

La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo

Sommario: 1. Mediazione, mediatore-conciliatore e conciliazione. – 2. Perché un intervento legislativo? – 3. L'ambito della riforma. – 4. Principi della delega. – 5. Lo schema di decreto legislativo. – 6. Effetti sostanziali della domanda di conciliazione. – 7. "Rafforzamento" dell'efficacia dell'accordo raggiunto. – 8. Creazione di un ambiente che favorisca la conciliazione. – 9. Previsioni che hanno lo scopo di favorire la diffusione della cultura della conciliazione. – 10. Le previsioni c.d. "autonome" del decreto legislativo.

1. Mediazione, mediatore-conciliatore e conciliazione.

La delega contenuta nell'art. 60 della legge n. 69/2009 e il successivo decreto delegato si occupano di mediazione e conciliazione, ossia di un metodo di soluzione delle controversie sicuramente non eteronomo e tendenzialmente non aggiudicativo. Per un preliminare chiarimento concettuale e terminologico, dall'insieme delle normative di riferimento (la Direttiva 52/2008, la citata delega e lo schema di decreto legislativo che il Governo ha ad oggi approntato) emerge una puntualizzazione sul significato stesso delle parole: "mediazione", "mediatore-conciliatore" e "conciliazione".

La "mediazione" è il percorso che si può compiere per giungere al componimento. L'art. 3 della Direttiva 52/2008, di cui parleremo ampiamente, definisce la mediazione come "un procedimento strutturato, indipendente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore". E l'art. 1 dello schema di decreto legislativo dice che la mediazione è "l'attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"¹.

La "conciliazione" è il risultato positivo del percorso, ossia l'accordo raggiunto. La stessa parola non è utilizzata nella Direttiva 52/2008, ma è tipica della nostra esperienza interna. Che essa rappresenti il fine del percorso di mediazione emerge chiaramente nella let. a) del 3° comma della delega, termine poi definito nello stesso schema di decreto legislativo all'art. 1, let. b), ai sensi del quale si intende per "conciliazione" la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.

Il soggetto chiamato a gestire il percorso è chiamato nella Direttiva 52/2008 "mediatore" e nella nostra delega conciliatore (comma 3°, let. r)), ma in entrambi i contesti si fa un richiamo alla necessità della sua imparzialità.

La mediazione rappresenta un percorso per la ricerca di una soluzione negoziale della lite, soluzione che è caratterizzata tendenzialmente dalla trasformazione della controversia giuridica in controversia economica. Insomma in essa si utilizzano le tecniche della contrattazione, che guardano all'emersione ed alla composizione degli interessi, al fine di risolvere un conflitto giuridico sulla spettanza di un bene della vita. Essa si pone a metà strada tra i mezzi autonomi di soluzione della lite (transazione e contratto di accertamento) e i mezzi eteronomi, che possono essere di tipo giurisdizionale (processo dichiarativo statale ed arbitrato rituale) o di tipo negoziale (arbitrato irrituale).

Essa è un mezzo autonomo perché se la conciliazione è raggiunta il risultato è dato da un contratto stipulato tra le parti. La norma concreta con cui si risolve il conflitto e che presiede ai comportamenti futuri

¹ Nella definizione della norma interna c'è l'aggiunta riferita alla formulazione di una proposta, che, come, poi, vedremo, trova una sua eco nella previsione dell'art. 11 dello stesso decreto.

delle parti è posta da un atto delle parti e non del mediatore, che non pone in essere un atto normativo suo, né di tipo negoziale né di tipo giurisdizionale. Tuttavia per giungere alla conciliazione è intervenuto un terzo, il mediatore, ancorché solo in funzione maieutica, ossia per favorire il perfezionamento di quel contratto, posto che egli, da non confondersi con l'arbitro, come dice l'art. 1 let. c) dello schema di decreto legislativo, è un soggetto "privo dell'autorità di imporre alle parti una soluzione della controversia".

Detto mediatore assume una configurazione particolare almeno per due ragioni:

1) perché egli è normalmente parte di un contratto con i litiganti di prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.), in virtù del quale si obbliga a svolgere una certa attività ed acquisisce il diritto ad un compenso, anche se il tentativo fallisce²;

2) perché quando la legge attribuisce alle conciliazioni stragiudiziali l'efficacia a titolo esecutivo a seguito di un'omologazione del giudice statale, il titolo esecutivo è dato propriamente dal verbale sottoscritto anche dal mediatore.

Tuttavia, si ripete, il mediatore si limita solo ad agevolare le parti nella ricerca della soluzione negoziale, senza assurgere a soggetto che trova e dà la soluzione della lite. E già quando si pretende da lui di formulare comunque una proposta senza che le parti lo chiedano, si forza in una certa misura il suo ruolo. Sul punto vedremo poi gli articoli 11 e 13 dello schema di decreto legislativo.

Ma, certamente, anche se il lavoro del mediatore è in qualche misura disciplinato dalla legge, esso non è qualificabile propriamente come un procedimento in senso tecnico. Insomma non è immaginabile che la conciliazione, atto finale di una mediazione riuscita, possa essere impugnata per *errores in procedendo*, ossia per vizi processuali in ipotesi riguardanti atti ad essa antecedenti.

Anche le esigenze d'imparzialità del mediatore e di riservatezza, sulle quali insistono sia la Direttiva 52/2008 sia in parte la delega³ e il decreto legislativo, sono certamente da tutelare, ma esse trovano tutela su piani diversi da quello processuale. Esse possono anche assurgere ad obblighi contrattualmente assunti da sanzionare in via risarcitoria. Inoltre nell'ambito delle conciliazioni gestite da Organismi, nelle quali il rapporto contrattuale corre propriamente tra i litiganti e l'Organismo, l'imparzialità e la riservatezza assurgono a doveri deontologici del mediatore che opera per l'Organismo, doveri sanzionabili efficacemente nell'ambito dell'organizzazione.

2. Perché un intervento legislativo?

Ovviamente le conciliazioni fuori dal processo sono possibili sulla base del solo codice civile. Il valore aggiunto del percorso di mediazione si ha quando con essa si riesce a trovare la soluzione della lite secondo una prospettiva, non valutativo-aggiudicativa, bensì facilitativa. Nella prima prospettiva si pone il giudice, privato o statale che sia. Egli accerta i fatti ed applica ad essi il diritto, attribuendo alle parti il torto e la ragione. Il mediatore, invece, secondo una logica facilitativa gioca su un piano del tutto diverso: egli fa emergere dai litiganti il complesso dei loro interessi e quindi suggerisce soluzioni di composizione del conflitto nel modo più libero prospettando una composizione di quegli stessi interessi, senza *ius dicere*, senza ripartire il torto e la ragione. È in questo che il mediatore trasforma la controversia giuridica in

² La cosa è confermata dalla riforma in commento, dalla quale emerge la previsione di una maggiorazione del compenso ove la mediazione riesca: cfr. il combinato disposto degli articoli 60, 3° comma, let. m) l. 69/2009 (delega) e 17 dello schema di decreto attuativo.

³ Nella delega nulla è detto rispetto alla garanzia della riservatezza. Ma di essa si occupa ampiamente lo schema di decreto legislativo. Vedi poi.

controversia economica, applicando le tecniche di contrattazione alla soluzione della lite. Esso non accerta quale è il diritto nel caso concreto, guardando al passato, ma pone la regola di condotta per le parti guardando solo al futuro, previa composizione degli interessi.

Ma, allora, la mediazione può avere esito positivo solo se le parti la scelgono e se essa è gestita da soggetti, i mediatori, che conoscono quelle tecniche di contrattazione. E non è detto che l'operatore del diritto, giudice o avvocato, sia di per sé solo a conoscenza di dette tecniche.

Essa non può essere uno strumento per far fronte alle inefficienze della giustizia statale, perché, posta l'inevitabilità di un fondamento consensuale, vi sarà sempre un soggetto interessato a sfruttare le inefficienze del processo. Quanto più il processo è rapido e sicuro tanto più le parti saranno indotte a conciliarsi, sempre che vi siano le condizioni nel caso concreto. Tra queste si ricordino: la conciliabilità degli interessi sottostanti (al qual proposito il mediatore deve far emergere, anche utilizzando sessioni separate⁴, i motivi che spingono ciascuno dei litiganti ad aspirare al bene della vita in contestazione, ossia l'utilità pratica che i contendenti vogliono raggiungere: se i motivi sono diversi, forse ci sono più spazi per la conciliazione), il tipo di relazione sociale ed economica che corre tra le parti (se trattasi di soggetti inseriti in un gruppo o che comunque hanno interesse a mantenere il rapporto per il futuro, un metodo aggiudicativo di risoluzione della lite può essere assai più traumatico del metodo conciliativo), la modicità del valore della lite, per cui un processo avrebbe magari costi maggiori di detto valore.

Ma allora qual è il ruolo del legislatore? Insomma, se la conciliazione (raggiunta) non è altro che un contratto, che ben le parti possono concludere seguendo il percorso che vogliono e con gli effetti che il codice civile prevede, perché la legge dovrebbe disciplinare in modo specifico un procedimento conciliativo?

Un attento studioso⁵ della materia ha sintetizzato la risposta a detta domanda facendo notare che vi sono almeno quattro motivi che possono ispirare una simile disciplina:

1) per eliminare alcuni inconvenienti che potrebbero aversi ove operassero semplicemente le norme del codice civile, inconvenienti che potrebbero scoraggiare gli interessati a seguire il percorso della conciliazione;

2) per attribuire all'accordo conciliativo raggiunto effetti che altrimenti esso non avrebbe in base alle sole norme del codice civile;

3) per fare della mediazione un "ambiente" che favorisca l'esito positivo ossia la conciliazione tra le parti;

4) per diffondere la cultura della conciliazione.

⁴ L'importanza delle sessioni separate in mediazione è centrale, proprio per far emergere gli interessi in parola. Ovviamente una cosa del genere sarebbe impensabile nell'ambito di un percorso mirante ad una soluzione aggiudicativa della lite, sia esso svolto di fronte al giudice statale sia esso svolto di fronte al giudice privato. Insomma la peculiarità strutturale e funzionale della mediazione, quale strumento di soluzione della lite fondato sulla valutazione degli interessi e non sull'accertamento dei diritti, fa assumere connotati peculiari ai concetti di contraddittorio e di imparzialità.

⁵ LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. Proc.* 2009, 1257 ss., spec. 1258. Sulla delega vedi anche: SANTI, in Bove-Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 95 ss.; CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.* 2009, V, 354 ss.; Pagni, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.* 2009, 1309 ss., spec. 1320-1321.

Queste esigenze sono variamente considerate e valorizzate dalla Direttiva 52/2008, nonché dalla delega ed dallo schema di decreto legislativo che in materia ha approntato il Governo.

Per la verità già in precedenza il nostro legislatore si era occupato della mediazione, a partire dalla legge n. 580 del 1993, il cui art. 2 prevedeva la possibilità per le CDC di istituire commissioni conciliative per la risoluzione di controversie tra imprenditori, nonché tra imprenditori e consumatori. Ma, un volano importante arriva solo nel 1998, quando, prevedendosi nell'art. 10 della legge n. 192/1998 (in materia di contratti di subfornitura), l'obbligatorietà di un tentativo di conciliazione, tutte le CDC istituiscono detti organismi. Si viene così a creare un circuito nel quale si diffonde la conoscenza dei metodi conciliativi e, quindi, una cultura della conciliazione⁶.

E, sempre prima della delega in commento, il nostro legislatore ha mostrato attenzione alla mediazione imponendolo come passaggio obbligato prima di poter procedere all'esercizio dell'azione di fronte ai giudici statali. La tendenza è stata rilevante e vari sono stati i tentativi obbligatori di conciliazione introdotti nel sistema⁷. Ma quanto il metodo, pur ineccepibile sul piano della legittimità costituzionale, non sia adatto allo scopo di sgravare le aule di giustizia dal loro carico di lavoro ho già detto. Ed infatti non mi sembra che detti strumenti abbiano funzionato, per cui non sembra che ad essi il legislatore possa e debba dare particolare credito⁸.

Ma questo quadro normativo antecedente alla riforma che ora abbiamo di fronte era frammentato. C'era indubbiamente bisogno di una legge generale volta ad una disciplina della mediazione che possa dare risposta alle quattro esigenze prima accennate. Si tratta ora di verificare come il quadro normativo *in itinere* che abbiamo di fronte, costituito dalla Direttiva 52/2008, dalla delega contenuta nell'art. 60 della legge n. 69/2009⁹ e dallo schema di decreto legislativo per ora approntato dal Governo, risponda alle dette esigenze.

3. L'ambito della riforma.

La delega specifica che si occupa della mediazione in ambito civile e commerciale. Certamente trattasi di un ambito estremamente ampio. Sono così esclusi l'ambito penale e quello tributario. Per quanto riguarda l'ambito amministrativo, bisognerà distinguere: se trattasi di interessi legittimi collegati all'esercizio del potere amministrativo, siamo fuori dal campo di applicazione della delega; mentre così non è se trattasi di rapporti di diritto privato tra privati e pubbliche amministrazioni.

⁶ Cfr. SANTI, *op. cit.*, 96, il quale ricorda come poi seguano diverse leggi, che fanno riferimento alle CDC come soggetti deputati a gestire procedure di conciliazione: legge 135/2001 in materia turistica (art. 4), legge 129/2004 (art. 7) nei contratti di affiliazione commerciale, d.lgs. 206/2005 sul codice del consumo (artt. 140, 141). Insomma si crea un vero circuito delle CDC in cui si diffonde la cultura ed in parte la pratica delle conciliazioni.

⁷ Per una elencazione vedi SANTI, *op. cit.*, 97 e Pagni, *op. cit.*, 1320, nt. 19.

⁸ Ma vedremo poi come, invece, lo schema del decreto legislativo abbia ampiamente utilizzato lo strumento in parola.

⁹ La delega scade il 4 gennaio 2010, salvo la proroga di 60 giorni prevista dal comma 2, prevista in caso di ritardo nella resa dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti.

Ovviamente, come dice l'art. 60 alla let. a) del comma 3°, la conciliazione immaginata ha sempre ad oggetto diritti disponibili. Ma questo è il limite che ogni soluzione della controversia a base convenzionale presenta. A tal proposito vale, come principio generale, quello enucleabile dall'art. 1966 c.c., ai sensi del quale la transazione, contratto che ha come causa giuridica la soluzione di una lite, è nulla se riguarda diritti indisponibili. Questo fondamentale principio è poi applicato nel decreto legislativo, che richiama il limite dei diritti disponibili in tre contesti: a) quando all'art. 2, 1° comma, definendo le controversie conciliabili, il legislatore specifica che esse devono avere ad oggetto un diritto disponibile; b) implicitamente quando, all'art. 12, si prevede che il giudice statale debba negare l'*exequatur* alla conciliazione ove essa sia contraria all'ordine pubblico o a norme imperative; c) infine quando, enunciando gli obblighi del mediatore, all'art. 14, si ricorda che egli deve formulare proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Ma il discorso potrebbe anche complicarsi, perché si dovrebbe distinguere tra le situazioni in cui ci si trova propriamente di fronte a diritti indisponibili e le situazioni in cui ci si trova, invece, di fronte a settori nei quali, per la debolezza di una parte a fronte di un'altra, la legge detta norme inderogabili. In questi settori è concepibile una soluzione conciliativa a condizione che essa sia "assistita", ossia che le parti non vi giungano da sole. Tipico è il settore del lavoro, nel quale sono "buone" le transazioni raggiunte o di fronte al giudice o di fronte ad organismi sindacali o alla commissione provinciale di conciliazione presso l'ufficio del lavoro.

A mio parere la delega avrebbe anche potuto prestare maggiore attenzione alla distinzione appena accennata tra conciliazioni ammissibili, ma necessariamente assistite, e conciliazione ammissibili *tout court*. Si poteva fare un quadro generale di esse. Ma soprattutto si poteva rinviare ad organismi generali di gestione di tali conciliazioni, da poter utilizzare oltre a quelli specifici per quel certo settore. Nella delega, ad esempio, alla let. e) del 3° comma, è prevista la possibilità per i consigli degli ordini degli avvocati di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che per il loro funzionamento si avvalgono del personale degli stessi consigli. Ebbene si poteva attribuire a questi organismi l'abilitazione a gestire ogni conciliazione necessariamente assistita.

Insomma, la delega, quando precisa che la conciliazione ha come suo limite naturale la disponibilità dei diritti in gioco, con ciò fa emergere un rilievo in fondo scontato in se, ricavabile già dal codice civile. Una maggiore prospettiva, invece, si sarebbe assunta ove in essa si fosse affrontato in modo organico il problema di quei settori nei quali, venendo in gioco norme inderogabili, le soluzioni negoziali stragiudiziali esigono qualche cautela. Tali cautele sono sempre necessarie quando i litiganti vogliono intraprendere un percorso alternativo al processo statale. Se la scelta va in direzione dell'arbitrato, soccorre la necessaria impugnabilità del lodo, emettendo il quale l'arbitro deve sempre applicare dette norme. Insomma, il legislatore, lungi dall'impedire l'arbitrato, si assicura del rispetto delle norme inderogabili lasciando in ogni caso alla parte soccombente la possibilità d'impugnare il lodo di fronte alla Corte d'appello competente lamentando un *error in iudicando* (art. 829, 3° e 4° comma, c.p.c.). A ciò si aggiunge a volte anche una cautela iniziale, ossia la previsione che la stipula del patto compromissorio individuale possa avvenire solo a valle di una clausola compromissoria stipulata dalle associazioni sindacali, necessità imposta per le liti di lavoro.

Per la conciliazione la questione è più complicata, perché si doveva e si dovrebbe rispondere alle domande: 1) si può fare la conciliazione? 2) in caso di risposta affermativa, con quali cautele si può fare, tali da garantire la protezione di quegli interessi sottesi alla norma inderogabile? 3) se la garanzia, che esclude l'invalidità dell'accordo eventualmente raggiunto, deriva essenzialmente dalla necessità che il percorso conciliativo sia gestito da un organismo, qual è la disciplina generale su questo percorso e quali sono questi possibili organismi?

4. Principi della delega

I singoli principi della delega saranno analizzati in raffronto alle disposizioni dello schema di decreto legislativo, ripartendo la trattazione tra le varie questioni in campo. Per il momento credo che sia utile, per un verso, far emergere solo le fonti ispiratrici generali a cui il delegante ha voluto rinviare il delegato e, per altro verso, sottolineare su quali importanti snodi della mediazione il delegante non abbia fatto alcuna scelta.

Dal primo punto di vista il Parlamento, volendo giungere alla formazione di un testo organico sulla mediazione, scopo evidente anche quando nel 2° comma dell'art. 60 l. 69/2009 si dice che la riforma dovrà realizzare "il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti", indica due fonti ispiratrici di carattere generale:

- a) la disciplina comunitaria (comma 2 e comma 3, let. c),
- b) la disciplina della conciliazione stragiudiziale in materia societaria (comma 3 let. c)).

Il richiamo alla disciplina comunitaria implica essenzialmente la necessità di dare attuazione alla Direttiva 52/2008 qui già citata¹⁰, che, come recita il suo art. 1, 1° comma, ha lo scopo di "facilitare l'accesso alla risoluzione delle controversie promuovendo il ricorso alla mediazione e garantendo un'efficace relazione tra mediazione e procedimenti giudiziari"¹¹. Essa ovviamente rappresenta un punto di riferimento per garantire l'uniformazione delle legislazioni statali in materia di mediazione. È vero che il suo campo di applicazione è quello delle controversie transfrontaliere (art. 1, 2° comma), ma è anche vero che lo stato italiano ben può costruire un quadro normativo uniforme sia per le liti transfrontaliere sia per le liti interne, cosa molto opportuna. Del resto è nel Considerando (8) della Direttiva che si ricorda come "nulla

¹⁰ Cfr. SANTI, *op. cit.*, 98 ss., nel quale si ritrova anche una breve sintesi della storia passata e recente. Il primo segnale di attenzione della comunità al problema emerge dall'approntamento del libro Verde della Commissione del 16 novembre 1993 "sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico", nel quale si fa una ricognizione delle procedure stragiudiziali esistenti negli stati membri e sulle difficoltà di applicazione di tali procedure nelle liti transfrontaliere. Successivamente la Commissione adotta due Raccomandazioni che fissano alcuni principi da applicare alle procedure stragiudiziali per la risoluzione delle controversie che coinvolgono diritti dei consumatori. La prima Raccomandazione del 30 marzo 1998 (98/257/CE) fissa dei principi generali in materia di ADR, quindi non solo con riferimento alle procedure facilitative (indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza), chiedendosi poi agli stati membri di verificare se gli organi che gestiscono le procedure stragiudiziali sono in linea con detti principi. La seconda Raccomandazione del 4 Aprile 2001 (2001/310/CE) si riferisce, invece, solo alle procedure che si limitano ad un tentativo di avvicinamento delle posizioni delle parti per indurle a trovare un accordo per superare la loro controversia. Essa fissa i principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità, che devono essere rispettati quando nella procedura interviene un terzo. La Comunità prosegue il suo cammino per incentivare le procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie, anche al di là del settore consumeristico, con la presentazione, il 19 aprile 2002, del Libro Verde relativo ai "modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale". Con esso ci si pone l'obiettivo di avviare un'ampia consultazione tra i soggetti interessati alle ADR su problemi giuridici di esse. Il Libro parte dal presupposto che le ADR rappresentano una priorità politica per le istituzioni dell'Unione europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo e di cercare di garantirne la qualità. Detta consultazione finisce con una proposta di Direttiva, poi approvata il 21 maggio 2008 (2008/52/CE) relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che deve trovare attuazione entro il 21 maggio 2011.

¹¹ Sulla Direttiva in parola vedi GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. Proc.* 2009, 357 ss.

dovrebbe vietare agli stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”.

Detto richiamo ha una sua valenza soprattutto in riferimento a questioni sulle quali, mentre la Direttiva comunitaria si esprime, la delega, invece, come meglio vedremo, nulla dice, come ad esempio in riferimento alla c.d. conciliazione delegata o a garanzie essenziali della mediazione come l'esigenza della riservatezza.

Ma fondamentale è anche l'altro richiamo di carattere generale: quello effettuato al d.lgs. n. 5/2003 in materia societaria. Per la verità, a tal proposito la delega è particolarmente generica, in quanto la let. c) del comma 3° dice che il legislatore delegato potrebbe *anche* ispirarsi a detta disciplina, con la conseguenza che questa potrebbe anche non ispirare alcunché. Una simile dicitura lascia seri dubbi sulla legittimità costituzionale della legge-delega. Tuttavia, prima di vedere quanto lo schema di decreto legislativo abbia tratto ispirazione dalle norme sulla conciliazione stragiudiziale societaria, si ricordano brevemente i principi essenziali di questa disciplina. In essa:

a) è disciplinata una conciliazione stragiudiziale del tutto libera, nel senso che non è imposto alcun tentativo di conciliazione preliminare al giudizio;

b) la conciliazione stragiudiziale può essere disciplinata dalle norme del d.lgs. n. 5/2003 solo se gestita da organismi accreditati ossia iscritti in apposito Registro presso il Ministero della Giustizia;

c) sono previsti incentivi fiscali;

d) la domanda di conciliazione interrompe e sospende i termini di prescrizione e decadenza (questo è un aspetto fondamentale di una disciplina sulla mediazione, perché, mancando previsioni di effetti sostanziali della “domanda di conciliazione”, si potrebbero pregiudicare i contendenti);

e) è prevista per la prima volta una clausola di conciliazione, ossia un nuovo contratto processuale, che ha l'effetto di imporre alle parti (obbligo non di legge, ma assunto negozialmente dalle parti) di tentare la conciliazione prima del giudizio: insomma si prevede un altro contratto che opera a livello di presupposti processuali negativi, come il patto compromissorio, ma con un effetto limitato, perché sulla sua base non si può ottenere il rigetto della domanda, ma solo il momentaneo arresto del processo;

f) il verbale di conciliazione raggiunta è omologabile e quindi acquista efficacia di titolo esecutivo per ogni tipo di esecuzione ed è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale;

g) nel procedimento sono previsti, per un verso l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti nell'eventuale processo successivo e, per altro verso, però, il principio per cui i comportamenti delle parti e la mancata comparizione di una parte è valutata dal giudice della causa nella decisione sulle spese, con ciò, io credo, riferendosi solo alla mancata comparizione di una parte che, però, ha prima aderito al tentativo proposto dall'altra parte¹²; allo stesso tempo è previsto che in caso di fallimento il conciliatore formula una proposta solo se le parti concordemente lo chiedono.

¹² Insomma non credo che qui si possa immaginare di attivare una procedura di mediazione, nominando un conciliatore, al solo fine di verbalizzare la mancata adesione dell'altra parte; piuttosto si deve ritenere che, attivata la procedura, la segreteria dell'Organismo debba interpellare la controparte per averne l'adesione: se c'è l'adesione viene nominato un conciliatore perché si proceda e poi, se non compare la parte che prima aveva aderito, il conciliatore verbalizza questa mancata cooperazione, direi questa violazione di un obbligo di lealtà; se, invece, prima della nomina del conciliatore, la segreteria dell'Organismo non raccoglie l'adesione della controparte, secondo me il tentativo non parte e non viene nominato alcun conciliatore.

Anche questo richiamo può essere assai utile per disciplinare nel decreto delegato aspetti di cui la delega non si è occupata esplicitamente. Valga un solo esempio per tutti: la necessità di collegare alla domanda di conciliazione effetti sostanziali in relazione alla prescrizione e decadenza, esigenza, peraltro, indicata esplicitamente anche dalla Direttiva 52/2008, il cui art. 8 recita: “Gli stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza”.

Per quanto riguarda, poi, le scelte non fatte dal legislatore delegante, mi pare che un assordante silenzio emerga a fronte di due questioni fondamentali:

- a) l'utilizzabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione come filtro per l'accesso alla giustizia,
- b) la possibilità della conciliazione c.d. delegata.

Sul primo punto la delega non prende assolutamente posizione, limitandosi nel comma 3 let. a) ad inserire il, quasi, insignificante inciso “senza precludere l'accesso alla giustizia”, atteggiamento questo che assume, ma più comprensibilmente, anche la Direttiva 52/2008, il cui art. 5, 2° comma, recita: “La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

Ora, la generica indicazione che emerge dalla legge-delega o è stata inutile o voleva far emergere una scelta politica. Se il delegante avesse voluto dire che la disciplina della conciliazione non deve prevedere tentativi obbligatori di conciliazione che, comunque, in una certa misura, impediscono l'accesso alla giustizia, con ciò si sarebbe fatta un'importante scelta politica, sposando la tesi “purista” degli appassionati alla conciliazione, secondo la quale un percorso di mediazione ha senso solo se è liberamente scelto.

Ma, se non era questo il senso dell'inciso in commento, allora in ciò la delega non ha detto nulla di più di quanto ha già detto la Corte costituzionale, secondo la quale i tentativi obbligatori di conciliazione sono ammissibili, ossia non incompatibili con l'art. 24, 1° comma, Cost. purché ovviamente essi, per un verso, non escludano *tout court* l'accesso alla giustizia e, per altro verso, siano strutturati in modo tale da non rendere eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto di azione, la qual cosa poi si verifica ove la necessità del tentativo condizioni l'accesso alla giudici per un tempo limitato. Insomma, l'art. 24/l Cost. dice che lo stato mi deve garantire il diritto di agire di fronte ad un suo giudice, ma ciò non esclude che l'accesso possa in una certa misura essere spostato nel tempo.

Per quanto mi riguarda, ragionando su un piano di pura scelta di opportunità, non posso che ribadire quanto accennavo in precedenza e cioè che non si può pensare che la conciliazione sia la soluzione alla lentezza della giustizia statale, perché ci sarà sempre una parte che vuole approfittare proprio di quella lentezza. La conciliazione può essere favorita dalla legge con una buona disciplina. Ma poi rendere il percorso di mediazione obbligatorio come tentativo non ha molto senso, perché detto percorso giunge alla conciliazione solo quando le parti la scelgono consapevolmente come metodo alternativo, ossia come metodo che non giudica dei diritti, ma che valuta gli interessi sottostanti, ossia le finalità pratiche che sono sottese all'aspirazione ai beni della vita in contestazione. Insomma, un mediatore capace non mira a dare un po' di ragione a ciascuno partendo dalle pretese giuridiche dei litiganti, ma punta a risolvere il conflitto su un piano diverso dalla logica aggiudicativa, nella quale si cerca la ragione ed il torto. Allora è necessario che le parti siano disponibili a percorrere una simile via della ricerca, non della ricerca della ragione, ma della composizione degli interessi, insomma una via secondo un metodo contrattuale. A fronte di ciò il legislatore può solo incentivare la formazione di buoni conciliatori e garantire le procedure, collegando ad esse, se gestite da organismi accreditati, certi effetti giuridici, sia all'inizio sia alla fine, ove si raggiunga l'accordo ed ove non si raggiunga l'accordo. Di conseguenza, sempre ragionando su un piano di

opportunità, a mio parere la strada buona era ed è quella scelta dalla normativa sulla conciliazione stragiudiziale societaria, che disciplinava l'istituzione di meccanismi accreditati e garantiva le procedure conciliative, senza imporre per legge il previo tentativo di conciliazione nelle liti societarie. E buona era stata anche la scelta della Commissione Vaccarella nel senso dell'eliminazione dei tentativi obbligatori di conciliazione e nel senso di prevedere forme di mediazione non obbligatoria presso soggetti esterni professionalmente qualificati, da attivare nel corso del processo statale col consenso delle parti, comportanti la sospensione del processo stesso.

Passando poi ad un piano di legittimità, a me sembra del tutto inammissibile che il legislatore delegante rilasci una delega praticamente in bianco, delega che, come vedremo tra breve, è stata utilizzata dal Governo per allargare l'area di impiego del tentativo obbligatorio di conciliazione. Insomma, se è del tutto legittimo da un punto di vista costituzionale che il legislatore ordinario faccia ampio uso del tentativo obbligatorio di conciliazione, è pur vero che la scelta tra un modello impositivo di conciliazione e un modello facoltativo ed incentivato non può essere fatta dal Governo in sede di decreto delegato.

Neanche sulla conciliazione c.d. delegata il Parlamento ha fatto una scelta, mentre, come vedremo, detto strumento è stato inserito nello schema di decreto legislativo. Ma qui la lacunosità della delega è attutita dal fatto che, dovendosi il delegato ispirare anche alla normativa comunitaria, la Direttiva 52/2008 dà certamente un appiglio alla possibilità ed opportunità di introdurre detto strumento, prevedendosi nel suo art. 5, 1° comma che il giudice possa "se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia" ovvero, in alternativa, semplicemente "invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione". L'introduzione di un simile strumento, già utilizzato in Inghilterra, Francia e Germania, è estremamente utile, perché, una volta iniziato il processo, la sola possibilità per il giudice di tentare la conciliazione giudiziale si presenta come un'arma spuntata ed infatti non credo che vi siano molte conciliazioni giudiziali nella prassi.

Il motivo è duplice. In primo luogo, il giudice non è persona adatta a gestire una mediazione, visto che già culturalmente egli è abituato a risolvere la lite col giudizio e non col negozio, aggiudicando il bene della vita in contestazione, attribuendo il torto e la ragione. In secondo luogo, è evidente come le parti siano sempre restie a scoprirsi più di tanto di fronte a chi dovrà decidere la causa ove il tentativo fallisca.

Da qui l'utilità di un meccanismo che permetta al giudice di delegare ad un terzo estraneo all'apparato giudiziario il compito di tentare la conciliazione consentendo una "pausa" nel cammino del processo.

5. Lo schema di decreto legislativo.

Dopo tutte le premesse svolte finora, guardiamo alla riforma dal punto di vista dello schema di decreto legislativo già approntato dal Governo, analizzando anche il rapporto tra le disposizioni in esso contenute e le previsioni della delega, sia quelle specifiche su singole questioni sia quelle generiche che, come abbiamo detto, rinviano a fonti ispiratrici di carattere generale, quali la Direttiva 52/2008 e il d.lgs. n. 5/2003, che, peraltro, è abrogato dall'art. 23 del decreto, essendo ormai la sua disciplina assorbita in quella generale in commento.

Per ragioni puramente espositive distingueremo due aspetti. Per un verso analizzeremo la disciplina delle varie questioni di cui era necessario che il legislatore si occupasse per favorire l'uso e la diffusione della conciliazione, seguendo l'ordine di quelle quattro ragioni che abbiamo detto essere sottese ad ogni intervento legislativo in materia di mediazione. Per altro verso analizzeremo le previsioni del decreto delegato che esplicitano quelle scelte che, come ho già detto, il legislatore delegante non ha voluto fare in materia di conciliazione delegata e di ampliamento nell'uso del tentativo obbligatorio di conciliazione.

6. Effetti sostanziali della domanda di conciliazione.

Abbiamo detto che una delle ragioni che spinge il legislatore a disciplinare la mediazione, al fine di favorire il suo impiego come strumento alternativo di soluzione delle controversie, sta nella necessità di eliminare alcuni inconvenienti che si determinerebbero ove operassero per essa le sole norme del codice civile, inconvenienti che potrebbero scoraggiare gli interessati a seguire il percorso della mediazione. A tal proposito è fondamentale una disciplina degli effetti sostanziali della “domanda di conciliazione”.

Come abbiamo già visto, su questo aspetto la delega non diceva nulla di esplicito, ma, richiamando in generale la possibilità per il delegato di estendere la disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria (comma 3, lett. c)), si può dire che compito del Governo era anche quello di occuparsi di questa importante questione, sulla quale, del resto, pone l'accento anche la Direttiva 52/2008, all'art. 8.

L'importanza di una simile disciplina è evidente, perché, se le parti devono poter ricorrere alla procedura conciliativa senza correre il rischio di incorrere in prescrizioni o, come è più probabile, in decadenze, la sola applicazione del codice civile potrebbe attribuire ad un'istanza di conciliazione al più l'effetto della costituzione in mora, ossia l'interruzione della prescrizione nei diritti di obbligazione (nessun effetto interruttivo della prescrizione per i diritti reali e i diritti potestativi; nessun effetto di impedimento della decadenza).

Il decreto delegato si occupa del problema nell'art. 5, 6° comma, disciplinando gli effetti sostanziali della “domanda di conciliazione”. Quando si producono detti effetti e quali sono?

Detti effetti sono collegati alla “comunicazione alle altre parti” della domanda di mediazione. L'art. 4, 1° comma, del decreto dice che la domanda di mediazione è presentata mediante deposito di un'istanza presso un Organismo. L'art. 8, 1° comma, poi, disciplinando il procedimento, prevede che, dopo il deposito della domanda, il responsabile dell'Organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre 15 giorni dal deposito della domanda, dandone immediata comunicazione all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Quindi, l'istante che voglia essere diligente non può comunque comunicare la domanda di mediazione all'altra parte prima che il responsabile dell'Organismo non abbia designato un mediatore e fissato il primo incontro. Ora, un simile meccanismo, almeno in una certa misura, pone l'interessato in balia dell'attività dell'Organismo. Ma, soprattutto in riferimento ad un termine di decadenza, una cosa del genere non mi sembra ragionevole. Ed, allora, sarebbe forse stato opportuno, pur collegando la produzione dell'effetto sostanziale alla comunicazione della domanda all'altra parte, far retroagire detto effetto al momento del deposito della domanda stessa.

Per quanto riguarda la tipologia degli effetti sostanziali che la domanda di mediazione produce il modello era la disciplina societaria. Questa prevedeva:

1) in riferimento al termine di prescrizione l'effetto interruttivo e sospensivo, con la conseguenza che in caso di fallimento del tentativo il termine di prescrizione doveva ricominciare a decorrere per intero dal momento del deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'Organismo¹³;

2) in riferimento alla decadenza era prevista l'interruzione e la sospensione del termine di decadenza¹⁴, con esclusione, quindi, dell'applicabilità dell'art. 2967 c.c., ai sensi del quale, se la decadenza è impedita, valgono le norme sulla prescrizione; così, facendo l'esempio del socio sfornito di legittimazione ad impugnare la delibera di spa (art. 2377 c.c.) che può chiedere il risarcimento danni entro 90 gg, il meccanismo era il seguente: effettuando il tentativo di conciliazione entro 90 gg., il socio con ciò non

¹³ Nell'art. 410, 2° comma, c.p.c., in materia di lavoro, è previsto, invece, solo l'effetto interruttivo e non anche quello sospensivo.

¹⁴ Nell'art. 410/2° comma, c.p.c., sempre in materia di lavoro, è previsto, invece, unicamente l'effetto sospensivo: fallito il tentativo all'interessato resta solo il termine residuo.

impediva la decadenza *tout court*, ma la impediva solo momentaneamente, avendo egli, dopo il fallimento del tentativo, 90 gg. per agire¹⁵.

Il decreto si ispira alla disciplina del societario, ma con un correttivo cogliendo alcune critiche che le erano state rivolte¹⁶. L'art. 5, 6° comma, prevede:

1) la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale, quindi interruzione e sospensione del relativo termine;

2) sulla decadenza si ha un effetto interruttivo e sospensivo, ma per una sola volta: questa è la disciplina anche se la legge usa espressioni improprie. In essa si parla di impedimento per una sola volta, nonché di necessità di proporre la domanda giudiziale entro il medesimo termine di decadenza in caso di fallita conciliazione. Ora, parlare di impedimento per una sola volta non ha senso, perché la decadenza o si impedisce o non si impedisce. Se essa è impedita, si applica l'art. 2967 c.c., per cui il diritto rimane soggetto solo alle norme sulla prescrizione. Ma, allora, è evidente come qui non vi sia propriamente un impedimento della decadenza e come il senso della disposizione si comprenda col seguito di essa in riferimento al termine per esercitare l'azione in giudizio. Ecco allora che emerge semplicemente quella che era la disciplina del societario: la domanda di mediazione, lungi dall'impedire la decadenza, interrompe e sospende il termine di decadenza, per cui, se il tentativo fallisce, l'azione in giudizio va esercitata entro l'intero termine di decadenza. Tuttavia, proprio per evitare l'inconveniente che la dottrina aveva paventato¹⁷, il gioco può essere fatto una sola volta: insomma non si può mantenere aperto all'infinito un termine di decadenza reiterando domande di mediazione.

Quale ultima considerazione si tenga presente come detti effetti sostanziali presuppongano che nella domanda di conciliazione sia individuato il diritto "fatto valere". Quindi perché essi si producano è necessario che detta domanda abbia dei requisiti di contenuto minimi in base alle note regole che consentono, nell'ambito di un processo dichiarativo, d'individuare nell'atto di citazione o nel ricorso il diritto fatto valere. Del resto, in sintonia con questa considerazione l'art. 4, 2° comma, del decreto dispone che l'istanza "deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa", con ciò avvicinandosi molto al contenuto che deve avere una domanda che instaura un processo dichiarativo. Ma, ovviamente, non potendosi qui parlare propriamente di un processo, non è neanche immaginabile che si prospettino delle nullità processuali¹⁸. Per cui, la carenza delle indicazioni di cui al citato art. 4, 2° comma, determinerà semplicemente delle difficoltà nell'avvio della mediazione, che ben possono essere recuperate dal mediatore dopo la nomina, fermo restando l'impossibilità di produrre gli effetti sostanziali di cui sopra discusso fino a quando l'oggetto della lite non sia specificamente individuato.

¹⁵ Questa disciplina era criticata da LUISO, *op. cit.*, 1260, perché, egli dice, essa rischiava di lasciare aperta potenzialmente all'infinito la pendenza del termine di decadenza (magari con più domande di conciliazione).

¹⁶ Mi riferisco a quanto appena detto nella nota precedente.

¹⁷ Vedi sempre la critica di Luiso.

¹⁸ Né, aggiungo, si possono porre problemi di competenza, come rileva anche la relazione governativa. Insomma le parti possono scegliere l'Organismo che preferiscono, quello, dice la citata relazione, "ritenuto maggiormente affidabile". Ma questa scelta non è per niente indolore, almeno quando le parti non sono d'accordo. Invero, è possibile che la parte che si attiva per prima scelga un Organismo a lei più vicino, anche territorialmente, sfavorendo con ciò l'altra parte. Né questa può sperare di cambiare le cose, perché essa, quand'anche volesse a sua volta proporre una domanda di conciliazione presso un diverso Organismo, si troverebbe "attratta" dal procedimento di mediazione che la sua controparte ha attivato per prima. A questo proposito l'art. 4, 1° comma, recita: "In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione". Francamente non vedo come possa ritenersi ragionevole che colui il quale fa la prima mossa possa vincolare la controparte all'Organismo da lui scelto!

7. “Rafforzamento” dell’efficacia dell’accordo raggiunto.

Se la mediazione riesce si giunge alla conciliazione della controversia. Questo risultato, alla luce dell’art. 11 dello schema di decreto legislativo può essere raggiunto in due modi. Può essere che le parti trovino da sole i termini dell’accordo, ed allora il mediatore si limiterà a formare il processo verbale. Oppure può essere che, non trovando esse l’accordo, sia il mediatore a fare una proposta, alla quale poi le parti aderiscono¹⁹. In ogni caso, raggiunta la conciliazione, siamo di fronte ad una soluzione negoziale autonoma della lite, che, come tale, ha almeno gli effetti di un qualsiasi contratto.

Qui emerge un altro importante compito del legislatore che, se vuole favorire l’uso della mediazione come mezzo alternativo per la soluzione delle liti, deve attribuire all’accordo raggiunto, ossia alla conciliazione, degli effetti che esso altrimenti non avrebbe in base alle sole norme del codice civile²⁰.

Sul piano del vincolo giuridico corrente tra le parti in riferimento alla norma concreta fissata non vi è nulla da aggiungere alla previsione dell’art. 1372 c.c. per cui il contratto ha forza di legge tra le parti. Ma non è escluso che dopo l’avvenuta conciliazione una delle parti che deve porre in essere una prestazione non si adegui. Emerge allora il problema dell’attuazione o se si vuole della realizzazione forzata dei diritti, problema che, se probabilmente riguarda più le sentenze delle conciliazioni, posto che le parti dovrebbero essere meglio disposte ad adeguarsi ad una soluzione della lite di questo tipo piuttosto che ad una soluzione eteronoma, non può tuttavia essere del tutto eliminato.

Ora, mentre una sentenza di condanna ha ogni potenzialità esecutiva, così non è per il contratto. Questo ha una limitata efficacia esecutiva solo se documentato con atto pubblico (che può fondare un’esecuzione per espropriazione ed un’esecuzione per consegna o rilascio) o con scrittura privata autenticata (che può fondare solo un’esecuzione per espropriazione). È opportuno allora che il legislatore preveda esplicitamente un’efficacia esecutiva per l’accordo conciliativo. Detta esigenza si è posta al legislatore delegato alla luce della delega in maniera netta e chiara, per tre indicazioni in tal senso. La prima proveniente dal generico richiamo alla disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria. La seconda proveniente dallo specifico richiamo contenuto nella let. s) del comma 3, che esplicitamente imponeva al Governo di “prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale”. La terza, ancorché più ambigua, proveniente dalla Direttiva 52/2008, nella quale, se il considerando (19) esprime nettamente detta opportunità, nell’art. 6 sembra che la possibilità di chiedere ed ottenere da un giudice statale l’*exequatur* esiga l’accordo di tutte le parti, cosa comunque che non impedisce ad un legislatore nazionale di consentire detto *exequatur* anche sulla base della richiesta del solo interessato.

L’art. 12 del decreto attua l’indicazione della delega, rafforzando la conciliazione, previa omologazione, con l’attribuzione ad essa dell’efficacia esecutiva per ogni tipo di esecuzione forzata e stabilendo che essa è titolo per iscrivere ipoteca giudiziale. Su questa norma valgono i seguenti rilievi:

1) l’efficacia di titolo esecutivo è attribuita propriamente al verbale di conciliazione e non solo all’accordo tra le parti: quindi, come accade in generale per gli altri contratti, non è l’accordo in sé ad essere titolo esecutivo, bensì la sua documentazione, ossia il verbale, al quale è essenziale anche la firma del mediatore;

2) non è prevista alcuna disciplina procedimentale per l’omologazione; si prevede solo una norma di competenza funzionale, ossia che l’omologazione è data dal presidente del tribunale, e due norme di competenza per territorio: una per le liti interne secondo la quale è competente il presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l’Organismo che ha gestito la mediazione ed una per le liti transfrontaliere per le quali (attuando la richiesta contenuta nel 3° comma dell’art. 6 della Direttiva 52/2008) è indicato come

¹⁹ A tal proposito il 2° comma dell’art. 11 specifica che, comunicata alle parti per iscritto la proposta di conciliazione. Queste hanno sette giorni per rispondere, aggiungendo che la mancata risposta nel termine comporta il rifiuto della proposta. Sul fallimento della mediazione vedi poi.

²⁰ Su tutt’altro piano si pone la previsione di agevolazioni fiscali: cfr. l’art. 17 dello schema di decreto legislativo.

competente il presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione; in mancanza di ogni altra disposizione, credo che si applichi il rito camerale; però, vista l'ambiguità dell'art. 6 della Direttiva 52/2008, non si capisce se in Italia la conciliazione per liti transfrontaliere possa ricevere l'*exequatur* solo su istanza dell'interessato o è necessario l'accordo di tutte le parti;

3) è detto qualcosa sui limiti dell'accertamento che deve essere compiuto dal presidente del tribunale; nella disciplina societaria si prevedeva solo un controllo sulla regolarità formale, mentre in questo art. 12 si prevede molto di più, quando si dice che il giudice deve valutare anche la contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative; ciò significa che il presidente del tribunale deve accertare: l'esistenza del verbale di conciliazione (le firme e l'iscrizione dell'Organismo al Registro ministeriale), l'incidenza della conciliazione nel campo di applicazione della normativa, ossia che si tratti materia civile e commerciale, la disponibilità dei diritti in gioco; detti accertamenti hanno sempre natura sommaria, sia come struttura cognitiva sia come valenza dell'accertamento compiuto, perché, per fare un solo esempio, in ogni caso non può essere impedita un'impugnativa negoziale dell'accordo conciliativo col quale si faccia valere la sua nullità per contrarietà all'ordine pubblico o alle norme imperative; per quanto riguarda più specificamente la formazione del titolo esecutivo, bisogna fare i conti con i possibili rimedi avverso la decisione del presidente del tribunale; se questi concede l'*exequatur*, il contro-interessato potrà sempre fare opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., per contestare la sussistenza delle condizioni; se, invece, l'*exequatur* è negato, colui che lo aveva chiesto probabilmente può fare reclamo;

4) la lacuna più grave riguarda le ipotesi in cui l'accordo contiene obbligazioni non fungibili, quindi non attuabili in via esecutiva (si pensi a obblighi facere infungibili o ad obblighi di non fare): qui l'art. 614-bis c.p.c. prevede che la misura coercitiva possa essere data dal giudice che pronuncia un provvedimento di condanna, escludendo quindi che essa possa essere concessa dal giudice dell'esecuzione; stando così le cose, non si può pensare che il giudice dell'*exequatur* accerti i presupposti della misura, perché i limiti dei suoi accertamenti non lo prevedono; né credo che si possa immaginare che la misura sia richiedibile in un apposito processo dichiarativo, perché essa rappresenta solo una misura esecutiva e non un autonomo diritto che potrebbe essere accertato con forza di giudicato in un autonomo processo; né ancora credo che possa aiutare il 7° comma dell'art. 140 cod. cons., in cui si prevede un procedimento camerale per ottenere una misura coercitiva con cui rafforzare la conciliazione stragiudiziale omologata condotta di fronte ad un organismo accreditato, perché detta previsione rafforza in realtà l'idea per cui non esiste un diritto alla misura coercitiva di carattere generale come possibile oggetto di autonomo processo, prevedendo non la percorribilità della via del processo dichiarativo ordinario, ma appunto la percorribilità del rito camerale: resta una previsione eccezionale; allora, quando sono in gioco obbligazioni infungibili, in sede di conciliazione è bene prevedere penali, come avviene nei contratti che fondano quelle prestazioni, altrimenti l'interessato si potrebbe trovare costretto ad instaurare un ordinario processo dichiarativo nel quale chiedere: la condanna alla prestazione già riconosciuta nella conciliazione più la concessione della misura coercitiva. È a questa prospettiva che si rivolge l'ultimo inciso del 1° comma dell'art. 11 del decreto attuativo, il quale recita: "L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento". Ma è evidente come questa disposizione, lungi dal rappresentare la previsione di una misura coercitiva in senso proprio, non essendo di fronte ad un provvedimento del giudice di tipo esecutivo, rinvii solo alla possibilità che le parti stabiliscano delle penali nell'accordo conciliativo, possibilità in generale concepibile nell'ambito di qualsiasi contratto. Oltretutto la previsione è di carattere generale e non si riferisce specificamente alle obbligazioni infungibili.

8. Creazione di un ambiente che favorisca la conciliazione

Per favorire la conciliazione bisogna avere mediatori preparati ed imparziali ed è necessario garantire la riservatezza della procedura.

Al fine di favorire la conciliazione punti di partenza importanti sono gli articoli 4 e 7 della Direttiva 52/2008.

Il primo, indirizzato a ricercare la qualità della mediazione, recita: “1. Gli stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l’elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l’ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione./2. Gli stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”.

L’art. 7, occupandosi dell’importante garanzia della riservatezza, recita: “Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell’amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesso con lo stesso, tranne nei casi in cui:

a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all’integrità fisica o psicologica di una persona; oppure

b) la comunicazione del contenuto dell’accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell’applicazione o dell’esecuzione di tale accordo./ Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione”.

Quindi dalla Direttiva emerge un dovere di riservatezza che comprende sia il caso della mediazione che non ha condotto alla conciliazione sia quello, al contrario, in cui la conciliazione c’è stata. Una garanzia questa molto importante, ma che nella delega non trova alcun cenno. Ad essa, allora, il legislatore delegato ha potuto attingere in virtù di due spunti che emergono nella delega: 1) il richiamo, effettuato nel comma 2 e nel comma 3, let. c), alla necessità di tenere conto della normativa comunitaria e il richiamo nel comma 3, let. c) alla disciplina sulla conciliazione societaria, che all’art. 40, comma 3, prevedeva tale garanzia di riservatezza, ancorché in modo riduttivo rispetto all’art. 7 della Direttiva, perché non si prevedeva esplicitamente un’impossibilità di essere chiamato a testimoniare, ma solo l’inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di mediazione.

Il decreto presta particolare attenzione alla garanzia della riservatezza agli articoli 9 e 10, disciplinandola sia all’interno della mediazione sia all’esterno.

All’interno della mediazione il problema riguarda il caso che il mediatore tenga sessioni separate, cosa molto utile al fine di trovare gli interessi delle parti per poi comporli. La norma prevede che il mediatore debba tenere riservate le dichiarazioni che ciascuna parte fa nelle sessioni separate, a meno che il dichiarante non consenta di riferire all’altra parte.

All’esterno si sancisce un obbligo del mediatore e di chiunque presta il proprio servizio nell’Organismo (quindi non solo il mediatore) di non riferire quanto dichiarato dalle parti e quanto egli sia venuto a sapere in base alle informazioni acquisite.

Inoltre l’art. 10 prevede esplicitamente l’inutilizzabilità, salvo diverso accordo delle parti, delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nella procedura conciliativa di fronte al giudice e l’inammissibilità della prova testimoniale. Si specifica che il mediatore non può essere tenuto a testimoniare.

La detta previsione dell’art. 10 è molto ampia. Sulle dichiarazioni ed informazioni acquisite nella procedura di mediazione vi è una generale previsione di inammissibilità della prova testimoniale, per cui, non solo il mediatore o altri soggetti impegnati dall’Organismo, compreso l’eventuale perito, non possono testimoniare, ma anche le parti: qui c’è una previsione di inammissibilità della prova testimoniale sull’oggetto, ossia su quanto è accaduto nella mediazione. Inoltre le dichiarazioni ed informazioni acquisite in mediazione sono comunque inutilizzabili, a prescindere dalla prova testimoniale: insomma è materiale che nel giudizio non può emergere in alcun modo

Sulla necessità di garantire la preparazione dei mediatori la delega non dice nulla di esplicito. Essa si limita a considerare implicitamente affidabili gli Organismi costituiti dalle Camere di commercio (let. c)) e dagli Ordini degli avvocati o da altri ordini (comma 3, lett. e), f), g) ed h)), riconoscendo ad essi il diritto

all'iscrizione nel Registro ministeriale²¹. Ma, per fare un solo esempio, essere avvocati non significa essere capaci a svolgere un'attività di mediazione. Qui ci vorrebbe la previsione della necessità di acquisire una preparazione specifica. Comunque in attuazione della let. d) della delega gli Organismi possono essere istituiti anche da altri enti e i requisiti di iscrizione nel Registro saranno stabiliti in un decreto ministeriale.

L'art. 16 dello schema di decreto mi dice tre cose degne di rilievo:

1) oltre agli Organismi che già nella delega hanno diritto all'accreditamento (quelli costituiti da: a) camere di commercio b) ordine degli avvocati c) altri ordini per la sola mediazione in particolari materie²²), possono essere accreditati gli Organismi di altri enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza;

2) fino a quando non ci saranno i decreti del Ministero della Giustizia che stabiliscono i criteri per l'accreditamento e l'approvazione delle indennità, valgono quelli emanati per la conciliazione stragiudiziale societaria (decreti ministeriali nn. 222 e 223 del 2004), ai quali si conformano anche gli Organismi accreditati per la soluzione di controversie consumeristiche previsti dall'art. 141 del codice del consumo;

3) sarà istituito presso il Ministero della Giustizia, con apposito decreto, un albo dei formatori per la mediazione; il citato decreto stabilirà le condizioni di iscrizione a detto albo, il modo di svolgimento della formazione, il modo in cui la partecipazione ai corsi di formazione costituirà requisito di qualificazione professionale (qui si immagina una sorta di formazione permanente dei mediatori come avviene per gli avvocati ed altri professionisti?).

Insomma, in una certa misura il decreto delegato si preoccupa di garantire la preparazione dei conciliatori. Aspetteremo comunque i decreti ministeriali, sperando che non ci siano automatismi, come invece è accaduto in riferimento alla conciliazione stragiudiziale societaria, perché, si ripete, essere avvocato o professore universitario in materie giuridiche o economiche non significa saper gestire una mediazione!

Per quanto riguarda la necessità di garantire mediatori imparziali la delega si esprime nella let. r) del più volte citato comma 3, attribuendo al Governo il compito di "prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni". Ovviamente il mediatore non è un giudice, per cui il problema non è inquadrabile nei termini in cui esso è inquadrabile in un processo. Il requisito di terzietà del giudice implica l'invalidità della sentenza pronunciata da giudice non imparziale, mentre questo non si può dire per la conciliazione, che è un accordo tra le parti. Il mediatore non terzo farà fallire il tentativo, ma certo non si può pensare che la carenza di quel requisito comporti la qualificabilità giuridica in termini d'invalidità dell'accordo raggiunto.

La necessaria aspirazione all'imparzialità del mediatore è attuata nell'art. 14 del decreto legislativo, che, oltre a prevedere obblighi ad essa funzionali, prevede la sostituzione del mediatore non imparziale. Sarà comunque necessario che in ogni regolamento degli Organismi accreditati siano previste modalità di nomina del mediatore che assicurino l'imparzialità, oltre che l'idoneità, al corretto e sollecito espletamento dell'incarico (art. 3, 2° comma, del decreto legislativo).

Altra importantissima questione che si pone all'attenzione di un legislatore che voglia creare un ambiente che favorisca la conciliazione attiene alla disciplina delle conseguenze della mancata conciliazione. In astratto si possono immaginare sistemi diversi: che non resti traccia del tentativo o che si verbalizzi al più il suo fallimento, senza che ciò abbia alcuna successiva conseguenza; che invece resti

²¹ La let. c) della delega rinvia all'istituzione di un Registro degli Organismi di conciliazione presso il Ministero della Giustizia.

²² Alla luce degli articoli 18 e 19 del decreto, ci sono differenze tra gli Organismi degli ordini degli avvocati e gli Organismi degli altri ordini. Precisamente: a) mentre i primi possono gestire ogni conciliazione, i secondi possono gestire solo conciliazioni nelle materie riservate alla loro competenza (es.: inegneristica, informatica, contabile, ecc.); b) solo i primi possono avvalersi dei locali messi a disposizione dal presidente del tribunale; c) se entrambi sono iscritti al Registro ministeriale a semplice domanda, tuttavia gli Organismi degli ordini diversi dagli avvocati sono istituiti previa autorizzazione del Ministero della giustizia.

traccia del fallimento con o senza il consenso delle parti e che vi sia qualche conseguenza negativa per chi non ha cooperato o meglio aderito ad una proposta che poi si rivela vicina se non identica alla soluzione aggiudicativa della lite.

La delega alla let. p) aveva incaricato il Governo di “prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell’accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l’accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un’ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell’art. 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115”. Insomma, nella delega era auspicata una pesante sanzione in sede di spese giudiziarie a carico di colui che non abbia accettato una proposta di conciliazione il cui contenuto venga, poi, riprodotto nella sentenza del giudice che decide la lite. Ma la delega non imponeva che in sede di formulazione del decreto delegato si prevedesse la necessità di una proposta del conciliatore fatta comunque a prescindere dalla richiesta concorde delle parti, scelta che, invece, come ora vedremo, è stata preferita dal Governo.

Questa parte della delega è stata attuata dagli articoli 11 e 13 del decreto legislativo.

Peraltro, prima di analizzare il contenuto di dette disposizioni, a me sembra che sorga preliminarmente un dubbio in ordine al loro ambito applicativo. Le soluzioni immaginabili sono due:

a) si può ritenere che esse valgano solo dopo che le parti abbiano concordemente aderito al tentativo di mediazione, oppure

b) si può ritenere che esse valgano comunque, a prescindere da una preliminare adesione al detto tentativo.

A me sembra che sarebbe opportuna un’interpretazione più liberale, ossia che sia meglio ritenere che dette disposizioni si riferiscano ai soggetti che comunque hanno aderito al tentativo di conciliazione, a meno che non si tratti di un tentativo imposto dalla legge (ma forse anche assunto negozialmente come obbligo dalle parti). Insomma, se al più si può immaginare una sorta di dovere di cooperare nel caso in cui il percorso di mediazione sia imposto dalla legge o autoimposto in base ad una scelta negoziale, non credo che il detto percorso possa andare avanti quando, essendo esso solo una via che le parti concordemente possono scegliere di percorrere, solo una parte mostra di voler fare il tentativo. In questo secondo caso mi sembra francamente difficile pensare che il mediatore debba procedere ed effettuare comunque la sua proposta ed altrettanto difficile mi sembra immaginare una sanzione a carico di chi non ha preso parte alla mediazione. Ma allora, al più, quando la mediazione non è imposta, si può sanzionare chi ha aderito al tentativo e poi non ha cooperato²³.

L’art. 11 dispone che quando l’accordo non è raggiunto spontaneamente dalle parti, il mediatore, a prescindere da una richiesta delle parti stesse, formula comunque una proposta di conciliazione informando le parti delle conseguenze di cui all’art. 13 in un eventuale processo dichiarativo. Insomma, come in un percorso di tipo aggiudicativo, il conciliatore arriva in ogni caso ad esprimere il suo “risponso”. Poi, comunicata la proposta per iscritto, le parti entro 7 giorni comunicano al mediatore la loro accettazione o il loro rifiuto. Se esse non comunicano nulla, la proposta s’intende rifiutata. Quindi, se il tentativo fallisce, il mediatore procede alla formazione del processo verbale allo stesso modo in cui procederebbe in caso di mediazione riuscita: cambia solo il contenuto “di merito”. In caso di fallimento il

²³ Tuttavia, non mi sembra che sia quella da me proposta l’idea che traspare dalla relazione governativa, nel momento in cui in essa si legge che la piena coincidenza tra il contenuto della proposta e il provvedimento che definisce il giudizio rappresenta la palmare dimostrazione che la parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione ha avuto un atteggiamento nel corso della mediazione poco serio, essendo stata impegnata la giurisdizione per un risultato che la mediazione avrebbe permesso di raggiungere con minori costi di tempo e denaro. Per cui, si aggiunge, qui la disciplina delle spese processuali ha lo scopo di sanzionare la strumentalizzazione sia della mediazione sia del servizio-justizia.

mediatore “forma processo verbale con l’indicazione della proposta e delle ragioni del mancato accordo; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l’autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione”.

A questo punto scattano le previsioni dell’art. 13, che distinguono a seconda che il processo dichiarativo statale (a quello arbitrale dette disposizioni non si applicano, salva diversa previsione delle parti) si chiuda con una sentenza il cui contenuto corrisponde interamente a quello proposto in mediazione ovvero non corrisponda interamente.

Se il contenuto corrisponde interamente, la parte vittoriosa che aveva rifiutato la proposta paga tutte le spese del processo più quelle di mediazione (le sue e quelle dell’avversario che pur ha perso la causa); inoltre il giudice lo condanna a pagare, a favore dello Stato²⁴, una somma corrispondente al contributo unificato dovuto²⁵; inoltre, visto che resta ferma l’applicazione dell’art. 96 c.p.c., il giudice può anche d’ufficio condannare detta parte a pagare una somma equitativamente stabilita a favore della controparte; peraltro, restando applicabile l’art. 92 c.p.c., è anche possibile che, essendovi soccombenza reciproca o concorrendo altre gravi ed eccezionali ragioni, il giudice compensi le spese.

Se il contenuto della sentenza non corrisponde interamente alla proposta conciliativa (ma si vede che ci si avvicina) il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vittoriosa (quindi non la condanna a pagare le spese della parte avversaria) se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni. Peraltro anche qui restano salve le norme del c.p.c.: artt. 91 e 96. Quindi se la domanda è accolta in misura non superiore alla proposta conciliativa il giudice potrebbe anche condannare la parte vittoriosa al pagamento delle spese. Insomma se la proposta conciliativa è 100, bisogna vedere il contenuto della sentenza: se questa dà 99, il giudice potrebbe applicare l’art. 91 c.p.c. (condannando la parte vittoriosa a pagare tutte le spese), se il giudice dà 101, il giudice può applicare solo l’art. 13, 2° comma, del decreto sulla mediazione (addossando al vincitore solo le sue spese). Inoltre anche in questo caso non sembra esclusa l’applicabilità dell’art. 96, 3° comma, con possibile condanna del vincitore a pagare una sorta di pena privata per essere stato sostanzialmente la causa del processo.

Su queste disposizioni si può dire:

a) a me sembra che resti in fondo troppo spazio al potere discrezionale del giudice in una disciplina non proprio limpida;

b) è assurdo prevedere che in ogni caso il conciliatore debba fare una proposta; questa disposizione, che prescinde dalle richieste di parte, tradisce un’idea vessatoria della conciliazione: lo stato vorrebbe con essa sgravarsi del problema giustizia, ma non comprende che il problema non può risolversi in questo modo; inoltre qui siamo di fronte ad una previsione inutile se il conciliatore ha fatto bene il suo mestiere: egli ha fatto emergere gli interessi delle parti e fa un proposta inutilizzabile di fronte ad un giudice che decide sui diritti applicando la legge; se poi il mediatore non sa fare il suo mestiere ed adotta tecniche che guardano alla valutazione dei diritti per stabilire il torto e la ragione, allora la previsione è dannosa, perché le parti eviteranno di scoprirsi di fronte al mediatore, come evitano di scoprirsi di fronte al giudice della lite anche in sede di tentativo di conciliazione di fronte a lui.

Infine possono essere ritenute disposizioni che mirano a favorire la conciliazione quelle che, in combinato disposto delle lett. i) ed l) della delega e degli articoli 3, 4° comma e 8, 4° comma del decreto legislativo, prevedono, per un verso, che gli Organismi di mediazione possano avvalersi di procedure telematiche e, per altro verso, che i mediatori possano avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

²⁴ Precisamente al Fondo Unico Giustizia, istituito dall’art. 2 del d.l. n. 143/2008, convertito con modificazioni, dalla l. n. 181/2008, in quanto detto Fondo è individuato dalla legge-delega come serbatoio per la copertura finanziaria delle spese necessarie all’attuazione della mediazione.

²⁵ La relazione governativa specifica che detta somma è solo parametrata al contributo unificato, ma non ne condivide la natura.

9. Previsioni che hanno lo scopo di favorire la diffusione della cultura della conciliazione.

Già la Direttiva 52/2008 vuol favorire la diffusione delle informazioni sulla mediazione. Nel Considerando (25) si dice anche che gli stati membri dovrebbero incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione, indicazione, però, che non viene ripetuta nell'art. 9, il quale si limita a disporre: "Gli stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione".

La delega si occupa di questo aspetto solo nella let. n), in cui si fa riferimento alla necessità di prevedere "il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione". Detta delega è attuata nell'art. 4, 3° comma, nella quale si prevede una norma quantomeno curiosa. Essa recita: "l'avvocato è tenuto, nel primo colloquio con l'assistito, a informarlo della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto, a pena di nullità del contratto concluso con l'assistito. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione". L'obbligo informativo dell'avvocato nei confronti del suo cliente trova la sua sanzione, in caso di inadempimento, non sul piano della validità della procura e quindi dello *ius postulandi* in giudizio, bensì sul piano della nullità del contratto d'opera.

Personalmente non mi sembra una previsione molto ragionevole. Sul piano culturale, perché, se si voleva responsabilizzare la classe forense, obiettivo in se ragionevole, si sceglie un modo per realizzarlo a dir poco rigido. Tecnicamente perché: a) se la nullità del contratto tra avvocato e cliente comporta che il cliente ha diritto alla restituzione di quanto pagato, tuttavia, ove l'avvocato abbia già svolto delle prestazioni, è anche vero che il cliente avrà goduto di un indebito arricchimento che va compensato; b) se l'informazione deve essere resa nel primo colloquio, per iscritto e documentata in atto sottoscritto dallo stesso cliente, qual è questo primo colloquio? Veramente si vogliono inibire pure le conversazioni telefoniche tra avvocato e cliente?

10. Le previsioni c.d. "autonome" del decreto legislativo.

Restano, infine, due importanti previsioni che possiamo definire "autonome" perché non fondate sulla delega. Mi riferisco alle disposizioni dell'art. 5 del decreto legislativo, che disciplinano, per un verso, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ampliandone l'utilizzo a diversi tipi di controversie, e, per altro verso, alla conciliazione delegata.

Dal primo punto di vista, si impone l'uso del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda in diverse materie, precisandosi che le norme che lo prevedono acquistano efficacia diciotto mesi dopo l'entrata in vigore del decreto in commento e si applicano ai processi iniziati successivamente a quella data (art. 24 del decreto). Le ragioni che hanno fondato la scelta delle materie da coinvolgere sono spiegate nella relazione governativa, ragioni che, condivisibili o meno, possiamo solo riportare per prenderne atto. Dice la relazione: "In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato (...) a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia. Oltre al condominio (...), si è fatto riferimento anzitutto ad alcuni contratti di durata per i quali la condizione di procedibilità non è tra l'altro sconosciuta (locazione, comodato, affitto d'azienda) ovvero ai rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, divisione, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia); poi si sono prescelti rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa). Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere facilmente dipanata in ambito stragiudiziale. In secondo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre

a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso.”

Sull'inciso per cui lo strumento del tentativo obbligatorio di conciliazione “non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 novembre 2006, n. 206, e successive modificazioni, e dal titolo X del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209” la relazione governativa spiega: “Si è ritenuto peraltro opportuno escludere dal raggio applicativo del tentativo obbligatorio le azioni inibitorie e risarcitorie regolate dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo e le azioni risarcitorie previste dagli articoli 137 ss. del codice delle assicurazioni private. Nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di una autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni. Nel secondo caso, già oggi la legge prevede condizioni di procedibilità con lo scopo di favorire la composizione stragiudiziale della vertenza, cosicché un loro cumulo con il tentativo obbligatorio avrebbe l'effetto di differire eccessivamente l'accesso alla giurisdizione della parte danneggiata”.

A parte le considerazioni appena svolte in riferimento alla scelte dei settori in cui far operare lo strumento, considerazioni che paiono ben lungi dall'essere convincenti, per il resto emergono i seguenti principi essenziali, ripresi da esperienze già esistenti:

a) il tentativo è condizione di procedibilità della domanda, nel senso che la necessità del suo esperimento in un dato termine (4 mesi²⁶, non computato nel termine di ragionevole durata del processo) comporta, non propriamente la sospensione del processo iniziato prima del suo esperimento, quanto piuttosto una sorta di dilazione, dovendo il giudice limitarsi a fissare l'udienza dopo la scadenza del termine per l'espletamento del tentativo²⁷;

b) tale impedimento opera solo se eccepito dal convenuto nella comparsa di risposta depositata nel termine (art. 167) ovvero dal giudice nella prima udienza (art. 183);

c) il termine decorre dalla presentazione dell'istanza ovvero dalla scadenza dei 15 giorni che il giudice dà per la presentazione della domanda di conciliazione;

d) l'improcedibilità non può condizionare la richiesta di provvedimenti urgenti e cautelari o provvedimenti possessori nella fase c.d. interdittale né il procedimento ingiuntivo (salva la fase, eventuale, dell'opposizione, dopo che il giudice si sia pronunciato sulla richiesta di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., o sulla sospensione dell'esecutività di cui il decreto sia già munito, ai sensi dell'art. 649 c.p.c.) e per convalida di sfratto o le opposizioni esecutive, nonché i procedimenti in camera di consiglio e l'esercizio dell'azione civile nel processo penale;

e) le parti in possesso delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio sono, ai sensi dell'art. 17, 5° comma del decreto, esonerate dal pagamento dell'indennità spettante all'Organismo²⁸, posto che, come dice la relazione governativa, “una diversa soluzione si porrebbe in contrasto sia con l'art. 24 della Costituzione per il fatto di introdurre un ostacolo ingiustificato all'accesso alla giurisdizione, sia con gli obblighi comunitari previsti dalla Direttiva 2002/8/Ce del 27 gennaio 2003, la quale impone di sollevare le parti, incapaci di sostenere il peso economico del processo, anche dagli oneri necessari allo svolgimento di

²⁶ Questo era il termine massimo previsto nella delega alla let. q). E' appena il caso di rilevare come la previsione di un termine massimo per la procedura di mediazione abbia senso solo quando essa è imposta dalla legge, mentre una simile previsione non può certo riferirsi alle mediazioni che le parti scelgono di tentare.

²⁷ Non è stata, quindi, ripetuta la scelta praticata in riferimento alle liti di lavoro. Ovviamente, mancando un provvedimento sospensivo, non vi sarà neanche un atto di riassunzione del giudizio.

²⁸ Questo esonero non vale ovviamente nel caso in cui la mediazione è scelta dalle parti, anche quando la scelta è stimolata dal giudice in sede di c.d. conciliazione delegata.

procedimenti stragiudiziali, quali la mediazione, quando il ricorso a questi ultimi sia imposto per legge o ordinato dall'organo giurisdizionale (considerando 21 e articolo 10)²⁹;

f) sono salve le disposizioni che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione comunque denominati (art. 23, 2° comma del decreto);

g) il tentativo di conciliazione condiziona anche la procedibilità della domanda arbitrale, in quanto le disposizioni indicate siano con esso compatibili.

Al di là di ogni altra critica, già immaginabile per il lettore, posto che ho già dichiarato in precedenza il mio dissenso rispetto all'uso di questo strumento per cercare di sgravare le aule della giustizia statale³⁰, veramente discutibile a me pare la pretesa di imporre un percorso di mediazione a coloro che hanno scelto la via della giustizia privata. A parte il fatto che non si comprende quali dovrebbero essere le norme del citato art. 5 compatibili con l'arbitrato e quali invece con esso incompatibili, non vedo proprio il motivo per cui le parti debbano pagare questa specie di "tassa" quando non impegnano la giustizia statale. Né, mi pare, è lasciata loro la possibilità almeno di escludere negoziabilmente una simile "tassa". Né ancora di superare il problema nel reciproco silenzio, posto che sembra proprio che gli arbitri possono rilevare d'ufficio l'impedimento, ancorché non sia chiaro quale possa essere la prima udienza nel giudizio arbitrale.

Ragionevole è, invece, la previsione nel comma 5° di questo art. 5 che attribuisce alle parti la facoltà di obbligarsi ad un simile tentativo, disposto che riprende quella che era la disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria.

Sulla conciliazione delegata è prevista una disposizione nel comma 2° dell'art. 5: anche questo tentativo può durare al massimo 4 mesi, tempo non calcolato per stabilire la ragionevole durata del processo. Su di essa, che, come rileva la relazione governativa, ben può essere tentata anche quando non sia riuscito un tentativo obbligatorio di conciliazione, in sintesi si rileva quanto segue:

a) il suggerimento o invito del giudice deve essere accolto favorevolmente da entrambe le parti, altrimenti non se ne fa di nulla: questo invito, che può aversi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, deve ricevere l'adesione delle parti ed allora il giudice fissa l'udienza dopo la scadenza del termine necessario per fare la mediazione (anche qui non c'è un provvedimento di sospensione, ma semplicemente una dilazione); insomma il decreto introduce la conciliazione delegata con una formula prudenziale: il giudice non può spogliarsi della causa unilateralmente, ma vi deve essere appunto l'accordo delle parti; se così è, sorge un dubbio di fronte all'azione di classe di cui al nuovo art. 140-bis del codice del consumo, perché, posto che, come recita l'art. 15 dello schema di decreto legislativo, la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per le adesioni³¹ ha effetto solo nei confronti degli aderenti che vi

²⁹ Quanto, poi, alla giustificazione di far gravare questi costi sugli Organismi di mediazione la relazione governativa rileva: "La scelta di far gravare il costo della mediazione per i non abbonati sugli organismi deputati alla conciliazione, ai quali l'indennità non è in tali casi dovuta, dipende dalla considerazione del valore sociale dell'attività di mediazione, spesso svolta da enti pubblici non economici o nell'ambito di essi (camere di commercio e ordini professionali), e comunque resa obbligatoria in un numero elevato di ipotesi e per controversie di valore spesso molto alto". La qual cosa, poi, mi fa sorgere il dubbio: l'organismo a cui è rivolta una domanda di conciliazione con esonero è obbligato a gestire la mediazione? Ed in caso di risposta affermativa, quale dovrebbe essere la sanzione da irrogare eventualmente all'Organismo riottoso?

³⁰ Ai rilievi già svolti in precedenza si aggiunga anche quello che richiama il problema dei costi della controversia: è evidente che, in caso di fallimento del tentativo, eventualità essa è probabile quando esso è imposto per legge, la parte dovrà sobbarcarsi, oltre ai costi del processo, anche le spese della mediazione, comprendenti le somme da pagare all'Organismo più gli onorari dell'avvocato, che il più delle volte assisterà il suo cliente anche in mediazione. Dove sta la ragionevolezza di una simile scelta? Essa è solo il frutto di un'idea astratta o, peggio, di una malafede del legislatore che, non volendo o non potendo affrontare seriamente i mali della nostra giustizia, offre solo strumenti demagogici e in definitiva dannosi.

³¹ All'azione, esercitata da un membro della classe o da un'associazione consumeristica, le adesioni sopraggiungono dopo che il giudice si sia pronunciato in merito all'ammissibilità della domanda.

abbiano espressamente consentito³², si deve forse ritenere che il giudice che voglia percorrere la strada della conciliazione delegata, debba rivolgere l'invito a tutti gli aderenti e che, quindi, detto percorso sia praticabile solo ove tutti gli aderenti accettino l'invito? A mio parere una simile eventualità non sarebbe ragionevole, perché essa, oltre ad essere difficilmente praticabile nell'ambito di un'azione con centinaia o migliaia di aderenti, si porrebbe in contrasto con la logica stessa dell'azione di classe, che si fonda tutta sull'idea che uno agisca per i tanti; ed allora credo che l'invito del giudice debba coinvolgere solo l'attore di classe, oltre ovviamente al professionista, così come del resto la mediazione sarà svolta solo tra queste due parti, fermo restando che la controversia, ove dovesse essere raggiunto l'accordo, sarebbe definita solo in riferimento ai diritti di quegli aderenti che poi si sentano di approvare espressamente la conciliazione³³;

b) il termine di 15 giorni assegnato per esperire il tentativo ha una valenza puramente ordinatoria, ancorché il suo mancato rispetto potrebbe impedire che la conciliazione giunga prima dell'udienza fissata; ma è evidente come una conciliazione che sopraggiunge successivamente potrà sempre travolgere il processo pendente;

c) non è previsto nulla in riferimento alla parte che prima aderisce alla proposta del giudice e poi non coopera al tentativo: credo che qui si debba applicare l'ultimo inciso del 4° comma dell'art. 11, per cui il mediatore, in caso di esito negativo della mediazione, dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione, con la conseguenza poi di applicare l'art. 13, dal quale derivano possibili sanzioni sul piano delle spese;

d) anche qui ovviamente devono applicarsi gli articoli 9 e 10 in riferimento al principio di riservatezza;

e) anche in questo caso l'accordo raggiunto dovrà essere omologabile, ma non dal presidente del tribunale di cui all'art. 12, ma evidentemente dal giudice della causa, che, fatte le valutazioni dell'art. 12, dovrà, approvata la conciliazione, chiudere il processo;

5) comunque si dovrebbero applicare le norme generali, che valgono a qualsiasi tipo di mediazione tentata o raggiunta.

Mauro Bove

³² Principio in linea con quanto prevede il 15° comma dell'art. 140-bis codice del consumo, ai sensi del quale le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Sembra a tal proposito corretto il rilievo sollevato dal CNF sull'inutilità dell'art. 15 del decreto sulla mediazione. Forse sarebbe stato utile, però, fare una specificazione in relazione al problema che sto per sottolineare nel testo.

³³ L'alternativa a questo meccanismo potrebbe essere ritenere che, espletata la mediazione tra attore di classe e professionista, il consenso degli aderenti debba essere acquisito prima della firma della conciliazione. Ma francamente non ne vedrei né il vantaggio né la necessità giuridica, perché in ogni caso, se l'attore di classe transige, l'azione di classe è destinata a cadere: si tratta solo di vedere quanti singoli consumatori saranno coinvolti da ciò e quanti, invece, manterranno la possibilità di far valere in altro processo i loro diritti individuali.