

**Dalla conciliazione societaria alla
«mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» ***

SOMMARIO: 1.- *Premessa*. 2.- *La «mediazione, volta alla conciliazione» nella direttiva 2008/52/CE e nel d.leg. 28/2010*. 3.- *L'obbligo di informazione del cliente*. 4.- *Procedimento di mediazione e condizione di procedibilità*. 5.- *Il contegno delle parti, la proposta conciliativa del mediatore e il dovere di riservatezza*. 6.- *La mediazione «delegata»*. 7.- *L'accordo conciliativo e l'efficacia esecutiva*.

1.- *Premessa*.

L'art. 23 d.leg. 4 marzo 2010 n. 28, emanato in attuazione dell'art. 60 l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di *mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, ha abrogato gli art. 38 ss. d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, al contempo stabilendo che «i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto».

Le regole della conciliazione societaria¹⁾, dunque, hanno ceduto il passo a quelle, applicabili in via generale in materia di diritti disponibili, della «mediazione volta alla conciliazione»; il ricorso allo strumento conciliativo, da meramente facoltativo (o facoltativamente obbligatorio, in presenza di relativa clausola), è diventato (nelle ipotesi contemplate dall'art. 5, 1° comma, d.leg. 28/2010) obbligatorio e preliminare all'esercizio dell'azione.

Non sono mutate, tuttavia, le opzioni di fondo, favorevoli alla valorizzazione di un sistema «alternativo» di «accesso alla giustizia» di tipo strutturato (organizzato, cioè, attraverso organismi

* Questo breve saggio è destinato alla pubblicazione negli *Studi in onore di Umberto Belviso*.

¹⁾ Sulla conciliazione societaria, v. G. Costantino, *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 - 33, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2009; G. MICCOLIS, *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.legisl. n. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 97 ss.; ID., *Della conciliazione stragiudiziale*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 816 ss.; M.A. ZUMPARO, *Della conciliazione stragiudiziale*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. Luiso, Torino, 2006, 597 ss.; E. MINVERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Società*, 2003, 657 ss.; L. NEGRINI, *Della conciliazione stragiudiziale*, in *Il nuovo processo societario*, cura di S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1043 ss. In particolare, sui regolamenti attuativi, v. E. PICARONI, *Note sui regolamenti di attuazione del D.Lgs. n. 5/2003 in tema di conciliazione stragiudiziale*, in *Società*, 2004, 1424 ss.

stabili e funzionalmente dedicati)²⁾, accompagnato da agevolazioni di carattere fiscale, di tipo non «aggiudicativo»³⁾.

Come tra breve si vedrà, peraltro, alcune delle soluzioni tecniche adottate dal d.leg. 5/2003 sono state riprese dall'ultimo intervento normativo e trapiantate in un contesto parzialmente diverso.

2. La «mediazione, volta alla conciliazione» nella direttiva 2008/52/CE e nel d.leg. 28/2010.

L'intervento normativo in parola si colloca in un contesto europeo fortemente sensibile al profilo della garanzia di un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, comprensivo dell'accesso ai metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

In tale contesto, da ultima, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ha dettato nuove disposizioni in relazione «a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale»⁴⁾.

La direttiva si applica alle controversie transfrontaliere⁵⁾, ma, come si legge nel 'considerando' n. 8, «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni». Inoltre, la direttiva riguarda i casi in cui «un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione», nonché, «per quanto un giudice possa agire come Mediatore ai sensi della legislazione nazionale», la mediazione «condotta da un giudice che non sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla questione o alle questioni oggetto della controversia», ma non si estende «ai tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto

²⁾ Cfr. P. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 785 ss.

³⁾ E' appena il caso di osservare che la diffusione e il successo dello strumento conciliativo, come in generale dei sistemi c.d. «alternativi» di risoluzione delle controversie, presuppongono il buon funzionamento della giustizia civile, poiché la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell'attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite. Si tratta di un dato condiviso: cfr. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*; (M. BOVE) A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 11.

⁴⁾ M.F. 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; ID., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea, id.*, 2006, 463; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione. Quale attuazione?*, in *Riv. Arbitrato*, 2009, 1; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 41.

⁵⁾ La direttiva non si applica, però, alle «alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia» ('considerando' 11) (v. l'art. 1, secondo cui la direttiva non si applica a «i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)»).

del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero ai casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente» (cfr. il 'considerando' 12).

Peraltro, la mediazione di cui alla direttiva:

- «dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento». Tuttavia, «in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione. Inoltre, l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione» (cfr. il 'considerando' 13);

- «dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario» (cfr. il 'considerando' 14; v. anche l'art. 5, 2° comma);

- «non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa peggiore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo. Dovrebbe essere consentito a uno Stato membro di rifiutare di rendere esecutivo un accordo soltanto se il contenuto è in contrasto con il diritto del suddetto Stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione. Ciò potrebbe verificarsi qualora l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo» (cfr. il 'considerando' 19);

- «non dovrebbe incidere sulle norme vigenti negli Stati membri in materia di esecuzione di accordi risultanti da una mediazione» (cfr. il 'considerando' 22)⁶);

- «dovrebbe prevedere un grado minimo di compatibilità delle norme di procedura civile relative alla maniera di proteggere la riservatezza della mediazione in un successivo procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale» (cfr. 'considerando' 23; v. anche l'art. 7).

Inoltre, per incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione, «gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le loro norme relative ai termini di prescrizione o decadenza non impediscano alle parti di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione» (cfr. il 'considerando' 24 e l'art. 8); «il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile» (ad esempio, in base al Reg. n. 44/2001/CE, o al Reg. n. 2201/2003/CE; cfr. il 'considerando' 20); «gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la divulgazione al pubblico di

⁶) Ai sensi dell'art. 6, «1. Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività. // 2. Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta».

informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione» (cfr. il ‘considerando’ 21).

Il d.leg. 28/2010 riproduce tali regole e principi, sia pure soltanto in parte.

In particolare, ferma restando la peculiarità del fine (risolvere il conflitto in base alla concorde volontà delle parti), il decreto, offre una precisa nozione di «conciliazione», identificandola specificamente con l’esito di un procedimento di «mediazione» (v. art. 1, lett. c). Quest’ultima, a sua volta, rappresenta «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» (art. 1, lett. a). Pertanto, il metodo prescelto è quello «consensuale», «facilitativo» ovvero «valutativo» (come detto, non «aggiudicativo»), poiché il soggetto che, individualmente o collegialmente, è chiamato a svolgere la mediazione, resta privo «del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo» (art. 1, lett. b)⁷⁾.

Il rinnovato impulso per l’istituto della conciliazione, peraltro, si pone perfettamente in linea con la consapevolezza che gli accordi risultanti dalla «mediazione volta alla conciliazione» (v. art. 60, 3° comma, lett. a), l. 69/09) hanno elevate probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano «una relazione amichevole e sostenibile tra le parti»⁸⁾. Sotto questo profilo, lo strumento in parola si presta non soltanto a soddisfare esigenze di tipo deflativo, ma anche a rafforzare l’«accesso alla giustizia»⁹⁾.

Vi sono, tuttavia, interferenze tra i sistemi “alternativi”, in relazione non soltanto alle conseguenze nel processo eventualmente promosso a seguito del mancato raggiungimento della conciliazione, delle attività compiute dalle parti e del contegno da esse assunto nel procedimento di mediazione, ma anche all’esito positivo del procedimento necessita comunque dell’omologazione

⁷⁾ Cfr. le definizioni di «mediatore» e «mediazione» contenute nell’art. 3 Direttiva 21 maggio 2008/52/CE, cit, secondo cui «ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente 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. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.

Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall’organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell’ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima;

b) per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione».

⁸⁾ Cfr. il “considerando” n. 6 della Direttiva 2008/52/CE, cit.

⁹⁾ Sulla diversa funzione della conciliazione in materia di diritti indisponibili, cfr. F.P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1206.

giudiziale per l'acquisizione di efficacia sul piano esecutivo. Questi e altri aspetti ¹⁰⁾ sono qui di seguito sinteticamente esaminati.

3.- L'obbligo di informazione del cliente.

In via del tutto preliminare, v'è da considerare l'obbligo di informazione del cliente previsto in capo al difensore.

A tal proposito, l'art. 60, 3° comma, lett. n), l. 69/09 aveva attribuito al Governo il compito 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». Adesso, l'art. 4, 3° comma, d.leg. 28/10 stabilisce che «all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare», chiaramente e per iscritto, «l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione», «delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20» e dei «casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale» ¹¹⁾. La violazione dell'obbligo di informazione è sanzionata con la previsione dell'annullabilità del contratto tra l'avvocato e l'assistito ¹²⁾.

Il testo della disposizione – che, come indicato dall'Ufficio Studi del Cnf nella circolare del 15 marzo 2010, riguarda gli incarichi conferiti in data successiva all'entrata in vigore del d.leg. 28/10, vale a dire dopo il 20 marzo 2010 – nella sua attuale formulazione modifica e tempera le previsioni contenute nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri nell'ottobre del 2009.

Infatti:

1. stabilisce che l'informazione sia fornita dall'avvocato *all'atto di conferimento dell'incarico*, non più dunque durante «il primo incontro con l'assistito»;

¹⁰⁾ La "interferenza" o, per meglio dire, la "vicinanza" tra i sistemi emerge anche dalla previsione secondo la quale «dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale» (v. art. 5, 6° comma). Quindi, la domanda di mediazione produce l'effetto interruttivo (art. 2943, 2° comma, c.c.) e quello sospensivo (art. 2945, 2° comma, c.c.) della prescrizione (per il quale il termine finale dovrebbe essere rappresentato dalla scadenza dei quattro mesi dalla presentazione della domanda stessa presso l'Organismo di conciliazione). Inoltre, la stessa domanda impedisce «la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo».

¹¹⁾ Cfr. le controversie indicate nell'art. 5, 1° comma (v. *infra* nel testo).

¹²⁾ Per il modello di informativa, v. <http://www.consiglionazionaleforense.it/on-line/Home/BancaDation-line/Inevidenza/articolo6379.html>. Il modello è unico sia per le ipotesi in cui il procedimento di mediazione preliminare sia obbligatorio sia per quelle in cui è facoltativo. Sennonché, poiché la condizione di procedibilità connessa alle prime sarà operativa soltanto a partire del 20 marzo 2011, l'informativa, sino a tale data, avrà comunque ad oggetto attività di carattere facoltativo (anche se si tratta di controversie rientranti nelle materie elencate nell'art. 5, 1° comma), per le quali il procedimento di mediazione può essere esperito innanzi agli Organismi di conciliazione attualmente istituiti e funzionanti. Va poi aggiunto che il Cnf, pur non essendo richiesto dal decreto, ha consigliato per ragioni di opportunità di far riferimento all'avvenuto espletamento dell'obbligo di informazione del cliente da parte dell'avvocato anche nel mandato alle liti.

2. sostituisce l'originaria e pesante conseguenza della nullità con quella più blanda dell'*annullabilità*;
3. riferisce quest'ultima al *contratto d'opera professionale*, non alla procura alle liti (anche lo schema di decreto si riferiva al contratto concluso con l'assistito, ma la nullità del contratto stesso non avrebbe comportato l'invalidità della procura, quale atto disciplinato dalla legge processuale, autonomo rispetto alle sorti del contratto di patrocinio¹³);
4. prevede che il documento che contiene l'informazione, sottoscritto dall'assistito, sia *allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*.

Si può, dunque, osservare quanto segue.

Sub 1), lo spostamento dell'obbligo in parola al momento del conferimento dell'incarico appare quanto mai opportuno, poiché libera da inutili formalismi e pastoie il primo contatto tra avvocato e assistito e consente un esame e una valutazione della fattispecie più "rilassato".

Sub 2) e 3), la sanzione dell'*annullabilità* del contratto rimette al cliente l'iniziativa di farne valere il vizio¹⁴), escludendo la rilevabilità d'ufficio. Ciò dovrebbe garantire, secondo una parte della dottrina, «la stabilità del rapporto processuale»¹⁵). Senonché, l'annullamento del contratto pone il problema delle *restituzioni*, sotto un duplice profilo, che riguarda, da un lato, l'iniziativa tramite la quale il cliente, in virtù dell'esito vittorioso dell'impugnativa negoziale, domandi il pagamento delle somme eventualmente già versate al professionista, dall'altro, il diritto di quest'ultimo al compenso per l'opera comunque prestata.

Orbene, esclusa l'applicabilità dell'art. 2231 c.c., che si riferisce alla ipotesi di una «prestazione d'opera professionale di naturale intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge», dalla quale discende la nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, rilevabile d'ufficio, con conseguente esclusione del diritto al compenso del professionista¹⁶) – dovrebbe ritenersi esperibile il regime di cui agli art. 2033 e 2041 c.c. In particolare, l'assistito potrebbe agire per la ripetizione di quanto già corrisposto, ma l'avvocato potrebbe domandare (se non il pagamento in base alle tariffe professionali, quanto meno) un indennizzo¹⁷), facendo valere l'ingiustificato arricchimento a seguito della prestazione effettuata, dimostrando il suo impoverimento (per le spese anticipate e il mancato guadagno, da determinarsi eventualmente anche *ex art.* 1226 c.c., che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della

¹³) Sulla differenza tra procura *ad litem* e c.d. contratto di patrocinio, c. Cass. 16 giugno 2006, n. 13963, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Avvocato*, n. 101.

¹⁴) Secondo la Relazione illustrativa del d.leg. si tratta di una norma c.d. di protezione.

¹⁵) In dottrina, un autore (L. DITTRICH) ha sostenuto (*Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, pagina 10 del dattiloscritto) che «sotto un profilo pratico la norma pare peraltro di impatto limitato, soprattutto ove si osservi che l'esecuzione del contratto ad opera della parte, resa edotta, tipicamente in prima udienza, del motivo di annullabilità, dovrebbe condurre nella maggior parte dei casi, alla ratifica del contratto, pur nato invalido, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1444, secondo comma c.c.».

¹⁶) Cfr. Cass. 6 giugno 2006, n. 13214, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Avvocato*, n. 100.

¹⁷) Sulla quantificazione dell'indennizzo del professionista in tal caso, v. Cass. 10 ottobre 2007, n. 21292, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Arricchimento senza causa*, n. 18 e 22.

sua attività professionale nel relativo periodo di tempo)¹⁸⁾ e il vantaggio conseguito dall'assistito¹⁹⁾).

Per altra via, si potrebbe ricorrere all'art. 2126 c.c. – che riconosce il diritto alla retribuzione anche a fronte di c.d. rapporti di lavoro di fatto – non senza tener presente, però, che la giurisprudenza, sia pure in via di *obiter dictum*, applica la norma oltre che al lavoro subordinato a quello parasubordinato, ma non anche al lavoro autonomo²⁰⁾.

Sub 4), va osservato che altro è l'inosservanza dell'obbligo di informazione, altro la mancata allegazione in giudizio del documento sottoscritto dalla parte. In quest'ultimo caso, non si verifica alcuna conseguenza invalidante, né del contratto di prestazione d'opera professionale, né della procura alle liti, né dell'atto introduttivo. A tal proposito, il legislatore ha dettato una espressa disciplina, in base alla quale il giudice «*se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*».

Pertanto, nelle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità, il giudice, se il procedimento stesso non è iniziato, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e contestualmente fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal suo deposito presso l'Organismo di conciliazione; se, invece, il procedimento è già iniziato, ma non si è concluso, il giudice si limita a fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della domanda. E' appena il caso di osservare che, in tal caso, ciò che rileva non è la mancata produzione in giudizio del documento sottoscritto e neanche l'inosservanza dell'obbligo di informazione, bensì il mancato espletamento in sé della condizione di procedibilità. Infatti, deve ritenersi che, ove il procedimento di mediazione sia stato comunque esperito e di ciò si dia dimostrazione in giudizio, l'inosservanza dell'obbligo di informazione (e, di conseguenza, la mancata allegazione del relativo documento) sia destinata a non produrre alcuna conseguenza invalidante.

Nelle altre ipotesi (tutte, sino al 20 marzo 2011), il giudice deve limitarsi a fornire alla parte (personalmente in udienza ovvero per il tramite dell'avvocato) le informazioni che questa avrebbe dovuto ricevere «all'atto di conferimento dell'incarico», relative alla possibilità di esperire il procedimento di mediazione.

Infine, va ricordato che, sebbene sul piano disciplinare non sia stabilita alcuna espressa conseguenza per l'inosservanza dell'obbligo di informazione, ciononostante, ai sensi dell'art. 40 del codice deontologico, l'avvocato ha l'obbligo di «informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili. [...]».

4.- Procedimento di mediazione e condizione di procedibilità.

Il procedimento di mediazione va esperito obbligatoriamente, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, prima di esercitare in giudizio «un'azione relativa ad una controversia in

¹⁸⁾ Cfr. Cass. 29 marzo 2005, n. 6570, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Arricchimento senza causa*, n. 8 e *Giust. civ.*, 2006, I, 936.

¹⁹⁾ Cfr. Cass. 24 novembre 2003, n. 17860, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Arricchimento senza causa*, n. 16.

²⁰⁾ Cfr. Cass. 10 gennaio 1990, n. 14, *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 441.

materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari» (art. 5, 1° comma)²¹). Ai sensi dell'art. 24, 1° comma, «le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati» (vale a dire, dal 20 marzo 2011)²²).

Allo stesso modo, è obbligatorio, per le materie ivi regolate, il previo esperimento del procedimento di conciliazione innanzi alla Commissione di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari, in relazione alla violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (cfr. d.leg. 179/07), nonché di quello istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* d.leg. 385/93, e successive modificazioni, in materia bancaria e creditizia.

Il procedimento non va esperito prima della proposizione di una domanda in via d'urgenza o cautelare, anche se la controversia riguarda una delle su indicate materie, a fronte del chiaro dettato normativo di cui all'art. 5, 3° comma, in analogia con quanto stabilito, per le controversie di lavoro, dall'art. 412 *bis*, ultimo comma, c.p.c.²³). Se si tratta di una misura cautelare conservativa richiesta *ante causam* (ad esempio, un sequestro), la declaratoria di inefficacia della stessa può essere evitata attraverso la proposizione della domanda di mediazione. Infatti, ai sensi dell'art. 5, 6° comma, da tale momento (*rectius*, dalla comunicazione della domanda alle altre parti) è impedita la decadenza (per una sola volta), senza necessità di instaurare il giudizio di merito, se non dopo, appunto, l'espletamento del procedimento di mediazione.

²¹) La disciplina relativa al previo tentativo di conciliazione non si applica alle azioni previste dagli art. 37, 140 e 140 *bis* cod. cons. e neanche ai procedimenti indicati nel 4° comma dell'art. 5.

²²) Ai sensi dell'art. 23, 2° comma, «restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto».

²³) Ai sensi dell'art. 412 *bis*, ultimo comma, c.p.c., «il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV». La formula "provvedimenti speciali d'urgenza" ha destato perplessità, non essendo chiaro a quale tipo di procedimento la norma si sia voluta riferire, se, cioè, ai c.d. provvedimenti di urgenza disciplinati dall'art. 700 c.p.c. ovvero a quei procedimenti che, pur non avendo natura cautelare, rispondono alla esigenza di apprestare una tutela urgente in favore dell'istante (procedimento di ingiunzione, procedimento per la repressione della condotta antisindacale, ordinanze anticipatorie di condanna, provvedimenti di cui all'art. 18, 7° comma, Stat. lav.). Va ricordato che Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, *Foro it.*, 2000, I, 2752, con nota di L. DE ANGELIS e *Giur. it.*, 2001, 439, con nota di N. VENTURA, ha affermato l'inapplicabilità del tentativo di conciliazione nel procedimento monitorio, essendo questo strutturalmente diretto ad anticipare un processo a contraddittorio pieno, non una fase senza contraddittorio (v., in questo senso, anche R. CONTE, *Tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro, giurisdizione condizionata e finalità del procedimento monitorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1219).

In ogni caso, il d.leg. 28/2010 prevede esplicitamente l'esclusione del procedimento di mediazione in relazione ai procedimenti indicati dall'art. 5, 4° comma, almeno sino ad una certa fase processuale.

Invece, il dubbio potrebbe sorgere in relazione alla proposizione di domande riconvenzionali o alla chiamata in causa o all'intervento volontario di terzi, principale o litisconsortile, poiché ci si trova pur sempre al cospetto di «domande giudiziali». A ben vedere, è vero che la Cassazione estende l'applicazione dei presupposti di procedibilità dell'azione alle domande riconvenzionali²⁴), ma è anche vero che un'interpretazione restrittiva sarebbe preferibile, in considerazione del notevole allungamento dei tempi processuali che determinerebbe l'esperimento di una pluralità di procedimenti di mediazione in corso di causa per ciascuna domanda giudiziale (successivamente) proposta²⁵).

A differenza di quanto previsto dall'art. 412 *bis* c.p.c.²⁶), l'ultimo momento utile per far valere l'improcedibilità è rappresentato dalla prima udienza, anche per il convenuto, il quale, in mancanza, incorre in decadenza.

Constatato il mancato esperimento della mediazione, il giudice adito assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della relativa domanda e contestualmente fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dal deposito della stessa; così provvede anche nell'ipotesi in cui il procedimento di mediazione sia iniziato, ma non si sia ancora concluso²⁷). Non si tratta, dunque, di un'ipotesi di sospensione del giudizio, ma di un mero differimento dell'udienza stabilito al fine di consentire l'espletamento della attività omessa (v., invece, l'art. 412 *bis*, 3° comma, c.p.c.). Per tale ragione (e anche perché né il termine di quindici giorni né quello di quattro mesi sono qualificati espressamente come perentori), sembra ragionevole ritenere, per un verso, che la mera tardività della presentazione della domanda non comporti alcuna conseguenza ove il giudice, alla successiva udienza, constati l'avvenuto esperimento del

²⁴) Cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 11 novembre 1991, n. 12006, *Foro it.*, 1993, I, 214 e *Giur.it.*, 1992, I, 1, 2234, con nota di E. DALMOTTO, *Riconvenzionale del danneggiato dalla circolazione di veicoli o natanti e "favor" per l'assicuratore*, in relazione alla raccomandata da inviare all'assicuratore ex art. 22, l. n. 990 del 1969. Cfr. Cass. 15 luglio 2008, n. 19436, *Foro it.*, 2010, I, 240, con nota di C. ROMANO, sul tentativo di conciliazione obbligatorio in materia di contratti agrari disciplinati dalla l. n. 203 del 1982.

In dottrina, con specifico riferimento alle controversie di lavoro, si ritiene che il giudice, ove il processo sia ritardato o reso più gravoso, può sempre disporre la separazione delle cause, sospendendo soltanto quella per la quale manchi il presupposto della richiesta del tentativo di conciliazione (v. A. TEDOLDI, *Appunti sul processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2002, 1541). Invece, in senso contrario all'applicazione alla domanda riconvenzionale del tentativo obbligatorio, v. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 40 ss.).

²⁵) In tale condivisibile senso, v. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., pagina 13 del dattiloscritto, il quale calcola in quattordici mesi il tempo complessivo occorrente per l'espletamento del procedimento obbligatorio di mediazione preliminare all'instaurazione del giudizio (4 mesi), il rispetto del termine minimo di comparizione del convenuto (novanta giorni), l'espletamento del procedimento di mediazione preliminare alla chiamata in causa del terzo (4 mesi), il rispetto del termine minimo di comparizione del terzo (novanta giorni).

²⁶) V., però, l'art. 31 d.d.l. 1167-b, approvato dal Senato il 3 marzo 2010 (e respinto alla firma dal Presidente della Repubblica), che rende facoltativo il tentativo di conciliazione per le controversie di lavoro (salvo che per le controversie in materia di certificazione dei contratti di lavoro, ai sensi dell'art. 80, 4° comma, d.leg. 276/03).

²⁷) Ai sensi dell'art. 7 il periodo di quattro mesi non si computa ai fini di cui all'art. 2 l. 89/01.

procedimento di mediazione; per un altro, che, ove il procedimento risulti avviato ma non concluso, occorrerebbe fissare una nuova udienza dopo la scadenza di quattro mesi dal deposito della domanda di mediazione.

Peraltro, occorre osservare che, sebbene la previsione di un “filtro” obbligatorio a pena di improcedibilità della domanda giudiziale sia stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Consulta in altre occasioni ²⁸), in questo caso non sembra peregrina la prospettazione di un profilo di incostituzionalità ²⁹). La censura, però, riguarderebbe la violazione dell’art. 76 Cost., dal momento che la delega di cui all’art. 60, 3° comma, l. 69/09, come già visto, si limita a stabilire alla lett. n) *«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»*. Inoltre, è vero che l’ampiezza del criterio direttivo contenuto nel 3° comma, lett. c) (*«disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l’estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5»*) ha lasciato al Governo un notevole margine di manovra, ma è anche vero che il (possibile) rinvio alle forme della conciliazione societaria avrebbe dovuto spingere verso la facoltatività del procedimento ³⁰).

5.- Il contegno delle parti, la proposta conciliativa del mediatore e il dovere di riservatezza.

Il contegno assunto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione non è privo di conseguenze nel successivo processo eventualmente promosso a seguito del mancato raggiungimento della conciliazione.

In primo luogo, l’art. 8, 5° comma dispone che *«dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile»*. Inoltre, ai sensi dell’art. 11, 4° comma, ultimo periodo, nel verbale *«il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione»*.

Le disposizioni perseguono l’evidente intento di favorire l’incontro delle parti innanzi al mediatore, in funzione dell’opera che quest’ultimo è chiamato istituzionalmente a svolgere (*«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»*) e funziona come deterrente, nei limiti in cui non sia allegato un motivo che giustifichi la mancata partecipazione ³¹). Si tratta, però, di un deterrente di minore efficacia rispetto a quello previsto

²⁸) Cfr. Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, *Foro it.*, 1992, I, 1023, con nota di G. COSTANTINO; 13 luglio 2000, n. 276, cit.

²⁹) Cfr. l’art. 5, 2° comma, Direttiva 2008/52/CE cit., che *«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»*.

³⁰) Per uno spunto in tal senso, prima dell’emanazione del d.leg. 28/10, v. (M. BOVE) A. SANTI, *Il nuovo processo civile*, cit., 118.

³¹) Il *giustificato motivo* potrebbe anche consistere nella notevole distanza dell’Organismo di conciliazione rispetto al luogo di residenza della parte convenuta, il che può ben accadere in assenza di criteri di “competenza” territoriale. Ed è appena il caso di evidenziare che si tratta di un’assenza voluta, come emerge dalla Relazione

dall'art. 40, 5° comma, d.leg. 5/03, secondo cui la condotta omissiva era valutata dal giudice «ai fini della decisione sulle spese processuali».

In secondo luogo, viene in rilievo la previsione, molto più significativa della prima, di cui agli art. 11, 1° comma e 13.

In particolare, il mediatore «può» formulare ovvero – in presenza della concorde richiesta delle parti – «formula» una «proposta di conciliazione», dopo aver informato le parti stesse delle possibili conseguenze del loro rifiuto in ordine al pagamento delle spese di giudizio³²).

Qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda «interamente» al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata, riferibili al periodo successivo alla sua formulazione (vale a dire tutte le spese di giudizio, dal suo avvio sino alla conclusione), e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (quindi, la parte vincitrice paga il contributo unificato due volte). La condanna alle spese, inoltre, non esclude l'eventuale condanna al risarcimento per responsabilità aggravata, né la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. (introdotto dalla l. 69/09), ferma restando la possibilità di compensazione ai sensi dell'art. 92 c.p.c. Invece, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può escludere, con provvedimento motivato, la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto eventualmente nominato ai sensi dell'articolo 8, 4° comma.

A ben vedere, non ci si trova al cospetto di una vera e propria novità³³).

illustrativa del decreto, per evitare complicazioni e rallentamenti dovuti a meccanismi di rilievo e decisione della questione di competenza innanzi al mediatore e al giudice. In quest'ottica, il possibile *forum shopping* che ne deriva non è da considerare senz'altro un fenomeno negativo, in quanto volto a favorire la "concorrenza" tra gli Organismi, in vista di una più efficiente e rapida gestione del procedimento di mediazione.

Occorre poi considerare la regola di cui all'art. 4, 1° comma, che disciplina l'ipotesi di più domande proposte per una stessa controversia, adottando il criterio della *prevenzione* e stabilendo che la mediazione si svolge davanti all'Organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda e che per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione. Nulla è previsto, invece, in ordine al modo in cui la litispendenza debba essere dichiarata né come debba essere "cancellato" il procedimento di mediazione successivamente proposto.

Sempre in tema di "competenza", va poi segnalato che gli art. 18 e 19 forniscono criteri per ricostruire l'ambito di attribuzione per materia degli Organismi di conciliazione, risultando soltanto per quelli istituiti presso i Consigli dell'Ordine degli Avvocati una "competenza per materia" senza limiti, mentre per quelli istituiti presso gli altri Consigli degli Ordini professionali e presso le Camere di commercio una "competenza" limitata alle specifiche materie a questi ultimi attribuite.

³²) Ai sensi dell'art. 11, 2° comma, «le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata».

³³) In relazione alle controversie di lavoro, infatti, l'art. 412 c.p.c. stabilisce che se la conciliazione non riesce si forma processo verbale con le indicazioni delle ragioni del mancato accordo (1° comma) e delle risultanze del

Anche l'art. 40 d.leg. 5/03 prevedeva che il conciliatore potesse formulare una proposta, rispetto alla quale ciascuna delle parti, in caso di insuccesso della conciliazione, doveva indicare la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali fosse disposta a conciliare. Il conciliatore dava atto in apposito verbale di fallita conciliazione di tali posizioni e il giudice le valutava comparandole al contenuto della sentenza; l'esclusione, in tutto o in parte, della ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che avesse rifiutato la conciliazione e la condanna, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, non erano affatto automatiche, «potendo» il giudice anche stabilire diversamente³⁴). Sta di fatto che la proposta, secondo questa disciplina, poteva essere formulata soltanto «su richiesta di entrambe le parti», mai su iniziativa del mediatore.

Un'analoga disciplina è prevista dall'art. 91, 1° comma, c.p.c., come modificato dalla l. 69/09³⁵), in base al quale il giudice, «se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92». Come già evidenziato in altra sede³⁶), la norma non convince, non comprendendosi la ragione per la quale chi ha insistito, del tutto legittimamente, nella propria richiesta, debba essere condannato, soltanto per questo motivo, al pagamento delle spese processuali. Paradossalmente, il «giustificato motivo» per rifiutare la proposta potrebbe proprio consistere in questa legittima aspettativa. Secondo questa disciplina, in mancanza di altre specificazioni, la «proposta conciliativa» può essere effettuata anche dal giudice.

In relazione al procedimento di mediazione, le perplessità aumentano (soprattutto laddove non vi sia l'accordo delle parti), poiché un conto è rifiutare la proposta formulata dal soggetto che poi deciderà la controversia, un altro è rifiutare la proposta formulata da un soggetto che soltanto ha il compito di adoperarsi «*affinché le parti raggiungano un accordo amichevole*» (cfr. art. 8, 3° comma); infatti, fermo restando che in entrambi i casi le parti dovrebbero sentirsi libere di aderire o no senza effettuare altra valutazione se non quella relativa alla propria convenienza, sarebbe irragionevole nel secondo caso limitare ulteriormente la libertà di scelta attraverso l'imposizione di una previsione, di assoluta difficoltà, in ordine alla corrispondenza della proposta alla futura sentenza. Inoltre, va considerato che la *punizione* della parte non incline a conciliare *premia* troppo

verbale il giudice tiene conto in sede di decisione sulle spese del successivo giudizio (3° comma). Si tratta, però, di un meccanismo diverso da quello in parola, poiché il provvedimento sulle spese non è ancorato al rifiuto della proposta formulata dal conciliatore. Cfr. L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pag. 345 ss.

³⁴) Da notare che anche la lett. p) del 3° comma dell'art. 60 l. 69/09 prevede che il giudice «possa» escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice.

³⁵) V. già l'abrogato art. 16, d.leg. 5/03, nonché l'art. 33, 3° comma, d.d.l. 1167-b cit., che modifica l'art. 411 c.p.c., stabilendo che «delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio».

³⁶) D. DALFINO, *Le novità per il processo civile e il rito del lavoro*, in www.judicium.it e in corso di pubblicazione in *ADL*, § 6.

l'altra, anche quando manchi un'offerta reale, ma vi sia soltanto un "impegno" a corrispondere l'utilità sostanziale³⁷).

La comparazione tra sentenza e proposta dovrebbe presupporre, correlativamente, quella tra domanda giudiziale e domanda di mediazione; la corrispondenza tra le prime non dovrebbe poter prescindere da quella tra le seconde. A ben vedere, però, anche a causa della diversità strutturale che caratterizza le due sedi (mediazione e giudizio), i casi di perfetta corrispondenza tra la proposta del mediatore e la sentenza dovrebbero essere piuttosto rari.

Va poi considerata l'eventualità che il giudice formuli la propria proposta conciliativa ricalcando quella del mediatore. In tal caso, probabilmente, la condanna alle spese conseguente al rifiuto potrebbe recuperare maggior senso (una sorta di "doppia conforme").

In terzo luogo, in virtù dell'art. 10 (analogamente a quanto già previsto dall'art. 40, 3° comma, d.leg. 5/03), le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni; sul contenuto delle stesse non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. Inoltre, l'art. 11, 2° comma, dispone che «*salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento*».

La *ratio* della norma consiste nel favorire il raggiungimento della conciliazione lasciando le parti libere di prendere posizione senza temere di "scoprirsi" troppo e definitivamente, anche se la possibilità che il mediatore effettui la proposta, indipendentemente da una esplicita e concorde richiesta, dovrebbe consigliare loro una certa prudenza nel riferire informazioni e rendere dichiarazioni – se del caso, in sessioni separate (c.d. *caucus*) – in considerazione delle conseguenze del rifiuto della proposta stessa (sotto questo profilo, l'assistenza di un avvocato si rivela più che mai preziosa, soprattutto se il mediatore non è, a sua volta, un avvocato!)³⁸).

In ogni caso, la regola della *inutilizzabilità* non impedisce (anzi consente) alle parti di allegare circostanze di fatto e articolare mezzi di prova come se la lite cominciasse "da zero"³⁹). Diversamente opinando, si rischierebbe di avallare prassi distorte, in base alle quali le parti potrebbero maliziosamente effettuare dichiarazioni e riferire informazioni all'esclusivo fine di produrre una preclusione nel successivo giudizio sui fatti oggetto delle stesse. Invece, deve ritenersi che i fatti possano essere sempre allegati e provati, e che il limite riguardi la possibilità di provare o

³⁷) Cfr., in riferimento alla proposta conciliativa disciplinata dall'art. 40 d.leg. 5/03, G. MICCOLIS, *la conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.legisl. n. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 124.

³⁸) Cfr. le considerazioni di F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, Relazione svolta al convegno sul tema *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, tenutosi in data 13 gennaio 2010, nell'aula magna del Palazzo di Giustizia di Milano.

³⁹) Va precisato, in ogni caso, che le disposizioni richiamate non possono riguardare il rifiuto della proposta, il quale, come già visto, è "utilizzato" dal giudice al fine della condanna alle spese nel caso di corrispondenza della proposta al contenuto della sentenza.

semplicemente riportare le dichiarazioni e le informazioni rese dalle parti nel procedimento di mediazione⁴⁰).

Infine, neanche il mediatore può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, «né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità», peraltro, essendo egli tenuto al dovere di riservatezza, ai sensi dell'art. 9⁴¹). Per quanto riguarda la responsabilità del mediatore che contravviene a tale dovere, deve ritenersi che essa debba essere fatta valere nei confronti dell'Organismo presso il quale il mediatore presta la sua opera e che sia l'Organismo stesso, in seconda battuta, a "rivalersi" internamente sul mediatore⁴²).

6.- La mediazione «delegata».

La «mediazione, volta alla conciliazione» può svolgersi anche in corso di giudizio, pur nelle ipotesi in cui il relativo procedimento debba obbligatoriamente essere espletato in via preliminare (c.d. mediazione delegata).

In particolare, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, il giudice, anche in appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le parti – prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa – a procedere alla mediazione. Ove le parti aderiscano all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi dall'esperimento della stessa.

Dunque, la valutazione relativa alla opportunità di seguire (o ripetere) la via conciliativa spetta in prima battuta al giudice, che invita, e in seconda battuta alle parti, che aderiscono: l'uno e le altre ritengono, rispettivamente, preferibile e conveniente che sia il mediatore – per le qualità e l'idoneità professionale che si presume e si spera egli posseda – ad «adoperarsi» per il raggiungimento di «accordo amichevole».

E' appena il caso di aggiungere che, ancora una volta, non ci si trova al cospetto di una vera e propria novità, poiché, indipendentemente da quanto previsto dalla Direttiva 52/2008/CE, cit. (art. 5), già in virtù degli art. 200 e 696 *bis* c.p.c. il giudice può «delegare» un terzo (il consulente tecnico) a tentare la conciliazione⁴³).

⁴⁰) In tal senso, v. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge .69/2009*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di G. Verde*, § 4.3-e), il quale, a tal fine, svaluta la distinzione tra "dichiarazioni" e "informazioni".

⁴¹) V. l'art. 7 Direttiva 52/2008 cit. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. in quanto applicabili (art. 10, 2° comma, d.leg. 28/10).

⁴²) E' evidente la necessità che l'Organismo di conciliazione stipuli apposita polizza per la responsabilità professionale, come, peraltro, già previsto dal d.m. 222/04 in relazione alla conciliazione societaria. Ci si aspettano disposizioni analoghe dai decreti ministeriali emanandi a seguito del d.leg. 28/10.

⁴³) Sui precedenti in tal senso relativi ad ordinamenti stranieri, v. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 118; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 110 s.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, 254 ss.

7.- *L'accordo conciliativo e l'efficacia esecutiva.*

Se è raggiunto l'accordo amichevole (ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore), si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere (cfr. art. 11, 1° e 3° comma⁴⁴).

Il verbale di accordo, il cui contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento «anche» della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (art. 12, 1° comma)⁴⁵). Il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, 2° comma, conforme a quanto previsto dall'art. 60, 3° comma, lett. s), l. 69/2009)⁴⁶).

Vengono in immediato rilievo due profili.

Il primo attiene al tipo di controllo che il presidente del tribunale deve effettuare per l'attribuzione di efficacia esecutiva al verbale di conciliazione. Sotto questo profilo, la parola «anche» sta ad indicare che l'accertamento deve avere ad oggetto sia i profili di carattere formale sia le eventuali violazioni dell'ordine pubblico e delle norme imperative (come previsto, del resto, dal citato 1° comma dell'art. 12). Quanto ai rimedi avverso il decreto del presidente del tribunale, nulla è disposto; sicché, si potrebbe prospettare l'applicabilità in via analogica dell'art. 825, ultimo comma, c.p.c., che stabilisce la reclamabilità innanzi alla corte d'appello entro trenta giorni del provvedimento che omologa il verbale di accordo ovvero di quello che nega l'omologazione (ferma restando l'operatività di rimedi quali l'opposizione alla esecuzione e la possibilità di proporre un'autonoma azione di accertamento negativo dell'obbligazione dedotta nel verbale erroneamente omologato).

Il secondo riguarda l'ipotesi in cui il verbale si riferisca ad un obbligo di non fare, per sua natura incoercibile. In tal caso, l'art. 614 *bis* c.p.c., che prevede una misura coercitiva di carattere generale per questa tipologia di obblighi, non sembra applicabile, in quanto si riferisce espressamente alla «condanna». Sennonché, l'art. 11, 3° comma, ultima parte stabilisce che l'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, possa prevedere «*il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento*»; ciò dovrebbe consentire di colmare una lacuna che altrimenti non avrebbe trovato giustificazione.

⁴⁴) Inoltre, «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

⁴⁵) Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione

⁴⁶) Cfr. l'art. 474 n. 1 e ultimo comma, c.p.c. Cfr., con specifico riguardo agli obblighi di fare o di non fare, Corte cost. 12 luglio 2002, n. 336, *Foro it.*, 2004, I, 41.