazione dell'art. 645,

c.c., debba essere fissato il termine di sei mesi a decorrere dall'1.9.2015 per l'adempimento della condizione.

Stante le ulteriori domande consequenziali avanzate dalle parti, la causa dev'essere rimessa sul ruolo con separata ordinanza al fine di verificare l'adempimento della condizione.

Considerata la natura non definitiva della sentenza, nulla dev'essere disposto in ordine alle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale, così provvede:

- 1) fissa, ai sensi dell'art. 645 c.c., il termine di sei mesi a decorrere dall'1.9.2015 per l'adempimento della condizione apposta nel testamento del 25.5.2008;
- 2) rimette la causa sul ruolo con separata ordinanza.
(*omissis*)