

TOMASO GALLETTO

MITI E REALTÀ DELLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE NOTE A MARGINE DEL MODELLO ITALIANO

I. IL FENOMENO DELLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE : 1. Premessa. - 2. La conciliazione e il fenomeno delle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR). - 3. Il quadro di riferimento comunitario e internazionale. - 4. Cenni sull’esperienza italiana: il nuovo interesse per la conciliazione nell’ultimo decennio. - 5. La conciliazione stragiudiziale in materia societaria (D.Lg.vo 17 gennaio 2003 n. 5). - (segue) 5.1. I lineamenti dell’istituto. - 5.1.1. Il ricorso alla conciliazione presso organismi specializzati. - 5.1.2. Incentivi fiscali. - 5.1.3. Il principio della riservatezza del procedimento. - 5.1.4. I termini di durata delle procedura. - 5.1.5. Istanza di conciliazione: prescrizione e decadenza. - 5.1.6. La conclusione del procedimento. - 5.1.7. Il comportamento delle parti. - 5.1.8. - Le clausole di conciliazione nei contratti e negli statuti. - 6. La conciliazione presso la CONSOB in materia di servizi di investimento. - 7. La conciliazione in materia bancaria e creditizia. - 8. La Direttiva Comunitaria 52/2008 del 21 maggio 2008 sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere. -

II. IL MODELLO ITALIANO DI CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE: 9. Le iniziative del legislatore nell’ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega al governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale. - 10. L’attuazione della delega. - 11. Alcune discutibili scelte del legislatore delegato. - 12. Il tentativo di conciliazione quale “condizione di procedibilità” delle azioni giudiziarie in talune materie. - 13. Il ruolo degli avvocati: il compito degli ordini forensi e i doveri del singolo professionista. - 14. Gli organismi “speciali” di mediazione. - 15. La “competenza” degli organismi. - 16. Il rapporto tra l’ente che amministra il tentativo di conciliazione e le parti e le responsabilità conseguenti. - 17. La formazione dei mediatori. - 18. Gli incentivi fiscali. - 19. Miti e realtà della conciliazione.

I. IL FENOMENO DELLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

1. Premessa.

Il 4 marzo 2010 è stato approvato il decreto legislativo che disciplina la conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

In questa prospettiva è parso utile offrire un sintetico quadro del contesto normativo, anche sovranazionale, in cui si colloca il fenomeno della conciliazione stragiudiziale per poi sviluppare, anche alla luce di tale contesto, talune riflessioni sulle scelte operate dal legislatore per disciplinare la materia¹.

¹ La letteratura in materia è ormai molto vasta. Limitando le indicazioni bibliografiche alla sola dottrina italiana, sul fenomeno generale della conciliazione v. recentemente la monografia di CUOMO ULLOA, *“La conciliazione; modelli di composizione dei conflitti”*, Padova, 2008, *passim*. Per un inquadramento generale dei problemi v. LUISO, *Conciliazione*, in *Il diritto, Enc. Il Sole 24ore vol. 3*, 2007, 498 ss.; *id.*, *La Conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 1201 ss.; PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2000, 450 ss.; VIGORITI, *Accesso alla giustizia, ADR, Prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 103 ss.; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (“Alternative Dispute Resolution”)* in *Foro. it.*, 2003, V, 165 ss.; AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003 *passim*; in argomento v. già ALPA, RITI *alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, 403 ss..

Sulla esperienza nord-americana v. SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310 ss.; TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nord-americana*, in *Quad. avv.*, 1995, 107 ss.; RESNIK, *Risoluzione alternative delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699 ss. CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1283 ss.; MARINARI, *L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti e in Inghilterra*, in *Doc. Giust.*, 2000, 855 ss.

Con particolare riferimento all'esperienza canadese CIVININI, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007 1305 ss.

Sulle iniziative della Comunità Europea v. DANОВI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV 326 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; VIGORITI *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, 359 ss.; *Id.*, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss..

Sulla funzione della conciliazione stragiudiziale v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di ALPA E DANОВI, Milano, 2004, 217 ss.; DI ROCCO – SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003; GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003; BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; UZQUEDA-FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002 *passim*; BERNARDINI (a cura di), *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; DE PALO - D'URSO (a cura di), *Risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2001.

Sulla conciliazione amministrata in Italia v. BUONFRATE-LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione* in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.; CAPONI-ROMUALDI, *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, cit. 152. MINERVINI, *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, II, 945; *id.*, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in GABRIELLI – LUISO (a cura di), *I Contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 242 ss.. Per una ricostruzione del fenomeno della

La composizione amichevole delle controversie, meglio nota come conciliazione stragiudiziale, è un fenomeno ampiamente conosciuto ed utilizzato nella prassi ed il ricorso ad essa è generalmente incoraggiato dai legislatori non soltanto ai fini deflattivi del contenzioso civile e commerciale, ma anche quale strumento di controllo sociale nell'ambito dei rapporti tra privati caratterizzati da un forte squilibrio, a danno della parte economicamente più debole, nelle effettive possibilità di ottenere adeguata tutela dei propri diritti attraverso l'accesso alla giustizia ordinaria.

Soltanto negli ultimi decenni, peraltro, il generico interesse per la soluzione negoziata dei conflitti nella materia civile e commerciale ha formato oggetto di una serie di iniziative sia a livello statale, che a livello internazionale, finalizzate a dare un nuovo impulso alle tecniche di soluzione stragiudiziale dei conflitti tra privati.

La necessità di individuare strumenti di tutela degli interessi dei consumatori alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria e connotati da snellezza di procedura e costi accessibili, così come l'interesse delle imprese al ricorso a metodi di composizione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere, altrimenti destinate a sfociare in costosi e complessi procedimenti giurisdizionali, hanno indotto, a livello europeo, l'esigenza di ricercare una armonizzazione delle discipline vigenti in materia nei vari paesi attraverso l'individuazione di obiettivi comuni, condivisi a livello politico.

Si è così avviato, per iniziativa della Commissione Europea, un ampio dibattito sulla necessità di adottare eventualmente disposizioni comuni in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale, che ha preso le mosse dalla pubblicazione nell'aprile 2002 di un "Libro Verde" relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il Comitato economico sociale europeo nel dicembre 2002 ha espresso il proprio parere sulle questioni poste dalla Commissione individuando la strada della raccomandazione quale la più appropriata per l'approccio generale al problema, con riserva di suggerire il ricorso ad una direttiva sulla base dei risultati conseguenti alla raccomandazione alla scadenza di un periodo temporale di tre anni dalla adozione di quest'ultima.

Nel parere del Comitato sono lucidamente individuate le esigenze alle quali occorre dare risposta nella materia considerata ed i principi informativi del possibile intervento comunitario, sottolineandosi la necessità che i procedimenti di soluzione stragiudiziale

conciliazione amministrata in Italia v. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 401 ss. ed ivi ampia bibliografia; UZQUEDA, *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 162 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1215 ss.

delle controversie siano improntati ai principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità (nel senso di equidistanza della posizione del conciliatore rispetto alle parti) e di riservatezza. Il Comitato ha altresì sottolineato la necessità della uniformazione del valore giuridico degli accordi di conciliazione stragiudiziale delle controversie e la indispensabilità di una formazione professionale dei terzi incaricati di assistere le parti nella negoziazione dei loro accordi, anche attraverso l'introduzione di un codice deontologico europeo al quale debbano uniformare la loro condotta coloro che si propongono di promuovere professionalmente la soluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

Per meglio illustrare i lineamenti della conciliazione stragiudiziale nella sua evoluzione storica è peraltro opportuno fare breve cenno al più ampio fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie e ciò non tanto per esigenze meramente descrittive del generale contesto del fenomeno, quanto per individuare le radici comuni sulle quali si innesta anche l'esperienza italiana.

E' noto come il fenomeno riferito alla soluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali abbia formato oggetto di particolare attenzione negli Stati Uniti d'America a fronte della generale insoddisfazione sia per l'eccessiva durata dei processi civili, sia per l'elevato costo dei servizi legali, tendenzialmente non ripetibile anche nell'ipotesi di risultato favorevole della lite.

2. La conciliazione e il fenomeno delle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR).

L'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) viene generalmente utilizzato per indicare una gamma di strumenti di soluzione dei conflitti di natura contenziosa affermatasi a partire dagli anni '70 nel Nord America e poi successivamente penetrati nella cultura giuridica europea sino a destare l'interesse delle istituzioni comunitarie.

Le ragioni che negli anni hanno spinto alla ricerca di una valida alternativa al sistema giudiziario americano si possono individuare in taluni fattori quali la crescente litigiosità, i costi rilevanti, l'incertezza dei diritti, la durata dei processi e la rigidità del sistema; è principalmente per tali "handicap giudiziari" che da tempo in molti paesi, anche di matrice non anglosassone, si sono registrate iniziative volte alla costituzione di nuovi organi per comporre le liti tramite programmi di arbitraggio, giudizi arbitrali, procedure di conciliazione etc..

In tutti questi casi viene usata la sigla ADR per individuare ogni possibile forma di risoluzione delle controversie che si contrapponga al sistema giurisdizionale ufficiale.

Tuttavia, è anche grazie al sostegno delle istituzioni giudiziarie che negli Stati Uniti la maggior parte degli Stati ha dell'Unione adottato leggi sulla mediazione.

Nel 1993 le ADR hanno fatto ingresso nelle Regole Federali come procedure speciali con un ruolo finalizzato ad aiutare a risolvere la controversia ove a ciò autorizzate dalla legge o da regole introdotte dal tribunale locale.

In aggiunta, nel 1998 è stato introdotto l'*Alternative Dispute Resolutions Act*, convertito in legge nel 1999, cui ha fatto seguito, nel 2001, l'*Uniform Mediation Act* redatto dalla *National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws*².

Nei richiamati testi normativi il conciliatore viene inquadrato come quel soggetto che assiste le parti nel corso di un processo di negoziazione diretto a raggiungere un accordo; tale accordo tuttavia deve tenere nella massima considerazione i desideri e gli interessi di ciascuno.

Nel modello proposto, la figura del conciliatore si limita a favorire il dialogo tra le parti operando in modo da farle arrivare ad un accordo. In questo senso la conciliazione costituisce il mezzo più idoneo a promuovere l'autonomia delle parti.

Poiché le parti spesso non sono in grado di superare da sole quegli ostacoli, soprattutto di tipo comunicativo, che impediscono di raggiungere un accordo, l'intervento del conciliatore assume rilevanza determinante grazie alle sue capacità di *negotiation* che costituiscono oggetto di ampio studio in numerose scuole di formazione americane (tra cui a titolo esemplificativo i corsi di formazione organizzati dall'*American Arbitration Association*).

Inoltre, le ragioni di economia e celerità sopra menzionate hanno fatto sì che praticamente in tutti gli Stati della Unione esistano programmi di mediazione in relazione ad una svariata serie di contesti, comprensivi di uffici statali finalizzati specificatamente alla diffusione della *mediation*.

A ciò avuto riguardo, va tuttavia ricordato come con il termine ADR si individuino molteplici possibilità operative quali la *arbitration* (ove la decisione è demandata a un terzo), la *mediation* (ove il terzo ha solo poteri di assistenza alla conciliazione delle parti), il *mini - trial* (una sorta di processo sommario), il *rent-a-judge* (ove le parti "affittano" un ex giudice particolarmente competente), la c.d. *arb - med* che è una combinazione tra *arbitration* e *mediation* ove le parti concordano che se la mediazione non avrà successo si darà luogo all'arbitrato³.

² Per gli opportuni approfondimenti v. CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, op. cit.

³ Per una panoramica della materia: CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1993, I, 269 e 279; SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro It.* 1987, V, 310 e 313.

Filo conduttore delle citate forme di soluzione delle controversie è la conservazione dei rapporti commerciali e professionali fra le parti che potrebbero essere compromessi irrimediabilmente da un approccio giudiziale alla controversia.

Se il sistema contenzioso si basa infatti su un procedimento di tipo aggiudicativo intervenendo su una situazione ormai esaurita nel passato, i metodi alternativi di soluzione mirano a preservare il rapporto esistente tra le parti, adottando regole minime e, per quanto possibile, uniformi.

3. Il quadro di riferimento comunitario e internazionale.

Sulla scorta dell'esperienza nordamericana, la Commissione delle Comunità Europee il 19 aprile 2002 ha presentato – come si è già ricordato - un Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (Bruxelles, 19.4.2002, COM[2002] 196*def*).

Il Libro Verde prende spunto dal settore più sviluppato in materia, vale a dire quello dell'accesso alla giustizia da parte dei consumatori; seguendo tale traccia, la Commissione richiama la direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

In argomento la Commissione ha anche adottato due raccomandazioni che stabiliscono alcuni principi applicabili alle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di diritto dei consumatori.

La prima raccomandazione adottata il 30 marzo 1998 riguarda le procedure che conducono ad una soluzione della controversia attraverso l'intervento attivo di un terzo che prende formalmente posizione su una soluzione; inoltre vengono previsti i sette principi minimi per la creazione ed il funzionamento delle tecniche di ADR (G.U., L/115 del 17 aprile 1998, pag. 31).

La seconda raccomandazione, del 4 aprile 2001, riguarda invece le procedure che si limitano a un semplice tentativo di ravvicinare le posizioni delle parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo (G.U., L/109 del 19 aprile 2001, pag. 56).

Tuttavia il Libro Verde, pur richiamando i suddetti lavori, non circoscrive l'analisi e le proposte alle sole controversie tra i consumatori e i professionisti, ma esamina ad ampio raggio tutte le tecniche per la definizione di questioni, ivi comprese quelle di diritto societario, che siano assoggettabili alla risoluzione extragiudiziale.

Le ragioni di tale pubblicazione vanno ricercate in primis nel beneficio che i metodi di ADR hanno apportato in materia di accesso alla giustizia, ma anche al fatto che l'ADR è

oggetto di particolare attenzione da parte degli Stati Membri che, in taluni casi, hanno avviato iniziative legislative in materia⁴.

Non da ultimo, l'ADR rappresenta una priorità politica per le istituzioni dell'Unione che hanno il dovere di garantirne il livello qualitativo e lo sviluppo in ciascuno Stato Membro.

Tra le novità prese in esame dalla Commissione si rileva che mentre i precedenti documenti facevano riferimento solo alla *conciliazione*, il Libro Verde introduce anche la tecnica della *mediazione*, distinguendo (anche se la distinzione è possibile in teoria, meno facile nella prassi) tra procedimenti in cui il terzo avvicina le parti ad una soluzione che esse stesse, alla fine della procedura, scelgono di condividere, dalla tecnica in cui è il terzo che suggerisce la soluzione alle parti e cerca di convincerle ad accettarla, apportandovi via via le correzioni necessarie perché la soluzione sia finalmente condivisa.

Il Libro Verde prevede inoltre la possibilità che queste procedure siano inserite nel procedimento giudiziale, e apre, tra le altre, le questioni relative:

- alla vincolatività delle clausole introduttive delle ADR
- ai termini di prescrizione
- ai requisiti di "qualità" degli organismi deputati a trattare le ADR
- al "riconoscimento" degli organismi da parte dei pubblici poteri
- alla riservatezza
- alla validità del consenso
- agli effetti della procedura di ADR
- alla responsabilità degli organismi

In effetti, quello che in generale caratterizza il ricorso alle ADR è la predominanza del suo carattere consensuale.

In questo senso la Commissione ha previsto la possibilità che le parti di un rapporto commerciale possano prevenire l'insorgere di una eventuale lite, inserendo una clausola contrattuale diretta a risolvere la questione utilizzando una procedura ADR.

Qualora invece le parti non avessero previsto alcuna clausola, rimarrebbe comunque la libertà di convenire su un accordo di ADR, dopo l'insorgenza di una controversia, con o senza l'aiuto del giudice.

⁴ V. R. DANOVÌ, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 1997, IV, 326, per uno sguardo d'insieme sui progetti pilota nei paesi dell'Unione.

Inoltre, similmente a quanto avvenuto nell'ordinamento italiano, è stata posta la questione della portata di tali clausole, in particolare nel caso in cui vi sia uno squilibrio del rapporto di forze tra le parti del contratto (si potrebbe ipotizzare il caso del socio - dell'azionista di minoranza – rispetto alla società).

A tutto ciò avuto riguardo, è evidente l'importanza del Libro Verde quale documento finalizzato alla determinazione di una concreta disciplina della materia a livello comunitario; ed è in quest'ottica che la Commissione ha ritenuto doveroso fare tesoro dei precedenti lavori in relazione ad altri settori quali il diritto del consumatore, il diritto di famiglia ed il diritto del lavoro.

Alcuni paesi della Comunità Europea hanno peraltro da tempo introdotto soluzioni conciliative con funzioni di filtro rispetto alla giurisdizione ordinaria (Germania e Francia), ovvero modelli di tutela differenziata extraprocessuale (Regno Unito e Paesi Bassi), privilegiando in certi casi il ricorso ad organismi arbitrali (Spagna e Portogallo) ovvero il ricorso a “un sistema di vasi comunicanti tra procedure giurisdizionali e paragiurisdizionali” come nel modello scandinavo⁵.

Nel lavoro della Commissione viene fatto notare che, allo stato attuale, le ADR si presentano come una nozione di carattere generale che forma oggetto di terminologie alquanto varie e, talvolta, non precise.

Per questa ragione è stato auspicato che venissero predisposte le basi per uno sviluppo di tali procedure in un contesto di massima sicurezza tale da garantire le minime garanzie procedurali, d'imparzialità e di equità del “terzo”, nonché di riservatezza⁶.

Recentemente, come è noto, l'azione comunitaria in materia di mediazione civile e commerciale ha subito una forte accelerazione determinata dalla constatazione che l'accesso ai metodi giudiziali ed extra giudiziali di risoluzione delle controversie contribuisce a garantire un migliore accesso alla giustizia, finalità privilegiata dalla politica dell'Unione Europea.

In questa prospettiva il Parlamento ed il Consiglio Europeo hanno adottato in data 21 maggio 2008 la Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

⁵ Si veda *Relazione allo schema di disegno di legge sulla disciplina della conciliazione in sede non contenziosa*, redatta dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Elio Fazzalari, istituita con D.M. del 15 dicembre 1993, in *Foro It.*, 1994, V, 285 ss..

⁶ Si veda Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, 8.4.2003, C 85/8 – 13; il testo riprende in parte i rilievi enunciati da G. ALPA, *Osservazioni al Libro Verde del 19 aprile 2002 relativo ai modi di risoluzione delle controversie civili e commerciali*, inviate alla Commissione CE.

L'importanza di tale Direttiva, che ha posto le premesse per l'intervento del legislatore italiano in materia, consiglia di riservare ad essa una sia pure sintetica illustrazione, per la quale si rinvia *infra sub* §8.

Anche a livello internazionale non mancano iniziative degne di particolare attenzione nella materia considerata.

La Camera di Commercio Internazionale (ICC) ha adottato un regolamento (in vigore dal 1° luglio 2001) individuato quale Regolamento ICC/ADR volto a disciplinare un procedimento amministrato di soluzione stragiudiziale delle controversie⁷.

Il Regolamento, che si caratterizza per la sua ampia flessibilità che consente di uniformarsi alle specifiche esigenze delle parti, propone quale tecnica ordinaria di conciliazione – salva diversa opzione delle parti – la mediazione intesa quale tecnica di composizione in cui il terzo agisce quale “facilitatore” che aiuta le parti ad una composizione negoziata della controversia, senza esprimere alcuna posizione rispetto al merito della controversia.

Le parti, peraltro, possono optare per diverse tecniche di conciliazione quale la valutazione del terzo, il mini-processo, altre tecniche o combinazioni di più tecniche di composizione.

Il Regolamento si completa con l'individuazione di quattro clausole alternative di ricorso all'ADR tra le quali le parti possono scegliere la più confacente alle loro esigenze.

Un più recente contributo all'affermazione delle tecniche di ADR proviene dalla Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (UNCITRAL) che, con una risoluzione adottata dalla Assemblea Generale il 24 gennaio 2003, ha approvato il testo di una legge modello in tema di conciliazione internazionale (*Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law - Official Records of the General Assembly, Fifty – seventh Session, Supplement No. 17 [A/RES/57/18], annex I*) che ha riscosso amplissimo favore⁸.

A tutto ciò avuto riguardo, come risulta intuibile, il denominatore comune delle citate iniziative si rinviene nell'informalità, riservatezza e nella adattabilità ad ogni situazione proprie delle ADR.

⁷ Il Regolamento ICC/ ADR, unitamente alla sua Guida, è pubblicato in versione italiana in *Riv. Arb.*, 2002, 609 ss.

⁸ Nell'ambito del commercio internazionale, peraltro, l'esigenza di predisporre efficaci strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie è risalente nel tempo.

Già nel 1980, infatti, l'Assemblea Generale dell'ONU aveva adottato la risoluzione 35/52 del 4 dicembre 1980 con la quale venivano approvate le CONCILIATION RULES dell'UNCITRAL

Come accade per l'arbitrato, si può osservare che anche la conciliazione ha origini principalmente convenzionali. Essa si basa sulla partecipazione personale delle parti in conflitto, e consente alle parti di farsi assistere da un difensore.

Occorre poi l'intervento di un terzo che si faccia carico della procedura, e, quindi, occorre la scelta – fatta *intuitu personae* – di un soggetto che possieda le caratteristiche tipiche di un conciliatore o di un arbitro (come, peraltro, di ogni giudice) e cioè sia imparziale e neutrale rispetto alle parti e alla materia del loro contendere.

La procedura deve essere inoltre confidenziale e portare ad una soluzione. Qui iniziano le distinzioni, perché vi sono procedure che portano ad un giudizio vero e proprio, procedure che si risolvono in una transazione, altre che si risolvono in una mediazione, altre in un arbitraggio, e così via.

4. Cenni sull'esperienza italiana: il nuovo interesse per la conciliazione nell'ultimo decennio.

Nell'ambito della esperienza italiana non sono ignote ipotesi di tentativi di conciliazione amministrati anche in sede non contenziosa, spesso connotati dalla obbligatorietà del loro esperimento⁹.

Si riscontrano così tentativi di conciliazione esperibili davanti al Giudice di pace (art. 322 c.p.c.), che ripropongono l'istituto della conciliazione in sede non contenziosa prevista dall'originario testo del codice di procedura come esperibile davanti al giudice conciliatore, e tentativi di conciliazione obbligatoria previsti in materia di contratti agrari, in materia di lavoro, di locazioni, di sub-fornitura e così via.

Non essendo possibile in questa sede approfondire l'indagine su di essi sarà sufficiente osservare l'assenza di un modello unitario di (possibile) conciliazione stragiudiziale connotandosi le varie ipotesi tipizzate dal legislatore per la disomogeneità delle procedure e degli effetti della raggiunta conciliazione.

Infatti, talune procedure debbono essere svolte davanti allo stesso giudice chiamato poi a decidere il merito della controversia, altre debbono essere esperite davanti a soggetti estranei all'ordinamento giudiziario; in alcuni casi l'accordo di conciliazione può conseguire gli effetti del titolo esecutivo ed in altri casi si può giungere alla formulazione, da parte del conciliatore, di una ipotesi di accordo rispetto alla quale le parti debbano esprimere la loro definitiva posizione.

⁹ Un inquadramento sistematico della conciliazione stragiudiziale e delle varie forme di essa conosciute dal nostro ordinamento (sino alla fine degli anni '90 del secolo scorso), con importanti considerazioni anche con riferimento ai profili di costituzionalità dei tentativi obbligatori di conciliazione, è offerto da PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg IV, Milano, 2000, 327 ss..

A parte l'ipotesi del tentativo di conciliazione davanti al Giudice di Pace, la maggior parte dei tentativi di conciliazione tipizzati dal legislatore è connotata dalla obbligatorietà del loro esperimento ai fini della proponibilità o procedibilità della domanda in sede giudiziale.

Si tratta pertanto di ipotesi in cui viene mortificato l'elemento essenziale che unifica il fenomeno delle ADR, e cioè la volontarietà del ricorso a questi modi alternativi di soluzione delle controversie.

A ben vedere, quindi, non sembra potersi affermare, in linea generale, che il nostro ordinamento – almeno sino all'ultimo decennio del secolo scorso - disciplinasse effettive ipotesi di procedimenti volontari di soluzione alternativa delle controversie in sede stragiudiziale, sempre fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 322 c.p.c. la quale storicamente non ha peraltro mai riscosso un significativo successo.

Né può affermarsi che il fenomeno dell'arbitrato, anche del tipo irrituale nella misura in cui oggi possa ritenersi una sostanziale differenziazione di questo rispetto a quello rituale, sia in qualche modo riconducibile al fenomeno della soluzione stragiudiziale delle controversie nella accezione oggi comunemente accolta e connotata non solo dalla volontarietà del ricorso alla procedura ma anche e soprattutto della non vincolatività dell'esito del tentativo di conciliazione.

Nell'arbitrato infatti si giunge ad una pronuncia aggiudicativa alla quale le parti, quanto meno a livello negoziale, sono obbligate a conformarsi e tale aspetto esclude che esso possa ascrivarsi nel pur amplissimo *genus* della conciliazione stragiudiziale delle controversie.

A ciò avuto riguardo, deve prendersi anche atto negli ultimi dieci anni di taluni sforzi del legislatore per agevolare l'ingresso di queste procedure "alternative" nell'ordinamento italiano.

Come è stato osservato, il termine alternativo potrebbe suonare competitivo rispetto alla decisione della controversia; in realtà le due procedure dovrebbero essere considerate più *complementari* che competitive¹⁰.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente¹¹.

¹⁰ In questo senso si è orientata parte della dottrina più propensa a ritenere la complementarietà di queste diverse forme di soluzione delle controversie, piuttosto che a vederle quali drastica alternativa al sistema processuale attuale: MAURO RUBINO – SAMMARTANO, *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002.

¹¹ In questo senso: DE PALO – D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 1, 77.

Ciò premesso, sarebbe ingeneroso considerare l'esperienza italiana delle ADR come una *tabula rasa*, così come sarebbe superficiale l'espressione di un giudizio completamente negativo sull'atteggiamento del legislatore¹².

Non si possono, infatti, ignorare le procedure di conciliazione (obbligatoria o facoltativa) già previste in via legislativa in materia di sub – fornitura, tutela del consumatore, rapporti di lavoro, rapporti agrari, rapporti locatizi, alle quali già si è fatto cenno.

Anzi, a partire dal 1993 con la previsione legislativa della costituzione di commissioni di conciliazione e arbitrato presso le Camere di Commercio (Legge n. 580/93) si è assistito alla proliferazione – del tutto disomogenea – di disposizioni in tema di conciliazione stragiudiziale¹³

Devono poi essere ricordate le iniziative assunte in via privata, tra le quali si segnalano, in materia societaria, l'attività delle Camere di conciliazione istituite presso la Corte Arbitrale Europea e la Camera Arbitrale di Milano, oltre che, nelle altre materie previste dalla legge, l'attività delle camere arbitrali e di conciliazione presso la Corte d'appello di Roma, presso le Camere di commercio, le iniziative dell'Unioncamere, le iniziative dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci).

Un ruolo importante destinato ad ulteriori sviluppi appartiene inoltre alle Camere di commercio di cui è stato disposto il riordino con la legge 29 dicembre 1993, n. 580 ("Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", in *Gazz. Uff. Suppl. ordinario* 11 gennaio 1994).

In forza delle norme ivi contenute, le Camere di Commercio possono:

- i. promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali o conciliative per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti;
- ii. predisporre e promuovere contratti tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- iii. costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio e promuovere azioni per la repressione della concorrenza sleale.

Le indicate attribuzioni dimostrano che la legge n. 580/93 ha fornito le Camere di Commercio di strumenti concreti per operare nell'ambito delle controversie fra imprese

¹² G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Pol. Dir.*, 1997, 403 ss.

¹³ Per una ragionata rassegna delle iniziative legislative in materia, v. GIOVANNUCCI-ORLANDI, *La normativa italiana in tema di conciliazione "convenzionale"*, *cit.*, 1218 ss..

che possono essere definite o conciliate con le commissioni arbitrali, costituite dalle stesse Camere di Commercio, singolarmente od in forma associata.

Nell'ultimo decennio si sono sviluppate numerose iniziative in sede parlamentare volte a favorire le procedure arbitrali e conciliative.

Tali iniziative legislative sono state per lo più criticate in particolare dalla dottrina sia perché strutturate in maniera disorganica e disordinata, sia perché a volte addirittura contraddittorie l'una con l'altra¹⁴.

Un'ulteriore critica è stata poi diretta alla scelta di prevedere l'obbligatorietà di molte delle più recenti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotte; il carattere obbligatorio delle stesse priverebbe infatti la conciliazione del suo naturale presupposto; in altre parole, andrebbe a discapito del principio di libera determinazione delle parti finalizzato a raggiungere una soluzione "amichevole"¹⁵.

Non si può negare che, almeno in Italia, tra i fattori che hanno determinato la ricerca di nuovi strumenti di risoluzione delle controversie, si rinvengono i sintomi di una giustizia in crisi (l'eccessiva onerosità di un giudizio, l'intasamento dell'attività dei giudici e l'estensione dei tempi necessari per giungere ad una soluzione della controversia).

Ciò nonostante, è stato osservato in dottrina che considerare i riti alternativi alla stregua di un mero correttivo deflazionistico comporterebbe il rischio di ridurre gli stessi al rango di "giustizia di second'ordine". Sarebbe invece auspicabile riconoscere la valenza autonoma di tali procedure informali nell'offrire composizione di *small claims*¹⁶.

Ancora si è rilevato, la necessità di inquadrare questi mezzi di soluzione delle controversie in un contesto ove si possa confidare su una amministrazione della giustizia efficiente; solo così infatti si eviterebbe un uso distorto delle conciliazioni¹⁷.

Nel tentativo di imporre una serie di linee guida in cui inquadrare il sistema delle conciliazioni stragiudiziali, si è così pensato, de iure condendo, alla agevolazione di queste forme di ADR sia dal punto di vista processuale che dal punto di vista fiscale.

¹⁴ In questo senso: L. RUBINO, *I procedimenti*, 469, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003.

¹⁵ Si veda, nel senso della inutilità, se non dannosità, del tentativo di conciliazione quando esso assuma i caratteri dell'obbligatorietà, MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, II, 945.

¹⁶ BUONFRATE – LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, *Riv. Arbitrato*, 1999, 375 ss.

¹⁷ CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2000, 447 ss.

Quanto alle garanzie, le maggiori preoccupazioni sono state rivolte:

- i. alla posizione processuale delle parti, poiché infatti ciascuna di queste ADR deve garantire gli elementari diritti di difesa;
- ii. all'imparzialità e alla correttezza del procedimento: gli arbitri sono scelti o direttamente dalle parti, o dalle rispettive associazioni di categoria, o dall'istituzione operante; si possono superare, così, i dubbi, le perplessità (e i pregiudizi) esistenti nei confronti dell'arbitrato obbligatorio;
- iii. ai costi; le istituzioni operanti, sovvenzionate dallo Stato, dalle associazioni di categoria nonché dai loro stessi proventi istituzionali, potrebbero offrire al pubblico una originale forma di accesso alla giustizia, abbreviando i tempi della soluzione e procurando, in definitiva, un risparmio dei costi di procedura e dei costi di assistenza.

Ciò premesso si può osservare come le procedure “aggiudicative” conducano alla pronuncia da parte del terzo di una decisione vincolante per le parti: rientrano in questa casistica sia il processo, sia l'arbitrato.

Per converso, tra i diversi tipi di procedure “conciliative” si distingue principalmente tra “conciliazione facilitativa” (*facilitative mediation*) e conciliazione valutativa (*evaluative mediation*).

Nella prima il conciliatore deve guidare la discussione delle parti finché queste non abbiano, autonomamente, trovato un punto di incontro nei rispettivi interessi; si tratta di una procedura che può risultare talvolta lenta poiché il conciliatore non può proporre alcuna soluzione di tipo impositivo.

Nella seconda ipotesi, invece, l'attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva tentando di convincere le parti ad accettarla¹⁸.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti - le quali sostanzialmente

¹⁸ Per un'ampia panoramica si rinvia agli studi di F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., 1283 ss.

temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione¹⁹.

5. La conciliazione stragiudiziale in materia societaria (D.Lg.vo 17 gennaio 2003 n. 5).

Il primo intervento organico in materia di conciliazione stragiudiziale coincide con la riforma del diritto societario, introdotta nel 2003 che agli art. 38-40 ha introdotto e disciplinato la conciliazione in materia societaria.

Tale normativa è stata ora abrogata dal d.lgs. n. 28/2010, ma è comunque opportuno descrivere sinteticamente il contenuto delle sue disposizioni, data che esse hanno costituito il principale punto di riferimento del nuovo intervento legislativo in tema di conciliazione.

5.1. I lineamenti dell'istituto.

5.1.1 Il ricorso alla conciliazione presso organismi specializzati.

Gli articoli 38-40 del D.Lgs. 5/2003 disciplinano vari aspetti della conciliazione stragiudiziale nella materia considerata.

Il legislatore delegato ha optato per la soluzione, della quale si è discusso nell'ambito del Libro Verde Comunitario, della creazione di un sistema di riconoscimento da parte dei pubblici poteri dei terzi abilitati ad amministrare i tentativi di conciliazione nella materia considerata.

Accanto a tale opzione si è ritenuto di sollecitare la concorrenzialità tra enti pubblici e enti privati nella amministrazione delle procedure conciliative, abbandonando l'impostazione previgente che privilegiava la costituzione di organismi di conciliazione soltanto nell'ambito di enti pubblici (come ad esempio era avvenuto nella materia della sub fornitura con l'affidamento delle procedure di conciliazione alle Camere di Commercio).

Le Camere di commercio sono state peraltro automaticamente riconosciute idonee a gestire procedimenti di conciliazione stragiudiziale, purchè, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 580/1993, abbiano provveduto ad istituire al loro interno organismi di conciliazione. Al riguardo è stato, correttamente, osservato come “non sarebbe felice la

¹⁹ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall'AIA sul tema “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie” tenutosi a Roma il 7 novembre 2002.

previsione di altri limiti soggettivi all'esercizio dell'attività di conciliazione, oltre ai requisiti di indipendenza e professionalità volti a garantire l'imparzialità del conciliatore²⁰.

I due regolamenti del Ministero della giustizia destinati a disciplinare i criteri e le modalità di iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione abilitati, l'ammontare delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici ed i criteri della approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti dagli enti privati, sono stati approvati rispettivamente con D.M. n. 222 e 223 del 23 luglio 2004.

Ai fini dell'ottenimento della abilitazione alla amministrazione di procedure conciliative, conseguente alla iscrizione nell'apposito registro, gli enti pubblici e privati che aspirino a tale abilitazione debbono, ai sensi di legge, offrire garanzie di serietà ed efficienza.

I richiamati requisiti evocano i principi che sono comunemente ritenuti indispensabili ai fini della configurazione delle garanzie procedurali minime di una procedura di conciliazione stragiudiziale.

Tra questi vi è innanzitutto la competenza, intesa nel senso della padronanza delle tecniche essenziali della procedura conciliativa, conseguita attraverso la formazione professionale dei soggetti chiamati ad assistere le parti nel tentativo di conciliazione, la trasparenza intesa nel senso della accessibilità in qualsiasi stadio della procedura a tutte le informazioni necessarie alle parti, nonché l'efficacia intesa nel senso di facilità di accesso alla procedura e costo contenuto di essa.

Particolare rilievo potrà assumere, in questa prospettiva, la riconducibilità degli organismi di conciliazione agli enti esponenziali di professioni regolamentate nel cui ambito esistono codici deontologici ai quali fare riferimento.

Per quanto concerne i regolamenti di procedura che debbono essere depositati presso il Ministero dagli organismi di conciliazione che aspirino alla iscrizione nel registro, la normativa prevede che essi debbano assicurare la riservatezza del procedimento e modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Fermi questi requisiti essenziali si prevede altresì una specifica disciplina del procedimento di conciliazione alla quale debbono uniformarsi i regolamenti di procedura.

²⁰ *Audizione Assonime*, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, 1597.

Il primo comma della norma in esame stabilisce che gli enti pubblici e privati, rispondenti ai requisiti sopra esaminati, possono gestire tentativi di conciliazione nelle materie indicate nell'art. 1 del decreto.

In estrema sintesi, le materie in cui è destinata ad operare la conciliazione stragiudiziale "amministrata" riguardano i rapporti societari in senso lato (ivi comprese le azioni di responsabilità, i trasferimenti di partecipazioni ed i patti parasociali), i contratti del mercato finanziario e taluni profili del diritto bancario e del credito per le opere pubbliche.

L'ambito di applicazione della conciliazione stragiudiziale coincide pertanto con quello del diritto processuale societario ed il ricorso ad esso è incentivato, come si vedrà, da taluni benefici fiscali e stimolato dalla attribuzione della forza di titolo esecutivo al verbale di conciliazione, una volta che esso sia stato omologato dal Presidente del Tribunale.

E' stato peraltro evidenziato in dottrina un possibile profilo di eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

La previsione di "forme di conciliazione", nel testo della legge delega n. 366 del 2001, era limitato alla "materia societaria" che – peraltro – non esaurisce l'ambito di applicazione del nuovo processo societario, ricomprendendosi anche la materia della intermediazione finanziaria, quella bancaria e quella del credito per le opere pubbliche.

In questa prospettiva effettivamente il decreto 5/2003 estende l'ambito di applicazione della conciliazione amministrata a tutte le materie indicate all'art. 1 di esso, e quindi anche alle materie non strettamente societarie.

5.1.2. Incentivi fiscali.

Risalta innanzi tutto la volontà del legislatore di incentivare l'utilizzo della conciliazione stragiudiziale, prevedendo taluni vantaggi dal punto di vista fiscale.

Previsioni simili erano state introdotte in precedenti progetti tra cui quello su iniziativa dell'On. Cola (A.C. 2463 "Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale") che oltre a proporre l'esenzione totale dell'imposta di registro sul verbale di conciliazione, proponeva di ridurre della metà il contributo unificato per le spese degli atti giudiziari in favore di chiunque, nell'adire l'Autorità Giudiziaria, avesse dimostrato di aver precedentemente ed infruttuosamente esperito una procedura di conciliazione (Art. 13, rubricato "Incentivi").

In realtà le agevolazioni ipotizzate erano ancora più allettanti (deducibilità dal reddito imponibile ai fini IRPEG e IRPEF delle spese del procedimento) ma l'opposizione del

Ministero delle Finanze è prevalsa sull'interesse al risparmio dei costi della giustizia, che in definitiva, è alla base del decreto legislativo²¹.

Ad ogni modo, il testo della riforma stabilisce che tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni ulteriore tassa.

In merito, è stato segnalato come tale disposizione sembri legittimare tra l'altro il deposito di atti e documenti quali quelli di origine tecnico – peritale anche in via informale; è evidente in tale scelta la volontà di snellire il procedimento: documenti che prima d'ora erano proponibili solo in forma giurata, con i conseguenti oneri economici, potranno essere depositati in carta libera²².

Una seconda agevolazione stabilisce che l'imposta di registro, cui è soggetto il verbale di conciliazione, dovrà essere corrisposta solo oltre il limite di valore di 25.000 euro. Tale agevolazione è particolarmente rilevante perché invece che calcolarsi sul valore della controversia, con l'entrata in vigore della riforma, elemento di calcolo dell'imposta sarà esclusivamente il verbale di conciliazione, ovvero il valore indicato quale frutto dell'accordo delle parti.

Peraltro anche in merito a questa scelta, si rinvengono precedenti iniziative nelle proposte di legge; la proposta dell'On. Finocchiaro (A.C. 3559), infatti, aveva previsto (art. 3 “Costi, spese ed esenzioni relativi al procedimento di conciliazione”) l'esenzione dell'imposta per i verbali di valore inferiore a 50.000 euro²³.

A ciò avuto riguardo, viene spontaneo domandarsi come mai una riforma finalizzata ad incentivare tecniche alternative di risoluzione delle controversie in materia societaria, pur avendo annunciato importanti sgravi fiscali per agevolarne la diffusione, abbia invece stabilito una così bassa soglia oltre la quale l'imposta di registro sarà normalmente dovuta.

Il timore per nulla remoto è che, per evitare il pagamento dell'imposta di registro, le parti decidano di indicare nel verbale di conciliazione un importo inferiore al reale con l'intento di scendere al di sotto della soglia dei 25.000 euro; si tratterebbe in pratica di un meccanismo simile a quello adottato nelle aule giudiziarie ove le parti coinvolte,

²¹ Esprime il proprio scetticismo nei confronti di tali “timide” agevolazioni fiscali MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, contributo pubblicato sul sito www.judicium.it.

²² Si veda in argomento: L. RUBINO, *Della conciliazione stragiudiziale*, in LO CASCIO (a cura di) *La riforma del diritto societario. I procedimenti*, Milano, 2002, 484.

²³ Come è stato osservato nel corso della Audizione Assonime “l'esenzione proposta dall'art. 39, comma 2, - pari a 25.000 euro – non è coerente con quella già prevista per i processi verbali di conciliazione, fissata (allora) in cento milioni di lire dall'art. 9, comma 9, della legge n. 488 del 1999 (*Audizione Assonime*, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, 1598).

piuttosto che redigere un verbale di conciliazione innanzi al giudice, preferiscono procedere all'estinzione del giudizio e contrattare in via riservata una proposta transattiva²⁴.

E' infine previsto che con decreto del Ministero venga determinato l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle di indennità degli enti che richiederanno l'iscrizione nel registro di cui all'art. 38, 1° comma. Tali tabelle, allegate al regolamento di procedura potranno essere rivalutate ogni tre anni sulla base della variazione, verificatasi nel triennio precedente, dell'indice ISTAT per le famiglie di operai ed impiegati.

5.1.3. Il principio della riservatezza del procedimento.

La tutela della riservatezza – per opinione unanime - costituisce un elemento essenziale per il successo della conciliazione stragiudiziale.

Le parti dovranno essere libere di (ed anzi debbono essere incentivate a) enunciare la propria posizione al conciliatore senza alcun timore che dalle informazioni da esse fornite possano derivare pregiudizi per la soluzione della controversia.

E' del resto indispensabile che le parti, nei loro colloqui separati con il conciliatore, offrano tutti gli elementi conoscitivi del problema, ivi compresi quelli che potrebbero riverberarsi negativamente sulla soluzione della controversia, perché solo così il terzo sarà in grado di orientare utilmente la negoziazione.

In questa prospettiva, molto opportunamente, si esclude l'utilizzabilità in qualsiasi sede delle informazioni e delle dichiarazioni assunte nell'ambito del procedimento di conciliazione.

L'art. 40, comma III, del Decreto dispone infatti, salva l'eccezione prevista relativamente alla posizione assunta rispetto alla proposta avanzata dal conciliatore, che le dichiarazioni delle parti non possono essere utilizzate nell'eventuale successivo processo, né possono essere oggetto di prova testimoniale.

E' il caso di evidenziare che esistono alcuni rischi derivanti da una tutela indiscriminata della riservatezza, come quello ad esempio di favorire comportamenti scorretti delle parti che potrebbero utilizzarla come strumento per scopi dilatori²⁵.

²⁴ Tale problematica è messa in luce da L. RUBINO, *I procedimenti*, op. cit., 485.

²⁵ Un ampio riferimento sulla tematica si rinviene negli studi di F. CUOMO ULLOA, op. cit., 2000, 4, 1283 ss.

5.1.4. I termini di durata delle procedura.

Quanto ai tempi della procedura, il dettato appare vago e di scarsa incisività, tenuto anche conto che, per esempio, nel prevedere l'obbligatorietà del preventivo ricorso alla conciliazione stragiudiziale, la legge n. 281/98 in tema di subfornitura si limita ad indicare un limite di trenta giorni decorsi i quali le parti possono rivolgersi al giudice ordinario ovvero ad una camera arbitrale.

Il progetto di legge n. 3559 (Finocchiaro) prevedeva all'art. 2 comma 7, una durata del procedimento di 60 giorni; il periodo tuttavia può essere protratto fino a novanta giorni in caso di accordo in tal senso delle parti.

Al momento, si può ipotizzare, nel silenzio del decreto ed alla luce dei regolamenti e della legislazione vigente, una durata dei procedimenti gravitante tra i trenta e i sessanta giorni²⁶.

In merito, il Regolamento di conciliazione assistita di controversie societarie della Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea ha previsto una durata di sessanta giorni con la facoltà del Comitato Esecutivo della Sezione Conciliazione di prorogarlo di non oltre trenta giorni.

5.1.5. Istanza di conciliazione: prescrizione e decadenza

L'art. 40, quarto comma, prevede un ulteriore elemento che dovrebbe incentivare l'uso della conciliazione stragiudiziale; il legislatore ha infatti sostanzialmente equiparato sul piano degli effetti sostanziali e processuali la domanda giudiziale e l'istanza di conciliazione²⁷.

Quest'ultima infatti producendo gli effetti previsti dall'art. 2943 e 2945, 2° comma, interrompe la prescrizione e impedisce il maturarsi della decadenza, facendo sì che si realizzi un effetto interruttivo – protratto, analogo a quello che si produce con la domanda giudiziale quando alla domanda segue la pronuncia della sentenza²⁸.

L'istanza di conciliazione produce i suoi effetti non dal momento del suo deposito presso l'organismo di conciliazione, bensì da quello della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione.

²⁶ SOLDATI, *La conciliazione societaria: ambito e modalità di applicazione*, in *Contratti*, 2003, 3, 318.

²⁷ MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 5/2003, 663.

²⁸ Sul tema, il contributo di SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario*, 16, pubblicato su www.judicium.it.

Ci si deve peraltro domandare se tali effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza conseguono soltanto nell'ipotesi in cui la clausola di conciliazione sia contenuta nel contratto o nello statuto, ovvero se essi possano operare anche nell'ipotesi di iniziativa unilaterale di conciliazione.

La presenza di una clausola di conciliazione è richiesta soltanto ai fini della operatività della causa di sospensione del procedimento giudiziario (art. 40 comma VI) ed il mancato richiamo alla presenza della clausola nella disposizione relativa agli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza (art. 40 comma IV) dovrebbe consentire l'interpretazione secondo cui anche dalla iniziativa unilaterale possano conseguire i richiamati effetti.

Se questa risulterà l'interpretazione preferibile, si corre il rischio di consentire ad una sola delle parti di incidere sulla decorrenza dei termini processuali e sostanziali ordinariamente previsti per il ricorso alla tutela giurisdizionale, alimentando un possibile uso distorto del tentativo di conciliazione a scopi meramente dilatori.

La soluzione più ragionevole sarebbe stata quella di prevedere che, in difetto di clausola di conciliazione inserita nel contratto o nello statuto, soltanto l'istanza di conciliazione congiuntamente proposta dalle parti ad un organismo abilitato ai sensi dell'art. 38 possa conseguire gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza indispensabili al fine di un utile esperimento del tentativo di conciliazione.

In questo senso, del resto, dispone il Regolamento ICC/ADR della Camera di Commercio Internazionale (in vigore dal 1° luglio 2001) prevedendo che qualora manchi il previo accordo (e cioè la clausola di conciliazione) l'istanza debba essere avanzata da tutte le parti "congiuntamente"; in difetto è necessaria una esplicita manifestazione di adesione delle altre parti.

L'espressa previsione normativa è stata comunque opportuna poiché risolve un problema da tempo oggetto di studio; si riteneva infatti che la domanda di conciliazione stragiudiziale, stante la tassatività delle ipotesi di prescrizione previste dall'art. 2943 cod. civ., non producesse effetto interruttivo della prescrizione.

Si ritiene peraltro che la riforma non si debba giustificare alla luce di una voluta equiparazione tra domanda giudiziale e istanza di conciliazione, ma piuttosto nel senso di incentivare coloro che desiderano utilizzare la conciliazione stragiudiziale; infatti il tempo utilizzato per trovare una soluzione della controversia in via extragiudiziale non comporta alcun pregiudizio nel caso di successivo passaggio ad un giudizio ordinario, come invece sarebbe avvenuto in mancanza di esplicita previsione.

A ben vedere, il beneficio in esame viene concesso sia che la conciliazione giunga a buon fine, sia nel caso opposto; infatti anche nel caso di esito negativo, la decadenza riprende a decorrere non già dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione,

bensì dalla data di deposito del verbale di conciliazione presso la segreteria dell'organismo di conciliazione²⁹.

5.1.6. La conclusione del procedimento.

Richiamata la distinzione tra i diversi tipi di conciliazione, si può comprendere come il legislatore italiano abbia fatto una sorta di *collage* tra i due diversi metodi compositivi della “conciliazione facilitativa” (*facilitative mediation*) e della “conciliazione valutativa” (*evaluative mediation*); è stato infatti previsto che il conciliatore “assista” le parti assumendo, in una prima fase, il ruolo del mediatore, senza cioè poter proporre una soluzione.

Infatti, solo se le parti lo richiederanno la conciliazione passa da facilitativa a valutativa e il conciliatore potrà/dovrà quindi enunciare la proposta ritenuta più opportuna per venire incontro alle aspettative di entrambe le parti che, a loro volta ed in caso di rifiuto della stessa, potranno indicare la loro posizione definitiva ovvero i punti su cui sono ancora disposti a transigere.

Tali dichiarazioni verranno dunque annotate nel verbale di fallita conciliazione di cui sarà consegnata copia alle parti qualora ne abbiano fatto richiesta.

Il conciliatore da altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Il verbale di conciliazione, sia che il procedimento abbia portato buoni frutti, sia nel caso di fallimento, deve riportare, ai sensi del comma 7, le indicazioni necessarie all'esatta individuazione dell'organismo che ha condotto la conciliazione, con particolare riguardo agli estremi della iscrizione nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 38, 1° comma; è certamente anche questa una garanzia di affidabilità, soprattutto nel caso in cui nel corso della conciliazione si realizzino irregolarità che potranno poi essere valutate secondo quanto disposto dai codici di comportamento degli organismi di conciliazione.

In caso di esito positivo, il conciliatore e le parti procedono alla sottoscrizione di apposito verbale di cui potrà essere richiesta copia che, come sopra ricordato, non potrà essere divulgata nel suo contenuto, stante il dovere di segretezza previsto dal comma 1 e 5.

Accogliendo gli auspici espressi dalla dottrina in ordine alla vincolatività dell'accordo conciliativo³⁰, il legislatore ha previsto che il verbale in questione sia sottoposto al

²⁹ In questi termini cfr. L. RUBINO, *I procedimenti*, op.cit., 508.

Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione; quindi, esperito un controllo di sola regolarità formale, il verbale viene omologato e acquista valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale³¹.

Si tratta con ogni probabilità dell'aspetto più innovativo, con il quale il legislatore prende posizione netta sul problema – assai discusso – della formazione di titoli esecutivi stragiudiziali. Per la verità anche il lodo arbitrale rituale acquista l'efficacia del titolo esecutivo, una volta omologato, ma le ipotesi di titolo esecutivo stragiudiziale sono assai limitate (v. art. 474 c.p.c.)³².

5.1.7. Il comportamento delle parti.

Il comportamento assunto dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione assume rilievo ai fini dell'eventuale giudizio.

Infatti se il 1° comma è dedicato a garantire la riservatezza del procedimento ed il 3° a limitare la possibilità di pubblicità delle motivazioni alla base di una mancata conciliazione, il 5° comma, compatibilmente con quanto stabilito in materia di giudizio ordinario dal codice di procedura civile, conferisce al giudice il potere di valutare il comportamento assunto dalle parti ai fini della liquidazione delle spese processuali.

La novità sta nel fatto che il giudice può valutare l'utilità del ricorso al giudizio ordinario e quindi arrivare persino a condannare la parte vittoriosa nel merito - la quale non soddisfatta del risultato già raggiunto nella conciliazione, aveva dato inizio al processo ordinario - al pagamento delle spese processuali quale "penalità" per avere "inutilmente ricorso alla giustizia togata"³³.

³⁰ In questo senso cfr. G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Pol. Dir.*, 1997, 403 ss.

³¹ In ordine agli effetti dell'accordo di conciliazione si era posta a livello Comunitario la questione relativa a quale efficacia debba essere assegnata a tale atto "inter partes" che il più delle volte risulta essere una transazione, le formule conciliative vengono ritenute dal Libro Verde della Commissione ascrivibili al genere della "transazione". Al momento, tuttavia, solo alcuni Stati membri riconoscono valore di titolo esecutivo alla transazione risultante nel verbale conclusivo di una ADR. Tra questi Stati, il Libro Verde ricorda la Francia e la Germania; quest'ultima, conformemente a quanto stabilito dall'art. 794, paragrafo 1, del codice di procedura civile tedesco, dispone il riconoscimento della transazione, da parte della amministrazione giudiziaria del Land, qualora la procedura ADR sia stata conclusa davanti ad un organismo riconosciuto.

³² Per una lucida ricostruzione delle questioni in materia cfr. PROTO-PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro. It.*, 2003, V, 117 ss.

³³ L. RUBINO, *I procedimenti*, op. cit., 503.

In questo senso la riforma introduce una significativa eccezione al principio della soccombenza che regola il pagamento delle spese giudiziali.

Pur tuttavia non si può non ricordare come la riforma possa anche essere letta nel senso di voler indurre le parti ad accettare le proposte formulate dal conciliatore, attraverso la minaccia di riflessi negativi sul successivo procedimento giudiziario³⁴.

Il meccanismo sopra descritto rischierebbe dunque di pregiudicare alla radice la creazione di quel clima di collaborazione delle parti che costituisce il presupposto necessario per la buona riuscita della conciliazione.

5.1.8. Le clausole di conciliazione nei contratti e negli statuti.

Infine la riforma si occupa del caso in cui l'espletamento del tentativo di conciliazione sia previsto come obbligatorio in un contratto o nella clausola statutaria della società.

Rispetto alla disciplina dell'arbitrato prevista negli artt. 34 – 37, risalta il mancato richiamo alle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio.

A questa prima considerazione, sembra potersene aggiungere una seconda: infatti, mentre le società quotate non possono prevedere tra le clausole del proprio statuto la devoluzione in arbitri delle controversie insorgenti, relativamente al rapporto sociale possono invece predisporre il richiamo al tentativo di conciliazione stragiudiziale.

Infatti, l'art. 1 del decreto, cui fa rinvio il secondo comma dell'art. 38, nello stabilire l'ambito di applicazione della riforma *ratione materiae*, non ne limita l'applicabilità in alcun modo, così estendendone la portata sino a comprendere le società per azioni quotate in borsa.

La principale modalità di attivazione della conciliazione deriva proprio dalla presenza di una apposita clausola.

Soltanto in questa ipotesi il legislatore ha ritenuto che possano riverberarsi effetti sul procedimento giudiziario, comportando la sospensione del processo, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, finalizzata all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Si prevede in tale ipotesi la fissazione da parte del giudice di un termine (non inferiore a 30 e non superiore a 60 giorni) per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un

³⁴ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall'AIA sul tema "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie" tenutosi a Roma il 7 novembre 2002, 89.

organismo di conciliazione (che deve intendersi abilitato ex art. 38) ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto.

Nell'ipotesi di mancato deposito dell'istanza nel termine fissato il processo può essere riassunto così come nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione ed in ogni ipotesi la sospensione del processo non può eccedere il termine di sei mesi dal provvedimento di sospensione.

Tra le possibili opzioni il legislatore ha quindi scelto di escludere che l'iniziativa unilaterale di ricorso ad un tentativo di conciliazione stragiudiziale possa incidere sul corso del processo ordinario e la scelta è certamente da condividersi non potendosi escludersi a priori che la volontà unilaterale di promuovere un tentativo di conciliazione possa nascondere scopi dilatori, come aveva del resto rilevato il Comitato economico sociale europeo nel menzionato parere del dicembre 2002.

D'altra parte la scelta del legislatore non esclude che con il consenso delle parti si possa giungere ad un risultato analogo, essendo a questo proposito noto che le parti possono provocare una sospensione volontaria del processo per un periodo non superiore a quattro mesi (art. 296 c.p.c.).

6. La conciliazione presso la CONSOB in materia di servizi di investimento.

Il settore dei servizi finanziari ha recentemente conosciuto l'introduzione di sistemi alternativi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia, dei quali è opportuno fare cenno poiché essi sono destinati a sopravvivere alla introduzione del modello generale di conciliazione stragiudiziale delle controversie che è in procinto di essere adottato.

Si tratta di due distinti sistemi riferibili rispettivamente ai rapporti tra intermediari ed investitori (per i quali è previsto un procedimento di conciliazione presso la CONSOB) ed alle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari (arbitrato bancario e finanziario sotto l'egida della Banca d'Italia).

Per quanto riguarda il primo sistema, riferito come detto alla tutela dei rapporti tra investitori non professionali ed intermediari finanziari, il Decreto Legislativo n. 179 dell'8 ottobre 2007 ha previsto l'istituzione presso la CONSOB di una Camera di Conciliazione e di Arbitrato delegando a quest'ultima l'emanazione del regolamento attuativo.

Con deliberazione CONSOB n. 16763 del 29 dicembre 2008 è stato adottato il Regolamento attuativo della Camera di Conciliazione e di Arbitrato prevedendosi che tale organismo amministri i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione

da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (art. 4 Reg.).

Gli investitori che possono usufruire di tale procedura di conciliazione sono soltanto gli investitori non professionali, e cioè i clienti al dettaglio e non i clienti professionali o le controparti qualificate secondo le definizioni della normativa di settore.

Si tratta di un procedimento facoltativo, attivabile soltanto su richiesta dell'investitore³⁵.

Il procedimento è in parte modellato su quello di conciliazione in materia societaria (in più punti richiamato) e si può concludere con un accordo che può essere omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e che costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Ove l'accordo non sia raggiunto, se le parti congiuntamente lo richiedano, il conciliatore formula una proposta rispetto alla quale, se la conciliazione non si raggiunge, ciascuna parte indica la propria definitiva posizione o le condizioni alle quali è disposta a conciliare e di esse è dato atto nel verbale di fallita conciliazione.

Allo stato non risulta che la Camera di Conciliazione presso la CONSOB abbia iniziato la propria attività dovendo essere ancora emanate le norme transitorie a ciò finalizzate.

Il ruolo di tale organismo è peraltro destinato ad accrescersi per effetto della previsione contenuta nella nuova disciplina generale della conciliazione, di cui si dirà in prosieguo, che prevede quale condizione di procedibilità, tra l'altro, delle azioni in materia di

³⁵ I commenti sulla disciplina della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB sono già numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza cfr, da ultimo, BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la CONSOB*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, 4 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, 963 ss.; in argomento v. altresì CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1049 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, p. 1445 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, p. 8 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 301 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 137 ss.; CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, p. 1178 ss.; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 705; SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, p. 423 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in *AA.VV., Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, p. 361 ss.

contratti finanziari il previo esperimento del procedimento di conciliazione presso la CONSOB.

7. *La conciliazione in materia bancaria e creditizia.*

Come si è accennato in precedenza, anche per le controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari è stato previsto un sistema alternativo di risoluzione delle controversie.

L'art. 29 del D.Lg.vo del 2005 n. 262, infatti, ha introdotto all'interno del T.U. bancario (D.Lg.vo 1 settembre 1993 n. 385) un nuovo art. 128*bis* che ha delegato il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) d'intesa con la Banca d'Italia la determinazione dei criteri procedurali di risoluzione delle controversie nella materia de qua e di composizione dell'organo decidente finalizzate ad assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

In attuazione della delega il CICR, con delibera 29 luglio 2008 n. 275, ha dettato la disciplina procedimentale e la Banca d'Italia, a sua volta, con comunicato in data 18 giugno 2009 ha dettato ulteriori profili regolamentari e disciplinato i relativi profili organizzativi dando vita così al nuovo organismo denominato Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

Questo nuovo istituto rischia di sovrapporre le proprie competenze, almeno in parte, con quelle attribuite alla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB, di cui in precedenza si è fatto cenno.

Ciò è tanto vero che si prevede la stipulazione di un protocollo di intesa tra i due organismi al fine di precisare quali controversie possano essere sottoposte all'uno o all'altro³⁶.

Non è possibile in questa sede affrontare nel dettaglio la normativa regolamentare dell'arbitrato bancario e finanziario.

Ciò che preme sottolineare è che la configurazione di tale nuovo organismo lo colloca certamente al di fuori del fenomeno della conciliazione stragiudiziale delle controversie poiché il relativo procedimento da un lato prevede, quale condizione di procedibilità della domanda, il preventivo esaurimento della fase di reclamo avanti all'ufficio reclami dell'intermediario finanziario interessato e, dall'altro, qualora il reclamo non abbia avuto esito soddisfacente per il cliente, l'organismo, attraverso le sue emanazioni territoriali, provvede a decidere il ricorso con soluzione aggiudicativa.

³⁶ Sulle competenze e sulla struttura dell'Arbitro Bancario Finanziario v. SOLDATI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 853.

Ove l'intermediario non si adegui alla decisione, l'inadempienza viene resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia.

Si tratta quindi di una creatura ibrida che vorrebbe coniugare la conciliazione e la risoluzione con formula aggiudicativa delle controversie e che invece, per come è stata concepita, non coglie nessuna delle due opportunità.

Da un lato non promuove affatto la conciliazione tra cliente ed intermediario finanziario, rinviandola eventualmente nell'ambito della fase del reclamo presso quest'ultimo e, da altro lato, il procedimento sfocia in una decisione priva di effettività, essendo rimesso alla mera volontà dell'intermediario l'adempimento o meno ad essa.

Non si tratta quindi né di conciliazione, né di arbitrato.

Ciò nonostante, come si vedrà, il legislatore ha ritenuto di imporre, quale condizione di procedibilità, l'esperimento della procedura davanti all'ABF per le controversie in materia bancaria e finanziaria.

8. *La Direttiva Comunitaria 52/2008 del 21 maggio 2008 sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere.*

Come si è in precedenza accennato, la comunità europea ha recentemente ritenuto necessario introdurre un quadro normativo di riferimento in tema di mediazione in materia civile e commerciale, e ciò sulla considerazione che l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie nella materia civile e commerciale.

In data 21 maggio 2008 è stata così adottata la direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (di seguito "la Direttiva").³⁷

La Direttiva trova il suo ambito di applicazione soltanto alla mediazione delle controversie transfrontaliere, ma, come risulta dall'ottavo considerando di essa "nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni".

Poiché il legislatore delegato ha ritenuto, con scelta condivisibile, di avvalersi della opportunità, esplicitamente indicata nella direttiva, di modellare il procedimento di

³⁷ La Direttiva è frutto di un lungo ed approfondito lavoro iniziato nel maggio 2000 da parte del Consiglio dell'Unione Europea sul tema dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Una sintesi della posizione finale del Consiglio, adottata il 28 febbraio 2008 a cura di PEREIRA può leggersi in *L'Observateur de Bruxelles* n. 72 – Aprile 2008, 30 ss. (testo francese).

mediazione interno in conformità ai principi enunciati nella Direttiva, è opportuno fare cenno a questi ultimi³⁸.

Innanzitutto rileva l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo una equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

Sono definiti i concetti di "mediazione" e di "mediatore" precisandosi che la prima riguarda un procedimento strutturato nell'ambito del quale le parti di una controversia tentano di raggiungere su base volontaria un accordo con l'assistenza di un mediatore e che il secondo è inteso quale il soggetto terzo che ha il compito di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente.

Particolare enfasi è attribuita alla qualità dell'attività di mediazione anche attraverso l'elaborazione di codici di autoregolamentazione da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, assicurando nel contempo un efficace meccanismo di controllo della qualità del servizio offerto.

In questa prospettiva dovrà essere incoraggiata la formazione professionale e continua dei mediatori per una efficace gestione della mediazione stessa (art. 4 della Direttiva).

Viene opportunamente precisato che la mediazione oggetto della Direttiva non riguarda né le conciliazioni dinanzi a un organo giurisdizionale né più in generale i procedimenti all'esito dei quali venga emessa una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia.

Ancora, viene precisato che nel concetto di mediazione fatto proprio dalla Direttiva non rientra quella condotta da un giudice che sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla controversia, mentre non si esclude che il giudice possa invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia.

Non è inoltre precluso agli Stati membri prevedere nell'ambito della legislazione nazionale il ricorso alla mediazione obbligatoria sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, a condizione che non sia impedito alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario (art. 5 comma 2).

Cogliendo appieno le esigenze che, secondo l'esperienza internazionale, debbono essere soddisfatte da un efficace sistema di mediazione la Direttiva sottolinea taluni principi che presidiano una efficace mediazione.

Tra questi la riservatezza del procedimento di mediazione nel cui ambito deve essere previsto che né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del relativo

³⁸ Per un approfondimento sui contenuti della Direttiva 52/2008 v. VIGORITI, *La direttiva, cit.*

procedimento siano obbligati a testimoniare nell'ambito di un giudizio o di un arbitrato con riferimento alle informazioni risultanti dal procedimento di mediazione.

E' accolto altresì il principio secondo cui il ricorso alla mediazione non deve pregiudicare i termini di prescrizione o decadenza eventualmente previsti per il promuovimento del procedimento giudiziario o di arbitrato, suggerendo in tal modo che il ricorso alle mediazione possa avere un effetto interruttivo della prescrizione o impeditivo della decadenza.

Altro principio fondamentale è quello secondo cui il contenuto di un accordo scritto risultante dalla mediazione possa acquisire efficacia esecutiva attraverso un idoneo procedimento allo scopo previsto dalla legislazione dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta di esecutività dell'accordo.

Questi, per sommi capi, i contenuti essenziali della Direttiva in argomento, alla quale si è ispirato il legislatore delegato.

E' opportuno ricordare, infine, che a livello europeo la risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo si ispira ai principi contenuti nella Raccomandazione della commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 che, in ragione della natura di tali controversie, è particolarmente cauta.

Essa infatti prevede che le parti debbano essere informate del loro diritto di rifiutare di partecipare ad una procedura di risoluzione extra giudiziale della controversia o di recedere da essa in qualsiasi momento e di adire il sistema giudiziario, rendendo così assolutamente facoltativo l'accesso al tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia.

Ancora, quanto al procedimento di accesso alla procedura di conciliazione stragiudiziale, la Raccomandazione sottolinea da un lato la non obbligatorietà del ricorso ad un professionista legale, ma, dall'altro, facoltizza le parti a farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase della procedura.

Delle indicazioni desumibili dalla citata Raccomandazione dovrà necessariamente tenersi conto nell'esame del modello interno di conciliazione stragiudiziale delle controversie ipotizzato dal legislatore delegato, poiché talune controversie sottoponibili (anche obbligatoriamente) al procedimento di conciliazione ricadono anche nell'ambito delle controversie in materia di consumo e devono quindi conformarsi ai principi informativi della materia a livello comunitario.

II. IL MODELLO ITALIANO DI CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

9. Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega al governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Nell'ambito della riforma del processo civile introdotta dalla recente legge 18 giugno 2009 n. 69 è stata prevista la delega legislativa al governo ad adottare, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (art. 60 legge n. 69/2009).

I principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega sono molteplici.

Quanto all'ambito della mediazione, finalizzata alla conciliazione, si prevede che essa abbia ad oggetto controversia su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia.

Il principio riprende sostanzialmente le previsioni che sul punto sono contenute nella direttiva comunitaria 52/2008, di cui in precedenza si è detto.

L'aspetto più interessante e delicato riguarda il rapporto tra il procedimento di mediazione e l'accesso alla tutela giurisdizionale.

L'approccio del legislatore delegante è anodino in quanto non precisa se, ed eventualmente in che limiti, il legislatore delegato possa prevedere ipotesi di conciliazione obbligatoria.

L'ambiguità della legge delega non può essere semplicisticamente risolta ritenendo che si sia voluto che il legislatore delegato non impedisse l'accesso alla giustizia ordinaria nella materia considerata.

Una tale previsione, infatti, non è neppure ipotizzabile alla luce del disposto dell'art. 24 Cost.

Il problema è allora quello di stabilire se nell'esercizio della delega possano essere previste ipotesi di mediazione che debbono essere necessariamente intraprese prima di dare corso ad iniziative in sede giudiziale.

Il legislatore delegato, come si vedrà, ha ritenuto di essere facoltizzato ad introdurre, con riferimento ad una nutrita serie di controversie, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ponendolo quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale³⁹.

³⁹ In sede di primo commento alla legge delega non sono mancate opinioni nel senso che il legislatore delegato sarebbe facoltizzato alla previsione di tentativi obbligatori di mediazione per determinate

Particolarmente dettagliate sono poi le previsioni in tema di disciplina degli organismi destinati all'erogazione del servizio di mediazione, che devono essere connotati da professionalità ed indipendenza ed iscritti in apposito registro vigilato dal Ministero della Giustizia.

Quanto al procedimento di mediazione si prevede la possibile estensione delle disposizioni in tema di conciliazione societaria.

Si prevede, ancora, la possibilità per i Consigli degli Ordini per gli Avvocati di istituire presso i Tribunali organismi di mediazione che potranno essere iscritti di diritto nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia ed ancora che, in particolari materie, anche altri ordini professionali abbiano facoltà di istituire organismi di mediazione anch'essi iscrivibili di diritto nel richiamato registro.

E' poi previsto il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi della mediazione e di ricorrere agli organismi che erogano tale servizio.

La durata del procedimento di mediazione non può eccedere i quattro mesi ed il costo della procedura possa essere stabilito con atto regolamentare che preveda altresì un incremento delle indennità spettanti al mediatore nell'ipotesi di positiva conclusione del procedimento.

E' prevista altresì la facoltà per il mediatore di avvalersi di esperti con compensi determinati in sede di attuazione della delega.

Il legislatore delegato dovrà altresì prevedere forme di agevolazione di carattere fiscale in favore delle parti, all'evidente scopo di incentivare il ricorso alla mediazione.

Con particolare riferimento alla figura del mediatore i principi e i criteri direttivi sottolineano la necessità di prevedere un regime di incompatibilità funzionale a garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore nello svolgimento della sua funzione.

Ulteriori disposizioni contenute nei principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega riguardano la disciplina delle spese nell'ambito del processo preceduto dal tentativo di conciliazione, facoltizzando il giudice ad escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che abbia rifiutato un accordo il cui contenuto corrisponde interamente al provvedimento che chiude il processo, con condanna al rimborso delle spese sostenute dal soccombente e possibilità per il giudice di condannare il vincitore al pagamento di un ulteriore somma a titolo di contributo unificato.

categorie di controversie: cfr. CARRATTA, in MANDRIOLI e CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217.

Da ultimo si prevede che il legislatore delegato debba assicurare che il verbale di conciliazione possa conseguire efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca altresì titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Queste, per sommi capi, le indicazioni precettive del legislatore delegante ai fini della introduzione nel nostro ordinamento, mediante decreto legislativo, di un modello unitario di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

10. L'attuazione della delega.

L'attuazione della delega ha preso avvio con la predisposizione, da parte dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, di uno schema del decreto legislativo destinato a regolare la materia.

Il testo ministeriale, reso noto all'inizio del novembre 2009, si ispira ai contenuti della Direttiva europea in materia (n. 52/2008 i cui tratti essenziali sono stati illustrati *supra sub § 8*) e tuttavia se ne discostava sotto diversi profili operando scelte che apparivano discutibili alla luce dell'esperienza che negli ultimi decenni è maturata - sia a livello internazionale che interno - nel campo della composizione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale.

Alla circolazione di tale schema ha fatto seguito un ampio dibattito nell'ambito del quale sono state registrate opinioni critiche da parte degli studiosi della materia⁴⁰.

A livello istituzionale alcune perplessità sulle scelte operate in sede di redazione dello schema del decreto legislativo sono state avanzate sia dal CNF, attraverso la Commissione per lo Studio della Mediazione e della Conciliazione, sia dal Consiglio Superiore della Magistratura nell'ambito del parere licenziato con delibera del 4 febbraio 2010.

Anche le competenti Commissioni parlamentari, con i pareri resi in data 20 gennaio 2010 (Commissione Giustizia della Camera) e in data 27 gennaio 2010 (Commissione Giustizia del Senato), hanno sollevato diverse questioni su talune scelte operate nella predisposizione dello schema di decreto legislativo da parte degli uffici ministeriali, ed hanno suggerito alcune modifiche che solo in parte sono state poi recepite.

Lo schema di decreto legislativo, con alcune modificazioni conseguenti alle osservazioni da più parti sollevate ed alle quali si è fatto cenno in precedenza, è stato

⁴⁰ Ad esempio, le osservazioni di CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 L. n. 69/2009*, in *ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 179/2009 del 26 novembre 2009.

poi sottoposto alla deliberazione del Consiglio dei Ministri che lo ha definitivamente approvato nella sua seduta del 19 febbraio 2010.

Il testo così definitivamente approvato consta di 24 articoli, ed è accompagnato da una relazione illustrativa nell'ambito della quale sono esplicitate le ragioni che, ad avviso dei redattori dello schema, giustificano talune scelte oggetto di osservazioni critiche nell'ambito della consultazione alla quale si è fatto cenno in precedenza.

L'emanando decreto legislativo costituisce il primo intervento organico del nostro legislatore in materia di conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, restando peraltro in vigore le norme che disciplinano i procedimenti conciliativi obbligatori in determinate materie (l'art. 23, comma 2, stabilisce infatti la salvezza delle disposizioni che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, tra i quali la relazione ricorda quelli disciplinati dagli artt. 410 e ss. del codice di procedura civile in materia di controversie individuali di lavoro e quello disciplinato dall'art. 4 della L. 3 maggio 1982 n. 203 in materia di contratti agrari. Ma il catalogo dei procedimenti conciliativi obbligatori destinati a sopravvivere è più vasto: si pensi, ad esempio, a quello previsto per le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia, di cui all'art. 1 della L. 31 luglio 1997 n. 249).

Esula dagli obiettivi del presente lavoro la predisposizione di un organico commentario delle disposizioni del decreto legislativo di imminente entrata in vigore. Le considerazioni che seguono sono pertanto finalizzate a sottolineare taluni aspetti della nuova disciplina che in ragione della opinabilità delle scelte che sono state operate, ovvero della rilevanza di esse, appare particolarmente utile illustrare, sia pure in termini necessariamente sintetici.

11. Alcune discutibili scelte del legislatore delegato.

Nella prospettiva di illustrare i profili problematici che conseguono a talune scelte operate dal legislatore delegato, può prendersi le mosse dalla qualificazione dell'attività del mediatore.

Come è stato ricordato in precedenza (*supra* § 2) vi è una netta distinzione tra mediazione "*facilitativa*" e "*valutativa*", osservandosi che il primo tipo di mediazione appare essere più efficace poiché prevede una scelta liberamente presa dalle parti, mentre il secondo configura un'attività del mediatore che si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione, prevedendo la formulazione di una proposta di conciliazione da sottoporre alle parti.

Lo schema di decreto legislativo, nella sua prima formulazione, prefigurava una chiara opzione in favore della mediazione "*valutativa*".

Sin dalla definizione dell'attività di mediazione (art. 1, lett. a)) compariva l'ipotesi della mediazione "*valutativa*" che si sostanzia "*nella formulazione di una proposta per la risoluzione*" (della controversia).

Ma è all'art. 11 che l'opzione per la mediazione "*valutativa*" si profilava netta. Si prevedeva infatti che quando l'accordo non è raggiunto direttamente dalle parti il mediatore debba formulare "*una proposta di conciliazione*" previa informazione alle parti sulle possibili conseguenze di cui al successivo art. 13 (regolazione delle spese del futuro giudizio a carico della parte che abbia rifiutato la proposta se il provvedimento giurisdizionale corrisponde al contenuto di essa).

Questa scelta suscitava rilevanti perplessità perché vulnerava, di fatto, un principio cardine della mediazione/conciliazione stragiudiziale: quello della riservatezza del relativo procedimento. Il verbale di mancato accordo sulla proposta del conciliatore è destinato a (poter) trasmigrare nel fascicolo del procedimento giurisdizionale, sia pure al dichiarato fine di consentire la regolazione delle spese (anche) in deroga al principio della soccombenza. Non solo. Per poter formulare la proposta il mediatore non potrà che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avrà fornito nella aspettativa che esse non avrebbero potuto essere utilizzate a suo danno.

La funzione aggiudicativa che in tal modo veniva assegnata al procedimento conciliativo non trovava giustificazione né nella disciplina comunitaria (che non menziona l'ipotesi della mediazione "*valutativa*") né al prototipo di immediato riferimento, costituito dal procedimento in tema di conciliazione societaria di cui agli artt. 38-40 del D.lgs. 5/2003 che la prevede soltanto a fronte della concorde richiesta delle parti.

Anche il recente intervento legislativo in materia di procedure di conciliazione e arbitrato nelle controversie tra risparmiatori e intermediari finanziari (D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 e regolamento attuativo adottato dalla Consob con delibera 16763 del 29 dicembre 2008) nel rinviare alle preesistenti disposizioni in tema di conciliazione societaria ha escluso l'ipotesi di mediazione "*valutativa*" salvo concorde richiesta delle parti.

La diversa scelta ipotizzata dal legislatore delegato si poneva quindi in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata sia con il D.lgs. 5/2003 sia con i successivi provvedimenti settoriali in materia di conciliazione, che a tale schema base hanno fatto rinvio.

D'altra parte non può sfuggire che l'obbligo per il mediatore di formulare "comunque" una proposta nell'ipotesi in cui le parti non raggiungano direttamente tra loro un accordo, obbligo imposto senza alcun temperamento riferito alla natura della controversia e al grado di conoscenza dei fatti che il mediatore sia stato posto in

condizione di acquisire, poneva le premesse affinché le parti affrontassero il tentativo di conciliazione con cautela e circospezione.

Situazione questa in cui viene mortificata l'essenza dell'istituto della conciliazione stragiudiziale, che presuppone un approccio non circospetto alla negoziazione.

L'obbligo (e non la facoltà) per il mediatore di formulare una proposta destinata a trasmigrare – se non accettata – nel futuro processo per assumere rilievo ai fini della regolazione delle spese sembrava porre le premesse per il fallimento della iniziativa.

Già in sede di commento alla legge-delega gli studiosi della materia avevano percepito il pericolo della introduzione della mediazione “*valutativa*” nell'ambito della quale l'accordo debba essere proposto dal conciliatore, ma aveva escluso che vi fossero indicazioni in tal senso al legislatore delegato osservando come fosse errata l'opinione che vede nella conciliazione un procedimento aggiudicativo destinato a sfociare in una proposta del conciliatore sulla base della opinione che quest'ultimo si sia fatto sulla fondatezza delle rispettive pretese⁴¹.

Anche il CSM, nel suo parere in precedenza citato, aveva segnalato l'incoerenza con la funzione facilitativa del procedimento conciliativo dell'ipotesi della obbligatoria formulazione di una proposta da parte del mediatore, qualora le parti non raggiungano direttamente tra di esse un accordo e nello stesso senso si erano indirizzati i rilievi mossi dalla Commissione del CNF.

La versione finale del decreto legislativo ha modificato le originarie previsioni, prevedendosi ora che qualora l'accordo amichevole non sia raggiunto il mediatore possa, se lo ritiene, formulare una proposta conciliativa che diviene obbligo soltanto quando le parti ne facciano concorde richiesta (così la nuova formulazione dell'art. 11, comma 1, del decreto).

La relazione di accompagnamento al decreto si diffonde sul punto, giustificando la scelta quale sintesi tra le diverse posizioni che caratterizzano l'attuale dibattito sulla mediazione e precisando che la possibilità per il mediatore di formulare comunque una proposta ha anche lo scopo di rimarcare la finalità deflattiva della mediazione, poiché le parti potrebbero essere indotte ad accettare tale proposta a fronte della difficoltà di raggiungere un migliore risultato a seguito di un procedimento giurisdizionale.

Per superare le obiezioni, che persistono, in ordine alla inopportunità che il mediatore, dopo aver acquisito le informazioni riservate che le parti intendano fornirgli, formuli autonomamente una proposta conciliativa che non potrebbe non tener conto di tali informazioni, la relazione ipotizza che in sede di autoregolamentazione del

⁴¹ In questi termini LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010, spec. 233-234.

procedimento da parte degli organismi di conciliazione possa prevedersi che siano due diversi mediatori a condurre rispettivamente la fase di mediazione facilitativa e a formulare la successiva eventuale proposta.

Ma, al di là della complessità della soluzione ipotizzata, non sfugge la constatazione che il diverso mediatore con funzioni “valutative” ben difficilmente potrebbe avere informazioni sufficienti alla formulazione di una proposta suscettibile di condurre ad un accordo.

La soluzione più razionale resta senza dubbio quella di rimettere alla concorde volontà delle parti la facoltà per il mediatore di formulare autonomamente una proposta conciliativa ed è in questo senso, del resto, che è orientata l’esperienza internazionale in materia, come in precedenza si è ricordato.

Restano quindi le perplessità da più parti sollevate sulla scelta di prevedere la formulazione unilaterale di una proposta conciliativa da parte del mediatore (ancorché sia stato eliminato l’obbligo della formulazione di essa), ma deve prendersi atto, nel contempo, che la nuova formulazione del testo legislativo è certamente migliore della precedente, che avrebbe determinato un sicuro insuccesso della conciliazione.

Un altro aspetto sul quale si sono appuntate numerose ed autorevoli critiche⁴² riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie di cui all’art. 5 del decreto.

In ordine a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare più approfonditamente rinviandosi a tal fine al successivo paragrafo.

Notevoli perplessità suscita poi la previsione, contenuta al comma 5° dell’art. 8, secondo cui in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione e qualora non vi sia adeguata giustificazione di essa, il giudice può nel successivo eventuale giudizio trarre dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione argomenti di prova ai sensi dell’art. 116 del codice di procedura civile.

Intanto, rispetto a tale scelta del legislatore delegato, non può non rilevarsi che nulla nella legge-delega sembra autorizzare l’introduzione, a titolo sanzionatorio, di conseguenze così rilevanti nell’ipotesi di mancata partecipazione al tentativo di conciliazione.

Tra l’altro la disposizione in argomento non distingue tra il procedimento facoltativo di conciliazione e quello obbligatorio, introducendo così un vincolo di coazione indiretta alla partecipazione al procedimento conciliativo che non sembra coerente con la

⁴² Ad esempio, da parte del CMS nel suo parere in data 4 febbraio 2010.

fisionomia dell'istituto che si è venuta a configurare nella prassi e nella legislazione sino ad oggi vigente.

Ma i profili critici non si esauriscono nella eventualità di un eccesso di delega da parte del legislatore delegato, per difetto di un principio o criterio direttivo della legge-delega che legittimi la previsione sanzionatoria in argomento.

E' noto infatti che nell'ambito dei principî informativi del processo civile la assenza di una delle parti nell'ambito del processo (che determina il fenomeno della contumacia) è priva di conseguenze sanzionatorie rispetto all'onere probatorio che fa carico a ciascuna delle parti del processo, ed è quindi sostanzialmente neutra a questi fini.

Ed è altrettanto nota la posizione della Corte Costituzionale in ordine al fenomeno della cosiddetta *ficta confessio* a carico della parte contumace⁴³.

In questa prospettiva ha ragione di porsi il dubbio non soltanto sulla coerenza sistematica della previsione che consente al giudice di trarre argomenti di prova dalla mancata partecipazione della parte al tentativo di conciliazione, ma anche sulla legittimità costituzionale di siffatta previsione.

E' assai discutibile, infatti, la coerenza con il canone della ragionevolezza di una norma che consente al giudice di trarre elementi di giudizio dal comportamento meramente omissivo di una parte che non partecipa al tentativo di conciliazione quando una analoga facoltà non è consentita nella omologa situazione in cui una parte scelga di non partecipare al processo, rimanendo contumace.

La questione è più delicata di quanto possa apparire ad una disamina superficiale: si tratta infatti di avallare un principio innovativo che ricollega effetti sfavorevoli al comportamento della parte che sceglie di non partecipare ad una fase preliminare al giudizio in sede contenziosa, quando un tale effetto sfavorevole non è ricollegabile alla mancata partecipazione al giudizio.

Si configura, di fatto, un obbligo giuridico di partecipare al procedimento di conciliazione che è altro rispetto alla previsione (in sé già discutibile) dell'esperimento di tale tentativo quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

⁴³ La Corte ha infatti recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni in ordine alla *ficta confessio* nel rito societario di cui all'art. 13 D.Lgs. n. 5/2003: cfr. Corte Cost., 12 ottobre 2007 n. 340, in *Le Società*, 2008, 495, con commento di SENINI.

La norma è stata censurata sotto il profilo dell'eccesso di delega anche in considerazione del fatto che essa introduceva una innovazione nel sistema del processo civile in assenza di uno specifico principio o indirizzo da parte del legislatore delegante.

Anche nel caso in esame sembrano sussistere le condizioni per una declaratoria di incostituzionalità, poiché il desumere argomento di prova dalla assenza nel processo non è coerente con l'attuale sistema del processo civile.

E' vero che sussiste la necessità di scoraggiare l'atteggiamento ostruzionistico che si concreta nella mancata partecipazione al tentativo di conciliazione e che le osservazioni della Commissione Giustizia della Camera sono state sul punto proprio nel senso di ricollegare la mancata partecipazione di una parte alla mediazione alla applicabilità dell'art. 116 cod. proc. civ. Sembra tuttavia che il mezzo ipotizzato ecceda lo scopo: un conto è infatti penalizzare un atteggiamento non collaborativo con una diversa regolazione delle spese di giudizio, altro è sanzionare tale atteggiamento con un pregiudizio sulla stessa sorte della controversia nel merito.

Il temperamento offerto dalla possibilità per il Giudice di ritenere giustificata la mancata partecipazione alla mediazione, inoltre, non sembra adeguato – attesa la sua generica formulazione – a superare la perplessità che possano essere mosse rispetto alla previsione in esame.

Tali perplessità sono ulteriormente rafforzate dal rilievo che la giurisprudenza interpreta l'art. 116 cod. proc. civ. nel senso che il contegno delle parti può costituire “unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del Giudice” e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo.⁴⁴

D'altra parte, e conclusivamente sul punto, se si considera che nemmeno nell'ambito delle controversie di lavoro l'ordinamento attribuisce alcun rilievo alla mancata partecipazione di una parte al tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 cod. proc. civ., la diversa opzione del legislatore delegato risulta ancor meno condivisibile.

12. Il tentativo di conciliazione quale “condizione di procedibilità” delle azioni giudiziarie in talune materie.

Altra scelta che è destinata a far discutere riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie.

⁴⁴ In questo senso cfr. Cass. 10 agosto 2002 n. 12145; ID. 19 luglio 2002 n. 10568; ID. 16 luglio 2002 n. 10268; ancora più recentemente v. Cass. 27 gennaio 2005 n. 1658. Ma il comportamento rilevante delle parti ai sensi dell'art. 116 c.p.c. è soltanto quello tenuto nel corso del processo, essendo del tutto influente il comportamento tenuto anteriormente al processo: v. Cass. 22 giugno 2001 n. 8596. Ancora, la contumacia del convenuto non può assumere, di per sé sola, un significato probatorio in favore della domanda dell'attore: v. Cass. 9 dicembre 1994 n. 10554. Alla luce della consolidata interpretazione dell'art. 116 c.p.c. quale emerge dai precedenti citati sorprende ancor di più la scelta di attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione di tale norma, alla mancata partecipazione della parte alla mediazione.

Disponeva in proposito l'art. 5 dello schema di decreto legislativo che l'esperimento del tentativo di conciliazione è "*condizione di procedibilità*" di azioni relative a controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa (o altro mezzo di pubblicità), contratti assicurativi, bancari e finanziari (per questi ultimi rinviando ai procedimenti previsti dalle norme di settore: l'art. 128-bis del Testo Unico Bancario, D.Lgs. 385/93, nonché la delibera attuativa del CICR in data 29 luglio 2008 n. 275 per i contratti bancari e il già citato D.Lgs. 179/2007 e la delibera CONSOB n. 16763 del 29.12.2008 per i contratti dei risparmiatori)⁴⁵.

La norma non prende in considerazione il procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di utenza delle telecomunicazioni, che è destinato a sopravvivere (anche per effetto della norma di chiusura di cui all'art. 23 comma 2)⁴⁶.

Il novero della materia per le quali è previsto, a pena di improcedibilità, il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione si è ampliato, nella stesura finale del testo del decreto legislativo, alle controversie in materia di circolazione dei veicoli e natanti, accogliendo un auspicio della Commissione Giustizia del Senato.

In questa scelta si sostanzia la finalità deflattiva del contenzioso civile che è assegnata al provvedimento legislativo in itinere. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità⁴⁷.

Rispetto a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare partitamente.

La relazione di accompagnamento all'articolato si fa carico di un primo rilevante profilo di criticità costituito dalla verifica della compatibilità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione con l'esercizio del diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost.

La relazione conclude, sul punto, per la compatibilità costituzionale del sistema alla luce dei precedenti della Consulta rispetto ad analoghe previsioni legislative che pongono

⁴⁵ Per un sintetico commento delle disposizioni relative alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ed all'Arbitrato bancario e finanziario v. *supra* rispettivamente §§ 6 e 7.

⁴⁶ L'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbono essere precedute, a pena di improponibilità, da un tentativo di conciliazione da esperirsi davanti al Comitato Regionale per le Comunicazioni (CORECOM) competente per territorio, secondo il procedimento disciplinato dai successivi regolamenti di attuazione.

⁴⁷ La stima era peraltro riferita all'originaria formulazione della norma. L'introduzione delle controversie in materia di circolazione di veicoli e natanti nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione determina un consistente incremento del numero delle controversie interessate dalla nuova condizione di procedibilità.

l'esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale (controversie di lavoro e controversie agrarie, per citare le più rilevanti ipotesi).

E' probabile che sotto questo profilo non venga ravvisata una violazione dell'art. 24 Cost., proprio in funzione del rilevante interesse pubblico sotteso alla finalità deflattiva del contenzioso che, in ipotesi, la disposizione in esame vuole (vorrebbe) conseguire.

E' sotto un altro profilo che possono avanzarsi dubbi di legittimità costituzionale della condizione di procedibilità che il legislatore delegato introduce.

La legge delega, infatti, non contiene alcun principio o direttiva che legittimi la scelta del legislatore delegato, né tale scelta può trovare giustificazione nella direttiva comunitaria n. 52/2008: anzi, la legge delega sembra orientata ad indirizzare il legislatore delegato a modellare il proprio intervento sulla falsariga del D.Lgs. 5/2003 il quale, come è noto, non prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa prospettiva l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega si rivela non improbabile⁴⁸.

Ma rispetto alla scelta operata dal legislatore delegato possano essere mosse ulteriori obiezioni.

Come è stato rilevato dal C.S.M., infatti, l'introduzione di un "*doppio binario*" per l'accesso alla mediazione, distinguendo le controversie per le quali il procedimento di mediazione costituisce "condizione di procedibilità" della domanda e quelle, invece, per le quali l'esperimento del tentativo conciliativo è rimesso alla discrezionalità delle parti non solo non trova giustificazione nel testo della delega, ma appare altresì irrazionale avuto riguardo alla eterogeneità delle materie per le quali è prevista l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

La fondatezza del rilievo è di agevole riscontro se si scorre l'elenco delle materie interessate dalla condizione di procedibilità.

Il catalogo delle materie è invero molto vasto e spazia da istituti nei quali il contenzioso è oggettivamente esasperato e troppo gravoso per l'amministrazione della giustizia (il condominio) a vicende che hanno un effetto inflattivo della giustizia civile assai moderato (la diffamazione a mezzo stampa).

⁴⁸ Per la verità, una analoga censura di eccesso di delega in relazione alla introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie sul rapporto di lavoro privato (art. 410 c.p.c. come modificato con il D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80) è stata giudicata infondata da Corte Cost. n. 276 del 2000. La rilevanza, anche costituzionale, della materia in cui è intervenuta la menzionata decisione induce peraltro alla massima cautela nell'ipotizzare una valenza generalizzata per qualsiasi tipologia di controversia.

Anche il CNF ha espresso perplessità circa l'individuazione delle materie soggette alla nuova condizione di procedibilità della domanda, sottolineando la contraddittorietà e irragionevolezza delle scelte effettuate, non parametrata sulle caratteristiche intrinseche della lite.

La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, per parte sua, giustifica la scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità enunciando i tre criteri-guida seguenti.

Un primo criterio individua quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo (ad esempio i rapporti condominiali); un secondo criterio riguarda alcune controversie in materia di risarcimento del danno, rispetto alle quali la composizione stragiudiziale sarebbe particolarmente adatta (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa); il terzo e ultimo criterio riguarda i contatti assicurativi, bancari e finanziari che sottenderebbero rapporti duraturi e per la loro ampia diffusione originano una parte non irrilevante del contenzioso.

Ma l'esame dei criteri selettivi indicati nella Relazione evidenzia le differenze ontologiche tra le varie materie le cui controversie sono accomunate dalla condizione di procedibilità della relativa domanda giurisdizionale e sottolinea semmai la arbitrarietà delle scelte operate in totale assenza nella legge delega di principi o criteri direttivi volti ad orientare il legislatore delegato.

L'irrazionalità di talune scelte, tra l'altro, è palese: in tema di contratti bancari, infatti, costituisce condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale il previo esperimento della procedura attuativa dell'art. 128 bis T.U.B., la quale peraltro non è una procedura conciliativa, bensì aggiudicativa, essendo destinata a sfociare in una determinazione dell'organismo che amministra la relativa procedura.⁴⁹

Al di là delle obiezioni in precedenza avanzate ve ne è una di fondo.

Si tratta della opinabilità in sé della scelta di prevedere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (sia pure per le materie in precedenza ricordate).

E' vero che in astratto si reputa legittimo, sotto il profilo costituzionale, introdurre condizioni di procedibilità (non di proponibilità) dell'azione in sede giurisdizionale subordinando quest'ultima all'esperimento di un tentativo di conciliazione, a condizione che il tempo per l'esperimento del tentativo sia contenuto in modo da non vulnerare il principio del libero accesso alla giustizia, ed è anche vero che la Direttiva 52/2008 non preclude al legislatore di uno Stato membro di prevedere l'obbligatorietà del tentativo

⁴⁹ L'arbitro bancario e finanziario (ABF), infatti, "decide" il ricorso del cliente e non è pertanto ascrivibile alla nozione di "mediatore" fatta propria dallo stesso legislatore delegato. Sulla natura ibrida dell'ABF v. *supra* § 7.

di conciliazione, ma un generalizzato ricorso alla obbligatorietà mortifica l'essenza stessa della conciliazione stragiudiziale.

E' stato al riguardo osservato (dal CSM) che "il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo", altrimenti è destinato a trasformarsi in un mero adempimento formale (e la fallimentare esperienza della conciliazione obbligatoria in materia di lavoro avrebbe dovuto essere di monito al legislatore).

In questo senso l'aver sottoposto oltre un milione di controversie all'anno al tentativo obbligatorio di conciliazione, con la conseguente necessità di formare un "esercito" di mediatori (diverse decine di migliaia) e di una capillare diffusione degli organismi di mediazione, non sembra scelta condivisibile in quanto potenzialmente foriera di un sostanziale insuccesso della conciliazione stragiudiziale.

Il rischio concreto è infatti che il tentativo di conciliazione si sostanzia in un puro e semplice differimento dell'inizio del processo, senza conseguire alcun effetto deflattivo del contenzioso civile e sulla cronica inefficienza dell'attuale processo (finalità, tra l'altro, che vorrebbe giustificare l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e che invece tradisce l'essenza della conciliazione il cui successo è proporzionale all'efficienza della risposta in sede giurisdizionale).⁵⁰

Deve infine rilevarsi che non sembra possibile armonizzare il previsto tentativo obbligatorio di conciliazione con l'orientamento comunitario in tema di soluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori.

La citata raccomandazione del 4 aprile 2001 (2001/310/CE) enuncia il principio, funzionale ad assicurare l'equità della procedura conciliativa, che "*le parti sono informate del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura*". Ne consegue che ove la controversia veda protagonista un consumatore, la sanzione per la mancata partecipazione al procedimento di conciliazione risulterebbe incompatibile con l'orientamento comunitario.

Ciò detto in ordine alla opinabilità della scelta per assurgere il tentativo di conciliazione a condizione della procedibilità della domanda giudiziale in numerose materie, è opportuno esaminare più da vicino le pertinenti disposizioni predisposte dal legislatore all'art. 5 del Decreto di imminente promulgazione.

Come si è in precedenza già evidenziato l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie anch'esse in precedenza indicate.

⁵⁰ Si vedano in proposito le lucide considerazioni di CHIARLONI, *op. ult. cit.*

L'improcedibilità della domanda deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza e sino a quest'ultima può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quest'ultimo, ove ritenga fondata l'eccezione, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione fissando la successiva udienza successivamente alla scadenza del termine (di 4 mesi) per la conclusione del tentativo di conciliazione. Analogamente provvede ove il procedimento di conciliazione sia già iniziato, ma non concluso, prima della instaurazione del giudizio.

Il meccanismo così individuato evita che il giudice debba sospendere il procedimento, imponendo alle parti il successivo onere della riassunzione, come invece è previsto all'art. 412*bis* c.p.c. per le controversie in materia di lavoro.

Una previsione di analogo tenore regola la diversa fattispecie in cui il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedano una clausola di conciliazione ed il tentativo non risulti essere stato esperito prima dell'introduzione del giudizio. In questo caso, ma solo su eccezione di parte proposta nella prima difesa, il giudice (ma anche l'arbitro) assegna termine di 15 giorni per la proposizione della domanda di conciliazione e rinvia ad una udienza successiva allo scadere del termine previsto per la conclusione del relativo procedimento.

In questa ipotesi il tentativo di conciliazione sarà esperito davanti all'organismo previsto pattiziamente, se iscritto nel registro degli organismi abilitati; in diversa ipotesi sarà esperito da un organismo iscritto, anche individuato consensualmente tra le parti.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, peraltro, non preclude la concessione di procedimenti urgenti o cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale (ma anche di quella davanti agli arbitri, secondo il disposto dell'art. 2652, ultimo comma, cod.civ.).

Si tratta di una scelta condivisibile anche alla luce dell'orientamento della Corte Costituzionale che, in riferimento alla condizione di procedibilità dell'azione in materia di utenza nelle telecomunicazioni e pur in assenza di una specifica previsione, ha ritenuto esperibili i rimedi cautelari ed urgenti indipendentemente dall'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione⁵¹.

⁵¹ In questo senso, Corte Cost. 30/11/2007 n. 403, in *Giur. It.*, 2008, 1099, con nota di GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra Giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*. Più in generale, sulla delicata materia del condizionamento della giurisdizione v. TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in FAZZALARI, *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 439 ss..

Rispetto a numerosi procedimenti, poi, non opera la condizione di procedibilità costituita dal tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 5, comma 4, del Decreto).

Più precisamente la condizione di procedibilità non opera:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, terzo comma, del codice di procedura civile;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Si tratta anche in questo caso di una scelta condivisibile che tiene adeguato conto della struttura e della funzione dei procedimenti in precedenza indicati.

Come ha osservato il CSM nel più volte citato parere del 4 febbraio 2010, peraltro, sarebbe stata opportuna l'esclusione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche per la fase successiva a quella "interinale" ovvero "d'urgenza" di taluni procedimenti e sarebbe stato altresì molto utile ampliare il novero dei procedimenti rispetto ai quali non opera la condizione di procedibilità anche al procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 702*bis* c.p.c., attesa la sua funzione acceleratoria della definizione del giudizio.

Con una disposizione applicabile non soltanto alle materie per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione si prevede che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, possa invitare le stesse a procedere alla mediazione.

L'invito deve essere effettuato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non sia prevista, prima della discussione della causa.

Se le parti aderiscono all'invito il giudice rinvia la causa ad una data successiva alla scadenza del termine utile per la mediazione e se necessario fissa il termine di 15 giorni per l'introduzione della relativa domanda.

Si tratta dell'ipotesi cosiddetta di mediazione *delegata* ad opera del giudice che è espressamente prevista dalla Direttiva 52/2008 a condizione che il relativo

procedimento non si svolga davanti allo stesso giudice chiamato a conoscere della controversia.

Sul punto la posizione del CSM è critica, ritenendosi più funzionale che il tentativo di conciliazione nel corso del giudizio sia condotto dallo stesso giudice procedente, eventualmente con il supporto di un ausiliario *ad hoc*.

Ma tale critica non sembra fondata proprio in considerazione delle caratteristiche che debbono presiedere alla conciliazione stragiudiziale e che impongono che il mediatore risulti estraneo, sotto ogni profilo, alla controversia: il che, inevitabilmente, non potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui la conduzione della mediazione dovesse avvenire sotto l'egida dello stesso giudice che, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, dovrà poi decidere la controversia⁵².

13. Il ruolo degli avvocati: il compito degli ordini forensi e i doveri del singolo professionista.

Per affrontare il tema del ruolo dell'Avvocatura nella conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali sono indispensabili alcune premesse.

L'attuale sistema formativo dei futuri avvocati, ivi compreso l'esame di abilitazione all'esercizio della professione, non prevede specificamente alcuna preparazione in tema di metodi alternativi di risoluzione delle controversie; in sede di esame, poi, non è richiesta nemmeno la conoscenza dell'istituto dell'arbitrato (tranne per coloro che optino per l'interrogazione orale in materia di diritto processuale civile).

La mancata conoscenza del fenomeno delle ADR costituisce ad un tempo causa ed effetto del generale disinteresse che, rispetto a tale fenomeno, si registra nell'ambito della categoria.

Come è stato rilevato, diverse sono le ragioni che contribuiscono alla diffusa scarsa attenzione dell'avvocatura per i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie: la non familiarità con questi metodi, che provoca una scarsa considerazione della loro

⁵² Si deve dare atto, peraltro, del crescente consenso che conosce in ambito internazionale l'orientamento favorevole ad attribuire al giudice una attiva partecipazione al tentativo di conciliazione endo-processuale.

Molto interessanti sono, in proposito, le considerazioni del prof. GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 985 ss. L'A. si sofferma sulla evoluzione delle *Rules of civil procedure* inglesi (Woolf Reform del 1999) secondo le quali il giudice deve orientare le parti a trovare un accordo e sui "Principi di procedura civile transnazionale" adottati dall'American Law Institute nel maggio 2004 e dall'UNIDROIT nell'aprile dello stesso anno che escludono che una partecipazione attiva del giudice al tentativo di conciliazione possa pregiudicarne o metterne in discussione l'imparzialità.

utilità; il timore della riduzione delle proprie competenze professionali; la perdita di controllo sul caso; l'abitudine alla conflittualità ed ai sistemi aggiudicativi di soluzione delle controversie.⁵³

L'esperienza internazionale, peraltro, consente di rilevare che l'avvocato è destinato a svolgere un ruolo fondamentale, dal quale può trarre beneficio, nell'ambito della gestione delle ADR.

L'avvocato, infatti, è chiamato ad intervenire sotto diversi profili: quale gestore della scelta di avvalersi di un sistema di ADR più confacente agli interessi del cliente; quale consulente e negoziatore per conto del cliente nel procedimento di mediazione; infine, quale mediatore professionale.⁵⁴

D'altra parte se è vero che la gestione di procedure di ADR non impone di per sé l'assistenza tecnica di un legale (così come essa non è prevista nel procedimento arbitrale), nulla vieta alla parte di avvalersi di un legale, come del resto enuncia chiaramente la Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 (2001/310/CE).

Come è stato correttamente osservato, la questione relativa all'assistenza tecnico-legale nell'ambito delle ADR è complessa e non consente una soluzione perentoria.

Una soluzione equilibrata sarebbe quindi quella di affidare al mediatore il compito di avvisare la parte che la natura e la complessità della controversia rende opportuna l'assistenza legale.⁵⁵

L'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema generalizzato di conciliazione amministrata impone agli avvocati un diverso approccio al tema delle ADR, coerente con il nuovo ruolo che tale sistema assegna alla professione legale.

⁵³ Interessanti considerazioni in proposito si rinvengono nel lavoro di UZQUEDA, *Il ruolo degli avvocati nella conciliazione*, in ALPA E DANNOVI, *op. cit.*, 227 ss. L'A. osserva, in particolare, che gli avvocati sono tradizionalmente abituati, nella gestione dei conflitti, ad uno schema vincente-perdente in cui la soluzione della controversia è affidata ad un terzo imparziale che applica una regola generale di diritto al caso concreto.

Completamente diverso è l'approccio da cui muovono gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e che ipotizza che tutte le parti possono avvantaggiarsi con l'individuazione di una soluzione creativa e che ogni conflitto è differente e non deve necessariamente essere risolto con l'applicazione di una regola di diritto.

⁵⁴ I diversi ruoli che l'avvocato può svolgere nell'ambito delle ADR e le opportunità professionali che ne conseguono sono approfonditi da UZQUEDA, *op. ult. cit.*,

⁵⁵ Queste condivisibili considerazioni sono recentemente sviluppate da VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 1 ss.

In argomento v. altresì BERLINGUER, *Solo un maggior coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 46, 10.

Il ruolo fondamentale assegnato all'avvocatura nell'ambito della conciliazione stragiudiziale è riconosciuto dalla stessa legge delega con la previsione che i consigli degli ordini forensi possono costituire organismi di mediazione avvalendosi del proprio personale ma utilizzando locali loro messi a disposizione dall'amministrazione della giustizia.

L'art. 18 dello schema di decreto legislativo ripete sostanzialmente le disposizioni della delega, aggiungendo che gli organismi istituiti dai consigli degli ordini forensi potranno usufruire di locali loro messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.

Anche alla luce di quanto si è in precedenza osservato in merito alle numerose ipotesi di mediazione obbligatoria emerge con evidenza il ruolo fondamentale assegnato ai consigli degli ordini forensi.

Questi sono chiamati ad una grande responsabilità, ben avvertita dal Consiglio Nazionale Forense che ha costituito una apposita commissione i cui lavori sono tra l'altro finalizzati alla predisposizione di un regolamento-tipo per i procedimenti di conciliazione amministrati presso i vari consigli degli ordini e delle più appropriate regole di formazione dei mediatori, attraverso corsi di perfezionamento a ciò specificamente dedicati.

Non vi è dubbio che gli organismi istituiti dai consigli degli ordini forensi sono destinati a costituire l'ossatura fondamentale, omogeneamente radicata sul territorio, dell'intero sistema di conciliazione stragiudiziale delle controversie.

Si tratta quindi di una grande sfida che l'avvocatura può affrontare cogliendo l'opportunità di lavoro che essa offre per i giovani avvocati: essi infatti possiedono già le nozioni giuridiche di base indispensabili per assistere le parti nella redazione di un accordo valido ed eseguibile anche coattivamente e potranno rapidamente acquisire, attraverso la frequenza ad appositi corsi, la specifica professionalità del mediatore che coinvolge diverse discipline (dalla psicologia all'*"arte della negoziazione"*, disciplina quest'ultima che in molti paesi ha ormai dignità scientifica).

Venendo ora ai doveri dell'avvocato, si osserva che l'originaria bozza di decreto legislativo (art. 4, ultimo comma) prevedeva l'obbligo per il professionista *"nel primo colloquio con il cliente"* di informare quest'ultimo, chiaramente e per iscritto, della possibilità di usufruire delle forme di conciliazione previste nel decreto e delle agevolazioni fiscali che ad esse sono connesse.

In difetto di informazione scritta la norma sanzionava di nullità il contratto d'opera professionale dell'avvocato. Il documento contenente le richieste informazioni doveva altresì essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio e in difetto avrebbe dovuto essere il giudice d'ufficio a informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

La relazione illustrativa, per parte sua, chiariva che la nullità del contratto d'opera non si riverbererebbe sulla procura alla lite, che trova la sua autonoma disciplina nella legge processuale, e configurerebbe una "nullità di protezione" in favore del cliente. Si evidenzia altresì, nella relazione, l'opinione che il mero vincolo disciplinare al rispetto della previsione in tema di informativa al cliente non sarebbe sufficiente allo scopo.

Rispetto alle previsioni in esame potevano essere mossi numerosi rilievi.

Intanto è opportuno osservare che sul punto la legge delega (art. 60, comma 3, lettera n) della legge n. 69/2009) si limita a prevedere "il dovere" dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione assistita. Ne consegue che la previsione sanzionatoria della nullità del contratto d'opera professionale in difetto della prescritta informativa avrebbe potuto configurare un eccesso di delega con conseguente incostituzionalità della disposizione non sorretta da specifica indicazione legislativa che la legittimi.

Ma anche volendo superare il possibile rilievo di eccesso di delega, sfuggivano le ragioni della previsione in esame.

E' noto infatti che una delle situazioni tipiche riconducibili alla funzione dell'azione di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 cod.civ. è proprio quella del contratto nullo in cui una delle parti abbia eseguito la sua prestazione. Ne consegue che dalla nullità del contratto d'opera professionale per difetto della richiesta informativa sarebbe derivato il diritto dell'avvocato che avesse eseguito il mandato professionale ad agire per indebito arricchimento.

Il Consiglio Nazionale Forense ha espresso netto dissenso rispetto all'ipotesi di nullità del contratto d'opera introdotta dalla bozza e aveva sollecitato un ripensamento ministeriale in proposito.

Anche le Commissioni parlamentari hanno suggerito la limitazione della sanzione per l'omessa informativa all'illecito disciplinare.

La definitiva formulazione della norma (art. 4, ultimo comma, dello schema di decreto) recepisce in parte le osservazioni critiche mosse alla originale formulazione.

L'obbligo di informativa dell'avvocato sulla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, obbligatorio o facoltativo, e delle agevolazioni fiscali previste in proposito opera non più nell'ambito del primo colloquio con il cliente, bensì "all'atto del conferimento dell'incarico".

Non è stata accolto l'invito, proveniente anche dalla sede parlamentare, di limitare la sanzione per l'omessa informativa al cliente a quella disciplinare, ritenendosi necessaria una tutela rafforzata della parte coinvolta che necessariamente deve andare al di là dei profili deontologici (in questo senso si esprime la Relazione illustrativa).

La sanzione peraltro è stata, per così dire, declassata alla annullabilità del contratto d'opera professionale, ferma restando la validità della procura alle liti quale atto interamente disciplinato dalla legge processuale e quindi insensibile alla sorte del contratto di patrocinio.

Preso atto delle modifiche introdotte in sede di stesura definitiva del decreto legislativo, peraltro, restano sostanzialmente immutate le perplessità sollevate con riferimento al testo originario e, prima tra tutte, quella relativa ad un possibile eccesso di delega, poiché il principio direttivo della legge-delega sul punto (art. 60, terzo comma, lett. n) L. n. 69/2009) non prevede l'introduzione di alcuna sanzione riferibile al contratto d'opera professionale.

In ogni caso è evidente che la grave sanzione della annullabilità del contratto d'opera professionale per difetto di informativa specifica e scritta sulle opportunità di mediazione e sulle agevolazioni fiscali a questa connesse non è affatto garanzia di una effettiva informazione al cliente.

E' agevole immaginare, infatti, che l'onere di documentare l'avvenuta informativa possa essere adempiuto attraverso moduli inseribili nel contesto della procura alla lite, così come è già avvenuto con riferimento alle informative in tema di trattamento dei dati personali.

14. Gli organismi "speciali" di mediazione.

Fermo restando il ruolo preminente assegnato all'avvocatura nella istituzione di organismi di conciliazione, lo schema di decreto legislativo all'art. 19 prevede che altri consigli degli ordini professionali possano – previa autorizzazione ministeriale – costituire "*organismi speciali*" di conciliazione.

Secondo quanto emerge dalla relazione illustrativa questi "*speciali*" organismi di mediazione dovrebbero avere una competenza limitata alle specifiche materie tecniche oggetto delle varie professioni regolamentate (medici, ingegneri, commercialisti e così via).

Da un lato è evidente la differenziazione di questi "*speciali*" organismi rispetto a quelli istituiti dai consigli degli ordini forensi: questi ultimi godono, per così dire, di una competenza generale, indipendentemente dalla materia del contendere. Dall'altro lato, tuttavia, non si può non rilevare che rispetto all'ambito di operatività degli "*speciali*" organismi istituiti dai consigli degli ordini professionali diversi da quelli forensi si pone un problema delicato.

Ove la materia del contendere coinvolga un appartenente all'ordine che gestisce l'organismo di mediazione, infatti, vengono necessariamente messi in discussione i profili di imparzialità e di indipendenza che connotano la figura del mediatore.

Di tale situazione si è dimostrato consapevole il legislatore in materia di arbitrato amministrato, prevedendo all'art. 832 c.p.c. che *“le istituzioni a carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi delle categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi”*⁵⁶.

Si potrà naturalmente obiettare che le due situazioni non sono equiparabili perché quella presa in considerazione dall'art. 832 c.p.c. riguarda una procedura aggiudicativa in senso stretto qual è l'arbitrato e non una procedura conciliativa, ma resta il fatto – ineliminabile – della dubbia sussistenza, nell'ipotesi considerata, dei necessari requisiti di terzietà del mediatore.

15. La “competenza” degli organismi.

Un aspetto della normativa di imminente promulgazione che merita di essere approfondito è quello dell'accesso ai vari organismi di mediazione.

La modalità di avvio del procedimento si sostanzia nel deposito della domanda di mediazione presso un organismo abilitato (art. 4 comma 1 del Decreto). Nulla si dispone in ordine ai criteri di individuazione di tale organismo, consentendo così alle parti, ma anche a quella che unilateralmente decide di avviare la procedura, di scegliere liberamente a quale organismo rivolgersi.

L'unico criterio richiamato per la selezione tra più domande di mediazione relative alla medesima controversia è quello della prevenzione, ancorata al dato temporale del deposito della prima domanda.

La relazione ha cura, in proposito, di precisare le ragioni della scelta di non ancorare l'accesso alla mediazione a rigidi criteri di competenza *“territoriale”*, ravvisate da un lato nelle difficoltà applicative anche ai fini della risoluzione di contrasti sulla scelta e, dall'altro, nella previsione che – almeno in alcune materie – gli organismi di conciliazione *“ben difficilmente conosceranno una distribuzione così capillare da riprodurre la competenza degli uffici giudiziari”*.

⁵⁶ Sulla necessità di una riformulazione dell'art. 832 c.p.c. che escluda dal divieto di cui al IV comma della citata disposizione le associazioni che non rappresentino una determinata categoria v. PUNZI, *Brevi note sull'arbitrato amministrato*, cit. spec. 1329.

E' innegabile che l'introduzione di qualsiasi criterio selettivo della "competenza" degli organismi di mediazione in ragione della loro ubicazione territoriale ponga delicate questioni (quale criterio adottare? Chi decide sui conflitti di competenza?) e che la soluzione più semplice è quella al momento ipotizzata.

Ma se le ragioni che inducono a prevedere l'assenza di regole sulla competenza territoriale si giustificano certamente con riferimento all'ipotesi della conciliazione volontaria, molti dubbi in proposito si pongono con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa ipotesi, infatti, il legislatore intende porre una "condizione di procedibilità" dell'azione giurisdizionale costituita dall'esperimento del tentativo di conciliazione.

Ma in tutte le ipotesi in cui il legislatore impone un tentativo obbligatorio di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, si rinviene una precisa individuazione dell'organismo incaricato della relativa procedura (così in tema di controversie di lavoro l'art. 410 c.p.c.; in materia agraria l'art. 46 della legge n. 203/82; in tema di telecomunicazioni l'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249 e regolamenti attuativi; in tema di sub-fornitura l'art. 10 della legge 18 giugno 1998 n. 192, per citare le principali ipotesi).

In questa prospettiva la previsione che il tentativo di conciliazione debba avere luogo davanti ad un organismo avente sede nell'ambito della circoscrizione territoriale del giudice che sarebbe competente per il merito della controversia era auspicabile.

Entrambi i rami del Parlamento avevano in proposito suggerito di introdurre un criterio di competenza territoriale specifico riferito all'ubicazione della sede dell'organismo nel circondario del tribunale ovvero nel distretto della Corte di Appello che sarebbero competenti a decidere la corrispondente causa di merito.

Anche il CSM si era espresso nel senso che la scelta di non fissare alcun criterio di competenza territoriale o per materia, utile per individuare l'organismo di mediazione competente in relazione all'oggetto della domanda di mediazione, appariva irrazionale e inidonea a garantire il funzionamento della mediazione.

La relazione sullo schema finale del decreto delegato, tuttavia, giustifica con plurime argomentazioni il mantenimento della scelta di non stabilire alcun criterio di individuazione dell'organismo che deve essere adito anche in materia di conciliazione obbligatoria.

Nella relazione si osserva, infatti, che la mediazione non avrebbe un oggetto necessariamente corrispondente ad una lite e quindi potrebbe includere più cause suscettibili di diverse competenze.

Ancora, si obietta che lo stesso bene della vita è spesso suscettibile di più domande, anch'esse corrispondenti a plurime competenze.

Sotto altro profilo, infine, si argomenta sulla impossibilità di risolvere i conflitti tra le competenze degli organismi a meno di non rimettere al giudice della successiva causa di merito ogni valutazione in proposito con eventuali ricadute negative, quali il regresso della causa ad una nuova fase precontenziosa di mediazione con possibile lesione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

Pur essendo comprensibile la difficoltà di trovare una efficace soluzione al problema della individuazione di un criterio di selezione, su base territoriale, dell'organismo davanti al quale debba essere esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, non vi è dubbio che la soluzione prescelta di non dettare alcuna regola sia discutibile, in quanto foriera di possibili abusi.

Sotto questo profilo la soluzione ipotizzata nella Relazione, secondo cui potrebbe costituire giustificato motivo di mancata partecipazione al tentativo obbligatorio di conciliazione l'introduzione di esso davanti ad un organismo che non ha alcun collegamento con le parti o con i fatti controversi non è evidentemente in grado di superare le obiezioni in precedenza illustrate.

16. Il rapporto tra l'ente che amministra il tentativo di conciliazione e le parti e le responsabilità conseguenti.

La legge-delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali (art. 60 della L. 19/6/2009 n. 69) dispone che, nell'attuazione della delega, il legislatore debba *“prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione”* (art. 60, terzo comma, lett. b), L. 69/2009).

Vi è quindi una chiara opzione in favore della *“mediazione amministrata”*, per tale intendendosi la gestione del procedimento finalizzato alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, affidata ad enti che garantiscano la professionalità e la qualità del relativo servizio.

Il legislatore delegato, per parte sua, con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (pubblicato sulla G.U. n. 53 del 5/3/2010 ed in vigore dal 20 marzo 2010, di seguito *“il Decreto”*) ha dato attuazione a tale principio direttivo introducendo una specifica disciplina degli organismi di mediazione, in larga misura modellata sugli organismi di conciliazione in materia societaria di cui all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, richiamando altresì le norme regolamentari riferite a questi ultimi e contenute nei decreti del Ministro della Giustizia 23 luglio 2004 n. 222 e n. 223.

Le richiamate disposizioni regolamentari sono destinate a disciplinare la formazione del registro degli organismi e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli organismi iscritti e la determinazione delle indennità a questi ultimi spettanti per l'erogazione del servizio di mediazione.

Per quanto concerne la costituzione degli organismi di mediazione il *Decreto* prevede, all'art. 16, che “*gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art. 2 del presente decreto*” e quindi nell'ambito di controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili.

Gli organismi così costituiti debbono necessariamente essere iscritti nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia la cui disciplina, sino all'emanazione delle apposite norme regolamentari ad opera dello stesso Ministero, è regolata dai già citati decreti ministeriali in tema di conciliazione societaria.

La previsione di organismi deputati ad amministrare lo svolgimento della mediazione finalizzato alla conciliazione ed ai quali le parti debbono (nelle materie di cui all'art. 5 del *Decreto*) necessariamente fare ricorso quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rende necessario indagare il problema connesso alla natura del rapporto che si instaura tra le parti della procedura di mediazione e l'organismo che la amministra, nonché quello con il terzo mediatore e le responsabilità che conseguono all'instaurazione di tali rapporti.

Si tratta di un profilo di indagine relativamente nuovo che non ha ancora formato oggetto di studi approfonditi.

Con riferimento ai rapporti tra l'organismo di mediazione e le parti del relativo procedimento si ripropongono, in larga misura, le questioni – da tempo invece oggetto di indagine in dottrina – relative alla esperienza degli arbitrati amministrati, che sotto questo profilo non si differenziano sostanzialmente rispetto alle procedure di mediazione amministrata⁵⁷.

⁵⁷ Per quanto riguarda l'esperienza italiana in tema di arbitrato amministrato un importante punto di riferimento è tuttora costituito da NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957; utili riferimenti sono riportati da RECCHIA, *L'arbitrato istituzionalizzato nell'esperienza italiana*, in *Riv. Arb.*, 1992, 165 ss.; interessanti considerazioni sul ruolo delle camere arbitrali sono svolte da RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, 461 ss.; per una efficace sintesi delle problematiche connesse agli arbitrati amministrati v. POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, in *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di IRTI, Torino, 1997, 13 ss.; una ampia ed importante rassegna delle questioni relative all'arbitrato istituzionale si deve a AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di ALPA, Torino, 1999, 809 ss.; con specifico riferimento agli arbitrati amministrati dalle camere di commercio v. BUONFRATE-LEOGRANDE, *L'arbitrato*

Le principali questioni che debbono essere affrontate riguardano, da un lato, la qualificazione giuridica del rapporto che si instaura tra l'organismo di mediazione e le parti e, dall'altro, quello relativo alle responsabilità conseguenti all'inadempimento od inesatta esecuzione del rapporto da parte dell'organismo chiamato ad amministrare la mediazione finalizzata alla conciliazione.

L'indagine deve necessariamente prendere le mosse dalle funzioni che la nuova disciplina legislativa di imminente entrata in vigore assegna agli organismi di mediazione.

Le funzioni espletate dall'organismo di mediazione sono molteplici.

Innanzitutto vi è quella, necessaria ai fini della iscrizione nell'apposito registro, della predisposizione di un regolamento della procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione che deve essere improntato ai principî di informalità, rapidità e riservatezza e deve altresì contenere le modalità di nomina del mediatore funzionali a garantirne l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Si tratta di un compito essenziale ai fini di una corretta disciplina della procedura di mediazione, specialmente con riferimento a due aspetti fondamentali costituiti da un lato dalla verifica preventiva, attraverso apposite dichiarazioni richieste al mediatore nominando, della insussistenza di situazioni di incompatibilità e per converso sussistenza della imparzialità del mediatore e, da altro lato, della scrupolosa osservanza

amministrato dalle camere di commercio, con introduzione di GIOVANNUCCI ORLANDI, Milano, 1998; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 663 ss.. Più recentemente E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1 ss.; AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino 2006, 49 ss.; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.* 2007, 295 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2008, 993 ss.; PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, 1325 ss.; BERLINGUER, *L'arbitrato amministrato*, in (a cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, Conciliazione, l'arbitrato amministrato*, Bologna 2009, 405 ss.; GALLETTO, *op. ult. cit.*, *Il ruolo delle istituzioni arbitrali*, 395 ss.

Sulla conciliazione amministrata in Italia v. BUONFRATE-LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione* in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.; CAPONI-ROMUALDI, *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, cit. 152. MINERVINI, *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, II, 945; *id.*, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in GABRIELLI-LUISSO (a cura di), *I Contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 242 ss.. Per una ricostruzione del fenomeno della conciliazione amministrata in Italia v. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*. in *Riv. arb.*, 2005, 401 ss. ed ivi ampia bibliografia; UZQUEDA, *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 162 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1215 ss.

del principio di riservatezza non solo della procedura ma anche e soprattutto degli atti e delle informazioni acquisite nell'ambito del procedimento.

Le regole funzionali a garantire l'adempimento di questi obblighi devono essere contenute nel codice etico adottato dall'organismo, anch'esso oggetto di deposito presso il Ministero della Giustizia⁵⁸.

Accanto a queste attività essenziali per assicurare la tutela dei diritti delle parti che accedono al procedimento di mediazione, si pongono poi le funzioni più prettamente amministrative, alle quali conviene fare brevemente cenno⁵⁹.

Nell'ambito di queste funzioni rientra innanzitutto l'adozione di tariffe predeterminate per l'espletamento del servizio, accessibili agli utenti in via preventiva e sottoposte all'approvazione ministeriale (attualmente ai sensi del D.M. Ministero della Giustizia 23 luglio 2004 n. 223).

L'organismo di mediazione deve altresì mettere a disposizione delle parti locali idonei allo svolgimento del tentativo di conciliazione ed assicurare la necessaria assistenza amministrativa, comprensiva dell'onere di adeguata informazione delle parti in ordine al servizio espletato ed alle finalità del medesimo.

Vi è poi l'attività relativa alla gestione amministrativa in senso stretto della procedura.

In questa prospettiva rileva la tempestiva comunicazione all'altra parte della domanda di mediazione, alla quale consegue l'effetto interruttivo della prescrizione e impeditivo della eventuale decadenza.

Ulteriori attività fondamentali sono costituite dalla nomina del mediatore, essendo peraltro facoltà delle parti individuare congiuntamente il mediatore abilitato presso l'organismo prescelto, secondo il regolamento uniforme di conciliazione adottato da Union Camere nel maggio 2005 al quale tendenzialmente, anche se non necessariamente, si uniformano gli altri regolamenti.

⁵⁸ Il punto di riferimento per la predisposizione del Codice etico si rinviene nel Codice europeo di Condotta per mediatori presentato il 2 luglio 2004. Nel preambolo a tale Codice si evidenzia che esso stabilisce una serie di principi ai quali i singoli mediatori possono spontaneamente decidere di aderire, sotto la propria responsabilità. Anche le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione possono impegnarsi in tal senso, chiedendo ai mediatori che operano nell'ambito dell'organizzazione di rispettare il Codice. E' fatta salva la facoltà per le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione di elaborare codici più dettagliati adattati al tipo di servizio di mediazione che esse offrono.

Il Codice etico, peraltro, si riferisce specificamente all'attività del mediatore, piuttosto che a quella dell'organismo che gestisce il relativo servizio.

⁵⁹ Per una ricostruzione delle varie fasi del procedimento di conciliazione v. UZQUEDA, *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di) *op. cit.*, 162 ss.

Anche la tempestiva fissazione della riunione finalizzata all'esperimento della mediazione è compito dell'organismo.

Quest'ultimo, ancora, dovrà cooperare, attraverso la sua struttura amministrativa, all'attività del mediatore ed assisterlo nella predisposizione degli atti formali conclusivi del procedimento (verbale di mancata conciliazione ovvero verbale contenente l'accordo raggiunto tra le parti).

La segreteria dell'organismo è altresì depositaria dei processi verbali che documentano l'esito del procedimento e può rilasciare copia di essi alle parti che lo richiedano.

Dalla sommaria descrizione delle funzioni espletate dall'organismo di mediazione emerge con evidenza che il rapporto che si instaura tra quest'ultimo e le parti è di natura composita e conseguentemente di difficile collocazione sistematica.

Per affrontare il tema della qualificazione del rapporto che si instaura tra l'organismo di mediazione e le parti che accedono alla procedura da questi gestita, un utile punto di riferimento è costituito dalla esperienza maturata in materia di arbitrato amministrato.

La qualificazione del rapporto che intercorre tra le parti e l'istituzione arbitrale costituisce una delle questioni più dibattute nella materia considerata.

La dottrina, fermo restando il carattere contrattuale del rapporto, si divide innanzitutto sulla natura del regolamento arbitrale al quale le parti hanno inteso aderire con la stipulazione della clausola compromissoria ovvero successivamente.

Da un lato si sostiene che esso costituisca un'offerta al pubblico che impegna l'istituzione come proposta contrattuale nei confronti dei soggetti che si trovino nelle condizioni previste dal regolamento⁶⁰.

Sul presupposto, al contrario, secondo cui la distribuzione del regolamento avrebbe lo scopo di informare il pubblico circa le modalità di svolgimento della procedura arbitrale amministrata ma non fonderebbe l'obbligo dell'istituzione ad accettare l'incarico, si argomenta la natura di invito ad offrire⁶¹.

Ulteriore ed ancor più delicato profilo riguarda la qualificazione del contratto che lega le parti e l'istituzione arbitrale.

La pluralità dei servizi e delle prestazioni offerta dall'istituzione consente di rilevare che il rapporto contrattuale che si instaura tra essa e le parti partecipa degli elementi

⁶⁰ Così, ad esempio, MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990, 3 ss., argomentando nel senso che il rifiuto della prestazione da parte della istituzione non discende da una valutazione discrezionale bensì soltanto dalla constatazione della insussistenza delle condizioni previste dal regolamento medesimo.

⁶¹ Cfr., in questo senso, RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, 460.

caratteristici di diversi contratti tipici, quali ad esempio l'appalto di servizi, il mandato ed il contratto di opera intellettuale, sicché se ne è rilevata in dottrina la ascrivibilità alla categoria dei contratti misti⁶².

Alcuni autori ritengono peraltro che la qualificazione più corretta sia quella che ascrive il contratto tra le parti e l'istituzione arbitrale al mandato, discutendosi peraltro se si tratti di mandato con rappresentanza ovvero di mandato senza rappresentanza⁶³.

La tesi del mandato, peraltro, privilegia ai fini qualificatori soltanto taluni aspetti del complesso rapporto che si instaura tra le parti e l'istituzione, ma sembra non considerare che nell'ambito del contratto complesso non può escludersi ogni rilevanza degli altri elementi voluti dalle parti che concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale con la conseguenza che, anche volendo riconoscere la prevalenza dell'elemento causale tipico del mandato, non si può escludere l'applicabilità di altre norme in quanto non incompatibili con quelle che disciplinano il contratto prevalente.

Per queste ragioni resta più persuasiva la tesi che qualifica tale contratto alla stregua di un contratto complesso o misto in cui accanto alla disciplina del mandato troveranno applicazione, se del caso, le norme che disciplinano l'appalto di servizi ovvero quelle relative alla prestazione d'opera.

Potrebbe altresì sostenersi la natura di contratto atipico del rapporto che lega le parti e l'istituzione arbitrale in quanto l'attività di quest'ultima, che si sostanzia nella amministrazione del procedimento arbitrale, pur presentando i connotati tipici di taluni tipi contrattuali, non ne rivela uno prevalente.

Si osserva, in proposito, che tendenzialmente l'oggetto del mandato deve consistere nel compimento di uno o più atti giuridici per conto del mandante, dovendosi così escludere che possa dar luogo ad un mandato lo svolgimento di attività organizzativa ovvero esecutiva riguardante adempimenti tecnico-pratici e di cooperazione materiale.

Se i rilievi che precedono sono condivisibili ne esce rafforzata appunto la tesi della atipicità del contratto che lega l'istituzione arbitrale con le parti⁶⁴.

Con riferimento al fenomeno della conciliazione amministrata si è recentemente osservato che il servizio di conciliazione è prestato sulla base di un rapporto giuridico che può definirsi "*contratto di amministrazione di conciliazione*" nell'ambito del quale la pubblicità del regolamento del servizio costituirebbe offerta al pubblico ovvero, ove il

⁶² Cfr. CAPONI, *op. cit.*, 678, ed ivi ulteriori riferimenti alle diverse teorie.

⁶³ Per la prima tesi cfr. POLVANI, *op. cit.*, 23; per la seconda RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, 461.

⁶⁴ Sulla natura del rapporto tra le parti e l'istituzione arbitrale v., da ultimo, BERLINGUER, *op. cit.*, 408, che propende per la qualificazione quale fattispecie contrattuale mista che riassume in sé i lineamenti di altri fattispecie contrattuali tipiche (appalto di servizi, mandato, contratto d'opera intellettuale) assieme a taluni connotati propri.

regolamento non contenesse tutti gli elementi per la conclusione del contratto, semplice invito ad offrire⁶⁵.

Anche con riferimento al rapporto contrattuale che lega l'organismo di mediazione alle parti sembra possibile riferirsi, dal punto di vista qualificatorio, a quanto in precedenza si è argomentato con riferimento all'analogo fenomeno dell'arbitrato amministrato e così privilegiare la tesi che qualifica tale contratto alla stregua di un contratto complesso o misto in cui accanto alle regole del mandato troveranno applicazione, se del caso, le norme che disciplinano l'appalto di servizi ovvero quelle relative alla prestazione d'opera.

Per quanto riguarda il rapporto tra il mediatore e le parti, invece, è dubbia la possibilità di fare riferimento, ai fini della sua individuazione e conseguente qualificazione, al rapporto che si configura tra l'arbitro e le parti.

Quest'ultimo rapporto è pacificamente riconducibile allo schema del contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 cod. civ. tra l'arbitro e le parti e ciò discende dalla constatazione che la nomina degli arbitri, salvo ipotesi eccezionali, è sempre riferibile a un atto di volontà delle parti stesse, rispetto alle quali l'arbitro, dietro compenso, si obbliga a decidere la controversia insorta⁶⁶.

Nell'ambito della mediazione amministrata, al contrario, è ipotesi eccezionale quella in cui siano le parti ad individuare e a nominare il conciliatore: ove tale ipotesi ricorra è ragionevole ritenere che si instauri tra mediatore e parti un contratto d'opera

⁶⁵ In questo senso, cfr. ROMUALDI, *op. cit.*, spec. 407. Secondo l'A. il contratto di amministrazione di conciliazione presenta elementi dell'appalto di servizi e dell'opera intellettuale: da un lato infatti l'istituzione presta i servizi inerenti alla amministrazione del procedimento e dall'altro presta un'opera intellettuale nel tentare la conciliazione tra le parti avvalendosi del conciliatore, con il quale essa conclude a sua volta un contratto di prestazione d'opera intellettuale.

⁶⁶ In giurisprudenza tale qualificazione è assolutamente pacifica, ritenendosi che *“qualunque sia la natura – pubblicistica o privatistica – dell'arbitrato rituale, certo è che fra i contendenti e gli arbitri si perfeziona, con l'accettazione da parte di questi ultimi dell'incarico, un contratto di diritto privato, dal quale deriva, da un lato l'obbligazione degli arbitri di decidere la controversia ad essi devoluta compiendo tutte le attività necessarie strumentali o consequenziali e, dall'altro a carico solidale dei committenti l'obbligo di corrispondere agli arbitri il compenso per l'opera prestata e di rimborsare ai medesimi le spese anticipate per il giudizio (art. 814, comma 1, c.p.c.). Si tratta di un negozio riconducibile nello schema del contratto di opera intellettuale (art. 2230 c.c.)”* (Cass., 4 aprile 1990, n. 2800, in *Riv. Arb.*, 1991, 87 ss.; più recentemente Cass., 26 novembre 1999, n. 13174, in *Foro It. Mass.*, 1999). E' interessante notare che in altri ordinamenti, quale ad esempio quello tedesco, il rapporto contrattuale tra arbitri e litiganti è da qualificarsi come contratto di servizio nell'ipotesi in cui sia previsto – come normalmente accade – un corrispettivo in favore degli arbitri mentre la qualificazione in termini di mandato è propria delle rare ipotesi in cui l'incarico dell'arbitro sia svolto gratuitamente; per un approfondito studio sulla disciplina tedesca in materia cfr. SANGIOVANNI, *Il rapporto contrattuale tra gli arbitri e le parti nel diritto tedesco*, in *I Contratti*, 2005, 827 ss.

professionale nell'ambito del quale il mediatore si obbliga ad attivarsi professionalmente, con la necessaria diligenza, per l'espletamento del tentativo di conciliazione.

Al di fuori dell'ipotesi eccezionale sopra ricordata, invece, l'attività del mediatore sembra configurabile quale ausiliaria di quella espletata dall'organismo di mediazione e sarà quindi quest'ultimo ad instaurare un contratto di prestazione d'opera con il mediatore⁶⁷.

Tale ricostruzione potrebbe essere messa in discussione alla luce di quanto oggi dispone l'art. 14 del *Decreto* sotto la rubrica "*obblighi del mediatore*".

La disposizione citata, infatti, al suo primo comma prevede che "*Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti*".

La formulazione della norma è ambigua, in quanto non esclude che il mediatore assuma diritti o obblighi nei confronti delle parti in relazione alla prestazione della sua opera, né in senso contrario può argomentarsi dal divieto per il mediatore di percepire compensi direttamente dalle parti.

Quest'ultima previsione, infatti, è conforme alla prassi seguita da numerose istituzioni che gestiscono arbitrati amministrati che si interpongono nel pagamento dei compensi liquidati agli arbitri.⁶⁸

Dovrà conseguentemente approfondirsi la questione se effettivamente nell'ambito della mediazione amministrata il rapporto contrattuale si svolga esclusivamente con l'organismo che gestisce quest'ultima ovvero se accanto al contratto con l'organismo possa o debba individuarsi anche un contratto di prestazione d'opera intellettuale tra le parti e il mediatore.

Venendo ora ad esaminare i profili di responsabilità degli organismi di mediazione nei confronti delle parti, possono svolgersi le sintetiche considerazioni che seguono.

⁶⁷ In questo senso, cfr. ROMUALDI, *op. cit.*, spec. 408 e nota ⁽²⁶⁾.

⁶⁸ Secondo la prassi della Camera di Commercio Internazionale, ad esempio, il pagamento delle spese dell'arbitrato in favore degli arbitri viene effettuato dal segretariato in nome e per conto delle parti, in virtù del mandato di pagamento conferito con il contratto di arbitrato, mentre le relative fatture vengono emesse dagli arbitri direttamente a carico delle parti: sulla disciplina delle spese secondo il regolamento ICC v. recentemente ALLOTTI, in BRIGUGLIO-SALVANESCHI (a cura di) *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, Commentario*, sub. art. 31, Milano, 2005, 535.

Il problema della responsabilità degli enti che offrono servizi di amministrazione dell'arbitrato ovvero della mediazione finalizzata alla conciliazione è tra i più delicati e meno indagati nella materia considerata.

Con riferimento all'esperienza dell'arbitrato amministrato, storicamente più diffusa, le indicazioni rinvenibili nella dottrina e nella giurisprudenza non sono numerose.

Nell'esperienza dell'arbitrato internazionale amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale si rinvergono pochi precedenti in tema di responsabilità nell'ambito della gestione di un arbitrato amministrato.

Una relativamente recente decisione della Corte di Appello di Parigi sembra presupporre la sussistenza di responsabilità dell'ente che amministra l'arbitrato per inadempimento agli obblighi contratti con le parti nell'ambito della organizzazione dell'arbitrato, anche se nel merito esclude che siano ravvisabili profili di responsabilità⁶⁹.

L'ipotesi di una responsabilità dell'ente che amministra l'arbitrato è peraltro presa in considerazione dalla nuova versione del regolamento della ICC il quale all'art. 34, sotto la rubrica "*esclusione della responsabilità*" così dispone:

"Né gli arbitri, né la corte e i suoi membri, né la Camera di Commercio Internazionale e i suoi dipendenti, né i comitati nazionali sono responsabili verso chiunque per atti o omissioni relativi ad un arbitrato".

Si tratta di una significativa novità introdotta nella nuova versione del regolamento emanata nel 2001 e non è difficile immaginare che la norma sia stata dettata proprio dal precedente giurisprudenziale al quale si è fatto riferimento⁷⁰.

Una previsione analoga è contenuta nel regolamento ICC/ADR, sempre del 2001. Dispone infatti l'art. 7 comma 5 di tale regolamento che:

"Né il Terzo, né la Camera di Commercio Internazionale e il suo personale, né i Comitati nazionali della ICC saranno responsabili nei confronti di chicchessia per fatti, atti od omissioni connessi al procedimento ADR".

⁶⁹ Si tratta della decisione del COUR D'APPEL DE PARIS 1ère Ch. A, 15 settembre 1998, *Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale*, in *Riv. arb.*, 2000, 793 con nota di GOSI, *Sulla responsabilità della CCI quale istituzione permanente di arbitrato* ed ivi le pertinenti indicazioni bibliografiche.

⁷⁰ Sulla esclusione convenzionale della responsabilità della ICC e degli Arbitri v. PIETRANGELI, in BRIGUGLIO-SALVANESCHI, *op. cit.*, sub art. 34, pag. 559 ss. ove interessanti considerazioni anche in ordine alla diversa soluzione sulla validità della clausola di esonero da responsabilità nei vari ordinamenti.

Nel nostro ordinamento, peraltro, l'efficacia delle clausole di esonero della responsabilità degli enti che amministrano l'arbitrato o il servizio di mediazione deve essere verificata alla luce delle disposizioni di cui all'art. 1229 cod. civ., a mente del quale è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

In ogni caso, per quanto consta, i regolamenti attualmente utilizzati nella prassi italiana non contengono clausole di esonero della responsabilità.

La questione deve quindi essere risolta secondo i principi generali.

In questa prospettiva si osserva che la riconduzione del rapporto tra l'organismo di mediazione e le parti ad un contratto (sia pure di incerta qualificazione tale da indurre a ritenere l'atipicità di tale rapporto) rende applicabili le norme codicistiche in tema di adempimento delle obbligazioni.

Errori e/o omissioni nell'espletamento dell'incarico ricevuto dalle parti espongono quindi l'organismo alle conseguenti responsabilità per inadempimento e/o inesatto adempimento.

Saranno applicabili le regole che addossano al debitore della prestazione l'onere di dimostrare che l'inadempimento deriva da causa a lui non imputabile e più in generale tutte le regole in materia di responsabilità contrattuale.

Non è difficile immaginare ipotesi di responsabilità dell'organismo di mediazione: si pensi, ad esempio, alla violazione del dovere di riservatezza che connota tutto l'espletamento della procedura di mediazione, ma anche alla omissione della tempestiva trasmissione della domanda di conciliazione, quando da tale omissione consegue un danno (mancato o ritardato effetto interruttivo della prescrizione o impeditivo della decadenza).

Sussisterà, ancora, responsabilità nell'ipotesi in cui venga predisposto un accordo di conciliazione in materia di diritti indisponibili ovvero il cui contenuto sia contrario a norme imperative.

La nullità dell'accordo determinerà una evidente responsabilità contrattuale dell'organismo di mediazione anche sotto il profilo di cui all'art. 1228 cod. civ. secondo il quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi (nella specie il mediatore) risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

Ancora, vi sarà responsabilità nell'ipotesi in cui l'organismo non sia più abilitato, attraverso la persistente iscrizione nel registro ministeriale, all'espletamento del servizio offerto.

In questo caso, infatti, l'eventuale verbale di accordo non potrà conseguire l'omologazione da parte del Presidente del tribunale, difettando un presupposto legale necessario ai fini della attribuzione dell'efficacia di titolo esecutivo al verbale di accordo.

Ancora, la mancanza di imparzialità o di professionalità nella gestione della procedura di mediazione possono certamente costituire fonte di responsabilità dell'organismo nei confronti delle parti del procedimento.

Le ipotesi di responsabilità dell'organismo che gestisce il tentativo di conciliazione, del resto, sono da tempo all'attenzione degli organi comunitari.

Di questi problemi si è discusso nell'ambito del Libro Verde Comunitario, relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (pubblicato in data 19/4/2002, COM[2002]196*def.*), rilevandosi che gli stati membri non sembrano possedere norme specifiche relative alla responsabilità dei mediatori o conciliatori e tuttavia osservandosi che la creazione di un regime di responsabilità potrebbe avere, se ponesse misure troppo vincolanti, effetti negativi sulla utilizzazione dell'istituto della conciliazione assistita.

Il Comitato Economico e Sociale Europeo, per parte sua, nel dicembre 2002 ha sottolineato l'inopportunità di dettare regole speciali in materia di responsabilità dei terzi conciliatori e/o degli organismi che amministrano la conciliazione, ma nel contempo ha indicato quale punto essenziale la previsione che i terzi (cioè i conciliatori) stipolino una assicurazione di responsabilità civile o a titolo personale o per il tramite dell'organismo che li ha designati, sottolineando ancora che l'obbligatorietà della assicurazione dovrebbe risultare nel futuro codice deontologico europeo destinato ai terzi che partecipano a procedure di ADR.

Anche il nostro legislatore ha preso in considerazione le ipotesi di responsabilità degli organismi di conciliazione.

Nell'ambito della conciliazione societaria la responsabilità del servizio di conciliazione è disciplinata dall'art. 14 del Decreto Min. Giustizia 23 luglio 2004 n. 222, ai sensi del quale il conciliatore designato deve eseguire personalmente la sua prestazione e della sua opera risponde anche l'ente o l'organismo di appartenenza.

Dalla richiamata disposizione regolamentare emerge la previsione di un duplice profilo di responsabilità nell'ambito del servizio di conciliazione: da un lato la responsabilità diretta del mediatore e dall'altro quella indiretta dell'ente o dell'organismo di appartenenza, introdotta dalla locuzione "*anche*". Vertendosi in tema di adempimento delle obbligazioni il richiamo di una responsabilità "*anche*" dell'ente sembra alludere alla responsabilità per fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 cod.civ., già richiamato.

Resta da aggiungere, sul punto, che quel tipo di responsabilità si estende anche ai fatti dolosi o colposi posti in essere dagli ausiliari, ampliando così la tutela dell'altro contraente.

La responsabilità dell'organismo che amministra la conciliazione, ancora, è presupposta, all'art. 4 del menzionato Decreto, dalla previsione secondo la quale ai fini della iscrizione nel registro presso il Ministero deve essere prodotta una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 € per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione.

La previsione è in sintonia con le indicazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie, delle quali si è fatto cenno in precedenza.

Dalle considerazioni che precedono emerge il rilievo che la questione della responsabilità degli organismi di mediazione è destinato ad assumere nell'ambito del nuovo modello uniforme di mediazione in materia civile e commerciale di imminente entrata in vigore.

Tali profili assumono ancora maggior rilievo in considerazione della introduzione del tentativo obbligatorio di mediazione amministrata in una vasta gamma di materie, soluzione che il nostro legislatore ha ritenuto di imporre nonostante le fondate obiezioni che rispetto a tale scelta sono state da più parti avanzate.

In questa prospettiva risalta la stretta correlazione che lega le delicate questioni connesse alla adeguata formazione dei mediatori ed i profili di responsabilità dell'organismo chiamato ad amministrare il procedimento di mediazione.

17. La formazione dei mediatori.

Si è già detto in precedenza che il legislatore delegante aveva affidato al Governo il compito di prevedere che il servizio di mediazione venisse offerto attraverso organismi professionali ed indipendenti.

Nel dare corso alla delega il legislatore si è indirizzato, come del resto aveva indicato la legge-delega, verso il modello di conciliazione amministrata previsto in materia societaria e del quale si è riferito in precedenza (*supra* I § 5).

E' stato così previsto che gli enti pubblici o privati che intendano costituire organismi di mediazione debbano offrire necessariamente garanzie di serietà ed efficienza, anche con riferimento al delicato profilo della formazione dei mediatori.

Dispone a questo proposito l'art. 16 comma 5 del decreto l'istituzione presso il Ministero della Giustizia di un "*elenco dei formatori per la mediazione*" finalizzato a garantire elevati livelli di formazione dei mediatori.

E' evidente che punto di riferimento per la predisposizione del futuro decreto ministeriale che dovrà disciplinare la materia non potrà che essere quanto è già stato previsto per la materia della conciliazione societaria.

In tale materia, come è noto, è intervenuto il Decreto Dirigenziale 24 luglio 2006 che ha approvato il modello di domanda per l'iscrizione al registro degli organismi di conciliazione ed i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati alla formazione dei conciliatori⁷¹.

Ai sensi del menzionato Decreto i requisiti di accreditamento dei soggetto e/o enti abilitati alla formazione dei conciliatori sono i seguenti:

“1. attestazione di impegno a svolgere corsi di formazione per conciliatori, ciascuno per un numero massimo di 30 partecipanti, con le seguenti caratteristiche:

- almeno 32 ore di lezione, di cui non meno di 16 ore di pratica e 4 ore per la valutazione, con i seguenti contenuti minimi: strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione; principi, natura e funzione della conciliazione; esperienze internazionali e principi comunitari; compiti, responsabilità e caratteristiche del conciliatore; rapporti tra conciliatore e organismi di conciliazione; tecniche di conciliazione; la procedura di conciliazione; rapporti con la tutela contenziosa;

2. almeno 8 ore di lezione con i seguenti contenuti minimi: le controversie di cui all'art. 1 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5; i riti societari di cognizione ordinaria e sommaria;

3. attestazione di disponibilità di strutture e locali idonei a consentire lo svolgimento dei corsi di formazione di cui sopra;

4. attestazione di disporre di almeno 3 formatori che siano in possesso dei requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori e che abbiano maturato esperienze almeno triennale quali docenti in corsi di formazione nelle materie giuridiche o economiche;

5. attestazione di impegno a svolgere, a pena di decadenza dell'accREDITAMENTO, almeno 90 ore annuali dedicate all'attività di formazione dei conciliatori.”

E' evidente l'influenza sulla determinazione di tali requisiti degli *standard* per la formazione dei conciliatori delle Camere di Commercio predisposti da Union Camere nel maggio 2005.

Tali *standard* disciplinano in modo particolareggiato i corsi di formazione dei conciliatori ed i percorsi ulteriori finalizzati alla formazione continua, quale requisito imprescindibile per la permanenza negli elenchi dei conciliatori delle Camere di Commercio.

⁷¹ Per un commento a tale Decreto, v. CUOMO ULLOA, *Al via il mercato della conciliazione societaria. Qualche riflessione sul registro degli organismi di conciliazione*, in *I Contratti*, 2006, 1156 ss..

La previsione di regole per la formazione dei conciliatori professionali attraverso l'accREDITamento degli enti abilitati ad espletare tale attività ha posto il problema della coerenza del sistema così regolamentato con la logica sottesa alla apertura di un mercato dei servizi di conciliazione, indifferentemente erogati da soggetti pubblici o privati.

Ma, come è stato osservato, si tratta di una scelta ragionevole ed opportuna in quanto funzionale a perseguire quelle garanzie di serietà ed efficienza degli organismi di conciliazione che lo stesso legislatore della riforma societaria aveva ritenuto imprescindibili⁷².

Nella logica, poi, di privilegiare un sistema di conciliazione amministrata la normativa in materia societaria ha previsto l'accREDITamento degli enti deputati alla formazione dei conciliatori, anziché prevedere – come pure è possibile – l'accREDITamento dei singoli conciliatori.

Anche la nuova disciplina di cui all'emanando decreto si muove nella stessa prospettiva, riservando l'attività di formazione agli enti accREDITati presso il Ministero.

La scelta è condivisibile, in quanto funzionale alla attivazione di un "efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione" che gli Stati membri debbono adottare in sede di attuazione della Direttiva 52/2008 (art. 4.1.).

Anche la delicata tematica della formazione dei mediatori è affrontata dalla citata Direttiva, che a tal fine prevede che vengano incoraggiate la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente (art. 4.2.).

La predisposizione di un efficace sistema di controllo della qualità del servizio di mediazione, infine, risulta imprescindibile in un contesto normativo che imporrà il ricorso obbligatorio alla mediazione assistita in oltre un milione di controversie all'anno, coinvolgendo decine di migliaia di mediatori che debbono necessariamente possedere un adeguato livello di preparazione: la previsione di un meccanismo di accREDITamento degli enti promotori dei futuri mediatori secondo regole uniformi è dunque condizione imprescindibile per lo sviluppo di un efficace sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie.

⁷² V. in proposito, le considerazioni sviluppate da CUOMO ULLOA, *op. ult. cit.*, 1157.

18. *Gli incentivi fiscali.*

In coerenza con quanto disposto dalla legge-delega l'emanando decreto disciplina una serie di incentivi fiscali finalizzati a favorire il ricorso alle procedure di mediazione o, più esattamente, agli accordi di conciliazione nell'ambito di tali procedure.

Anche in questo caso sono parzialmente ripresi i contenuti delle disposizioni già in vigore in tema di conciliazione societaria.

In tema di imposta di registro si prevede (art. 17 comma 3) che il verbale di accordo sia esente da imposta entro il limite di valore di 50.000,00 €, ferma restando la debenza dell'imposta per la parte eccedente. Viene in tal modo elevato il tetto di esenzione che, per le conciliazioni in materia societaria, era previsto nella misura di 25.000,00 €.

L'agevolazione è particolarmente rilevante perché il calcolo dell'imposta viene effettuato non con riferimento al valore della controversia bensì con quello indicato quale frutto dell'accordo delle parti.

Altra agevolazione fiscale riguarda la prevista esenzione di tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura (art. 17 comma 2).

In considerazione della natura obbligatoria (nelle materie di cui all'art. 5) del tentativo di conciliazione è previsto che la parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione del patrocinio a spese dello Stato e ne faccia documentata richiesta, non sia obbligata alla corresponsione di alcuna indennità per il servizio di mediazione reso dall'organismo abilitato.

Ulteriore disposizione agevolativa sotto il profilo fiscale riguarda il credito d'imposta riconosciuto alle parti in relazione all'indennità da esse corrisposte ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione (art. 20).

Si prevede, in particolare che in caso di successo della mediazione venga riconosciuto un credito d'imposta commisurato all'indennità versata dalla parte, fino alla concorrenza di 500,00 €, con riduzione della metà nell'ipotesi invece di insuccesso della mediazione.

Il credito d'imposta è comunque commisurato, in misura proporzionale, all'ammontare delle risorse stanziato a tal fine con decreto del Ministro della Giustizia.

19. *Miti e realtà della conciliazione.*

Occorre fare cenno, in conclusione, a taluni fraintendimenti che spesso accompagnano i dibattiti in tema di conciliazione stragiudiziale.

Questa forma di composizione stragiudiziale delle controversie non può essere mitizzata al punto di farla assurgere al ruolo di soluzione capace di per sé di risolvere le croniche disfunzioni del nostro sistema di giustizia civile.

E' sufficiente leggere le considerazioni di Piero Calamandrei sullo stato della giustizia civile in Italia (nel 1921), recentemente riproposte nel volume "*Sine causidicis*" edito dal CNF, per rendersi conto che la situazione, a quasi un secolo di distanza, non è poi così diversa (o migliore) da quella allora descritta.

Non sarà certo l'ampliamento della ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione che potrà porre rimedio alla inefficienza della giustizia civile, che abbisogna di ben altri interventi che presuppongono peraltro l'utilizzo di risorse oggi (apparentemente) non disponibili.

Anzi, come molti hanno osservato, il successo della conciliazione stragiudiziale presuppone (o dovrebbe presupporre) un efficiente sistema della giustizia civile che induca a preferire la soluzione negoziata al rischio della soccombenza totale in giudizio.

In questa prospettiva non può condividersi l'enfasi con la quale la relazione di accompagnamento al decreto di imminente promulgazione sottolinea la capacità deflattiva del contenzioso civile che sarebbe connaturale alla introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La sostanziale inefficacia, a fini deflattivi del contenzioso civile, del tentativo obbligatorio di conciliazione è del resto testimoniata dai dati che riguardano le controversie di lavoro, nel cui ambito il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Come è stato recentemente ricordato, infatti, su 321.998 richieste di conciliazione obbligatoria pervenute alle Direzioni Provinciali del Lavoro nel 2008 soltanto 60.690 si sono concluse positivamente ed analoga tendenza si è registrata anche nei precedenti anni 2006 e 2007⁷³.

E' vero, come riferisce la stampa, che la domanda di conciliazione ha conosciuto negli ultimi anni una crescita esponenziale (peraltro con diffusione non omogenea nel territorio), ma leggendo i relativi dati statistici si rileva che la domanda non è tendenzialmente spontanea, ma indotta⁷⁴.

⁷³ Si vedano in proposito i dati riferiti da MACIOCCHI, *Conciliazione: un'opportunità da sottrarre al rischio di una strumentalizzazione per gli interessi privati*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 46, 16 ss..

⁷⁴ I dati sono riferiti da NEGRI, *Procedure di conciliazione con bilancio 2008 da record*, in *Il Sole 24 Ore* del 13/2/2010, pag. 23.

A fronte di oltre 100.000 domande di conciliazione presentate nel 2008 (100.783) quasi il 40% (38.801) riguarda la conciliazione presso i Corecom il cui tentativo, come è noto, costituisce addirittura condizione di proponibilità della domanda in sede giudiziale.

Altra rilevante parte della domanda di conciliazione (circa il 40%) riguarda il cosiddetto servizio di conciliazione paritetica sulla base di un accordo tra imprese e associazioni di consumatori.

Le domande di conciliazione presso le Camere di Commercio sono state poco più di 20.000, mentre quelle al di fuori del circuito camerale sono state soltanto 244 (pari a poco più dello 0,02% del totale).

Al di là delle rilevazioni statistiche sulla domanda di conciliazione, sarebbe interessante conoscere la percentuale di successo delle relative procedure⁷⁵.

La realtà del fenomeno conciliativo, quale emerge dai dati in precedenza evidenziati, è quindi ben lontana dal legittimare le ottimistiche aspettative che sono indotte dalla lettura della relazione di accompagnamento al decreto legislativo.

In questo senso una effettiva capacità deflattiva del contenzioso civile e commerciale che si ritenga di assegnare alla conciliazione stragiudiziale è un mito che occorre realisticamente sfatare.

Ciò non significa sminuire l'importanza degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, l'utilità dei quali è fuori discussione.

Esistono controversie che, per loro natura, sono maggiormente suscettibili di una soluzione stragiudiziale ed altre invece che difficilmente possono giungere ad un accordo negoziato direttamente tra le parti.

In altri termini, in alcune controversie il tentativo di conciliazione è un metodo appropriato di risoluzione ed in altre non lo è affatto.

E' quindi certamente corretto che l'ordinamento predisponga regole che consentano alle parti, in condizioni di equità e trasparenza, di ricorrere alla mediazione gestita da un terzo imparziale ma è illusorio pensare che senza una adeguata diffusione della cultura

⁷⁵ Un dato confortante si ricava dall'intervento di AZZALI, *La conciliazione gioca la carta dell'applicazione allargata*, in *Il Sole 24 Ore* del 3/3/2010, pag. 38, dal quale si apprende che, secondo i dati raccolti dalla Camera di Conciliazione presso la Camera Arbitrale di Milano, nell'ultimo quinquennio circa l'80% dei tentativi di conciliazione sono terminati con un accordo. Ma, giustamente, l'A. manifesta perplessità sulla eccessiva fiducia riposta nell'effetto deflattivo del contenzioso prodotto da un impiego esteso della conciliazione. La previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione per una vastissima gamma di materie è suscettibile di sovraccaricare i centri di conciliazione deputati alla loro gestione per quanto numerosi possano un domani essere, con possibile compromissione del buon esito di essa.

della mediazione, obbligando le parti ad esperire un tentativo di conciliazione, si possano conseguire risultati significativi in termini di deflazione del contenzioso.

Un altro mito da sfatare riguarda l'ipotesi, che si vorrebbe accreditare, che la mediazione non ha bisogno degli avvocati, ben potendo le parti raggiungere un accordo soddisfacente con il solo ausilio del mediatore.

Se la situazione giuridica di ciascuna parte non ha formato oggetto di esame da parte di un avvocato non vi sarà consapevolezza dei profili di debolezza di ciascuna posizione, e ciò non favorisce certamente un accordo.

Ancora, non si vede come – senza l'ausilio di un avvocato – le parti possano ragionevolmente confidare sulla efficacia e vincolatività dell'eventuale accordo raggiunto con la sola assistenza di un mediatore non giurista.

La conciliazione ha quindi bisogno degli avvocati per avere successo; beninteso, di avvocati che ne abbiano colto le molte opportunità positive per la categoria.

L'attenzione che da tempo il Consiglio Nazionale Forense dedica alla diffusione delle conoscenze dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie è di conforto per lo sviluppo anche nel nostro ordinamento della conciliazione stragiudiziale.