

TOMASO GALLETTO^(*)

“LE SFIDE DELLA MEDIAZIONE”^()**

* * *

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le scelte del legislatore delegato. - 3. I principali profili problematici (*segue*). - 3.1. La mediazione obbligatoria. - 3.2. La qualificazione professionale dei mediatori. - 3.3. L’accesso alla mediazione. - 3.4. Il ruolo degli avvocati. - 4. Le controversie in materia di investimenti finanziari e di rapporti bancari: la conciliazione presso la Consob e l’Arbitro Bancario e Finanziario. - 5. Le sfide della mediazione.

* * *

1. Premessa.

La decisa presa di posizione del legislatore della riforma del processo civile del 2009 in favore di un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, finalizzato al contenimento della proliferazione del contenzioso in sede giurisdizionale, che si è concretizzata in una articolata e puntuale delega legislativa al Governo, ha recentemente trovato attuazione sul piano normativo.

Al Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, attuativo della delega (di seguito, il “Decreto”), si è infatti da poche settimane aggiunto il Regolamento istitutivo del registro degli organismi di mediazione e di formazione dei mediatori adottato con Decreto del Ministro della Giustizia n. 180 del 18 ottobre 2010 (di seguito, il “Regolamento”).

Il sistema normativo di risoluzione alternativa, in sede stragiudiziale, delle controversie civili e commerciali già operativo in talune sue parti, troverà completa attuazione nel marzo del prossimo anno quando entreranno in vigore le (molto controverse) disposizioni in tema di mediazione obbligatoria.

Non è evidentemente possibile nell’ambito di una relazione esaminare compiutamente il fenomeno della conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali quale emerge dall’innovativo intervento normativo che ne ha ridisegnato la fisionomia.

^(*) Professore a contratto di diritto processuale civile – Università di Genova – Avvocato

^(**) Relazione svolta al XXIV Convegno regionale di studio organizzato dalla Fondazione Bresciana per gli Studi Economico-Giuridici, Brescia, 14 dicembre 2010

Del resto, l'ampio risalto che la nuova disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione ha trovato anche nella stampa non specializzata consente di ritenere conosciute le linee generali della normativa che si colloca idealmente nel più generale e noto fenomeno delle Alternative Dispute Resolutions (ADR) da tempo all'attenzione non solo dei giuristi ma anche a soprattutto degli operatori nel commercio internazionale, nel cui ambito il tentativo di soluzione stragiudiziale delle controversie è pratica diffusa anche in considerazione degli alti costi del contenzioso tradizionale.

Anche gli organi comunitari, come è noto, auspicano un sempre maggiore ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, ritenendo il ricorso alle ADR un efficace strumento di contenimento del contenzioso che nel contempo consente tendenzialmente il mantenimento delle relazioni commerciali tra le parti.

Senza indulgere oltre nella descrizione del fenomeno a livello sovranazionale se non per ricordare l'importanza della recente Direttiva Comunitaria n. 52/2008 del 21 maggio 2008, dalla quale il nostro legislatore ha tratto spunto per intervenire in materia, sembra più opportuno esaminare più da vicino quelle scelte del legislatore delegato che da un lato connotano il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione e, da altro lato, ne costituiscono i profili più problematici (o, se si vuole, più controversi).

Tra questi ultimi un particolare rilievo assume l'obbligatorietà del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in numerose materie, previsione fortemente avversata dall'Avvocatura, ma anche altri profili hanno suscitato critiche e perplessità: dalla mancata previsione della (obbligatoria) assistenza legale nell'ambito del procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione ai requisiti professionali del mediatore, alla professionalità ed efficienza degli organismi di mediazione e degli enti formatori dei mediatori, alle conseguenze della mancata partecipazione alla mediazione, ai costi di tale procedura e così via.

Molte tra le questioni controverse alle quali si è fatto cenno presentano obiettivamente aspetti problematici (e, in qualche caso, di evidente criticità).

A questi profili sono dedicate le considerazioni che seguono, senza alcuna pretesa di sistematicità e completezza e con il solo auspicio che esse possano contribuire a stimolare le riflessioni ed il dibattito sulle scelte (talora opinabili) che il legislatore ha inteso adottare.

2. Le 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 noto vi è una netta distinzione tra mediazione "*facilitativa*" e "*valutativa*": il primo tipo di mediazione, nell'ambito del quale il mediatore si limita ad aiutare le parti nella ricerca di un accordo, 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 e rispetto alla quale esse devono pronunciarsi.

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 sostanziava “*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 fosse stato raggiunto direttamente dalle parti il mediatore avrebbe dovuto 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 era 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 avrebbe potuto che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avesse 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 nel 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 prevedeva 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 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 avessero raggiunto 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 fosse 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 dovesse essere proposto dal conciliatore, ma avevano escluso che vi fossero indicazioni in tal senso al legislatore delegato osservando come fosse errata la tesi 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 pretese¹.

Anche il CSM 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 avessero raggiunto 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 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.

¹ 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.

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.²

Un altro aspetto sul quale si sono appuntate numerose ed autorevoli critiche³ 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 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 informatori del processo civile la assenza di una delle parti nell’ambito del processo (che determina il fenomeno della contumacia) è

² Giudica positivamente la soluzione adottata ARMONE, *op. cit.*, p. 630-631; in senso contrario si veda invece VIGORITI, *cit.*, p. 26.

³ Ad esempio, da parte del CSM nel suo parere in data 4 febbraio 2010.

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 contumace⁴.

In questa prospettiva vi è motivo 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 partecipi 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.

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 possono essere mosse rispetto alla previsione in esame.

⁴ 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.

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.⁵

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 condivisibile⁶.

3. I principali profili problematici.

3.1. La mediazione obbligatoria.

Come si è detto, una 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.

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)⁷.

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)⁸.

Il novero delle materie 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

⁵ 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 ininfluenza 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.

⁶ Oggi il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. non costituisce più condizione di procedibilità della domanda giudiziale per effetto delle modificazioni introdotte con Legge n. 183 del 4 novembre 2010 (c.d. “*collegato lavoro*”).

⁷ Per un sintetico commento delle disposizioni relative alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ed all'Arbitrato Bancario Finanziario v. *infra* § 4.

⁸ L'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbano 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.

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 decreto legislativo 28/2010. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità⁹.

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 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).¹⁰

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 improbabile¹¹.

Ma rispetto alla scelta operata dal legislatore delegato possono 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

⁹ 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.

¹⁰ Sulla costituzionalità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione si veda ARMONE, *op. cit.*, p. 627.

¹¹ 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.

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).

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 seguiti.

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.¹²

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).

¹² L'Arbitro Bancario 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. *infra* § 4.

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 di conciliazione, ma un generalizzato ricorso alla obbligatorietà mortifica l'essenza stessa della conciliazione stragiudiziale.¹³

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 sostanzi 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).¹⁴

Deve inoltre 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 raccomandazione della Commissione Europea 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.

Sempre nell'ottica del diritto comunitario occorre rilevare che recentemente la Corte di Giustizia UE ha avuto modo di occuparsi della disciplina italiana che prevede l'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità delle domande giudiziali in tema di servizi di telecomunicazione.

¹⁴ Si vedano in proposito le lucide considerazioni di CHIARLONI, *op. ult. cit.*

Si tratta – più specificamente – della disciplina che prevede l'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione (da eseguirsi entro 30 giorni) davanti ai Comitati Regionali per le Conciliazioni (CO.RE.COM.) istituiti con legge n. 249 del 1997.

La Corte UE, con sentenza 18 marzo 2010 (pubblicata in *Foro it.*, 2010, IV, 361, con nota di ARMONE e PORRECA) ha ritenuto che la disciplina italiana non contrasti con i principi dettati in materia dall'ordinamento comunitario, in quanto la procedura obbligatoria in questione persegue un obiettivo di interesse generale (il decongestionamento dei tribunali) non altrettanto efficacemente perseguibile con una procedura meramente facoltativa e soddisfa le condizioni ritenute imprescindibili nella materia considerata.

Si tratta, in particolare, delle seguenti condizioni:

- a) che la procedura di conciliazione non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario;
- b) che il risultato della procedura non sia vincolante nei confronti delle parti e non precluda il ricorso giurisdizionale;
- c) che la procedura conciliativa non comporti un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giudiziale;
- d) che essa determini la sospensione della prescrizione dei diritti per la durata della procedura;
- e) che i costi della procedura siano inesistenti o comunque non rilevanti.

In questa prospettiva il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui al Decreto sulla mediazione presenta elementi di criticità almeno con riferimento alla durata (quattro mesi) che può determinare un ritardo sostanziale nell'esercizio dell'azione ed ai costi della procedura che, come risulta dalla tabella allegata al D.M. 18 ottobre 2010 n. 180, non sono irrilevanti.

3.2. La qualificazione professionale dei mediatori.

Un aspetto particolarmente delicato, oggetto di molte critiche, riguarda la individuazione dei requisiti per l'esercizio della funzione di mediatore.

Il recente Regolamento che disciplina l'istituzione del Registro degli organismi di mediazione e dell'elenco degli enti formatori prevede (all'art. 4, comma 3) che i mediatori, per poter svolgere la funzione, devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale ed in ogni caso devono essere in possesso di una specifica formazione (con aggiornamento almeno biennale) acquisita presso un ente di formazione.

La delicatezza delle funzioni espletate dal mediatore, che deve agevolare le parti nel raggiungimento di un accordo, destinato ad acquisire efficacia esecutiva per effetto della sua omologazione da parte del Presidente del competente tribunale, è di intuitiva evidenza.

Il mediatore, infatti, deve non soltanto verificare che la materia controversa riguardi diritti disponibili, ma anche fare sì che l'eventuale accordo non contrasti con l'ordine pubblico o con norme imperative (art. 12, comma 1, del Decreto).

In questa prospettiva la scelta del legislatore delegato di non prevedere una specifica qualificazione dei mediatori nel settore giuridico, attestata quanto meno del possesso di una laurea in giurisprudenza, suscita notevoli perplessità.

E' infatti innegabile che il possesso di un qualsiasi diploma di laurea triennale o l'iscrizione in un qualsiasi ordine o collegio professionale non presuppone alcuna conoscenza nel settore giuridico-economico, ed è altrettanto indubitabile che la partecipazione ad un corso di formazione della durata complessiva di 50 ore (art. 18, lett. f) del Regolamento) non è in grado di dotare un soggetto digiuno delle più elementari nozioni giuridiche di una adeguata, effettiva preparazione.

Su questo punto si sono incentrate, come è noto, le critiche dell'Avvocatura che tende ad individuare negli iscritti al relativo albo professionale i soggetti più qualificati per lo svolgimento della funzione di mediatore, ma perplessità sono state sollevate, relativamente alla affidabilità tecnica di mediatori non qualificati nelle materie giuridiche, anche dal C.S.M..

Si tratta, come già sottolineato, di una questione complessa e delicata la cui soluzione presuppone un approccio meditato che tenga conto delle diverse esigenze che si contrappongono.

Se è comprensibile (anche se non necessariamente condivisibile) che il legislatore intenda ampliare il novero dei soggetti potenzialmente idonei a svolgere la funzione di mediatore professionale, non può non rilevarsi che la scelta concretamente operata, ed in precedenza illustrata, risulta foriera di inconvenienti e criticità nell'ipotesi in cui il mediatore non giurista concorra a formare un accordo di conciliazione invalido.

Né può ritenersi che l'eventuale, successivo controllo omologatorio dell'accordo soccorra ad evitare un pregiudizio per le parti, ove l'accordo sia nullo.

Il controllo omologatorio, infatti è di natura estrinseca e riguarda, oltre alla regolarità formale, la mancanza di ogni contrasto con l'ordine pubblico o con norme imperative (art. 12 del Decreto).

In questo senso, ove non si voglia riservare ai soli laureati in materie giuridiche la funzione di mediatore, occorre certamente dotare i mediatori di adeguate conoscenze in materia giuridica, obiettivo che non può essere ragionevolmente conseguito dalla previsione di un corso formativo della durata complessiva di 50 ore (delle quali una parte dedicata ad aspetti di formazione pratica e non teorica).

3.3. L'accesso alla mediazione.

Un altro aspetto della normativa 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 decida di avviare la procedura, di scegliere liberamente a quale organismo rivolgersi.¹⁵

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*".

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. (testo previgente); 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 subfornitura l'art. 10 della legge 18 giugno 1998 n. 192, per citare le principali ipotesi).

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

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 stati competenti a decidere la corrispondente causa di merito.

¹⁵ Da un giudizio favorevole sull'assenza di criteri di competenza territoriale ARMONE, *op. cit.*, p. 628.

Anche il CSM aveva sostenuto 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 inadatta 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.

3.4. Il ruolo degli avvocati.

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 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.¹⁶

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.¹⁷

D'altra parte se è vero che la gestione di procedure di ADR non impone di per sé l'assistenza tecnica (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.¹⁸

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.

¹⁶ Interessanti considerazioni in proposito si rinvengono nel lavoro di UZQUEDA, *Il ruolo degli avvocati nella conciliazione*, in ALPA E DANOVÌ, *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 possano avvantaggiarsi con l'individuazione di una soluzione creativa e che ogni conflitto sia differente e non debba necessariamente essere risolto con l'applicazione di una regola di diritto.

¹⁷ 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.*

¹⁸ 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 del 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 siano 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 di 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 sarebbe riverberata sulla procura alla lite, che trova la sua autonoma disciplina nella legge processuale, e avrebbe configurato una "nullità di protezione" in favore del cliente. Si evidenziava altresì, nella relazione, l'opinione che il mero vincolo

disciplinare al rispetto della previsione in tema di informativa al cliente non sarebbe stato 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.

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 ha 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) recepisce in parte le osservazioni critiche mosse alla formulazione originaria.

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 stato 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.

4. Le controversie in materia di investimenti finanziari e di rapporti bancari: la conciliazione presso la CONSOB e l'Arbitro Bancario e Finanziario.

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 non sono stati abrogati dal D.Lg.vo 28/2010.

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).

4.1. 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 ultimi 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'investitore¹⁹.

¹⁹ 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*

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.

Il ruolo di tale organismo è destinato ad accrescersi per effetto della previsione contenuta nella nuova disciplina generale della conciliazione che prevede quale condizione di procedibilità, tra l'altro, delle azioni in materia di contratti finanziari il previo esperimento del procedimento di conciliazione presso la CONSOB.

4.2. 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 al 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 finalizzati 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.

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.; ENRICHES, 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.

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'altro²⁰.

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, da un lato, il relativo procedimento 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.

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.

5. Le sfide della mediazione.

Le considerazioni sin qui svolte evidenziano che il disegno normativo della mediazione presenta aspetti certamente opinabili e – in qualche caso - anche di dubbia costituzionalità.

Sarebbe tuttavia ingeneroso non riconoscere al legislatore il merito di aver affrontato con decisione e concretezza il problema di dotare il nostro ordinamento di un sistema organico di risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali.

Si poteva fare di meglio, come è ovvio, ma certamente non si poteva “non fare”, come suggerisce il fronte critico più radicale.

La politica giudiziaria dell'Unione Europea ha da tempo posto ai primi posti dell'agenda la necessità di creare un efficace sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie e la recente Direttiva 52/2008 ha reso ineludibile il problema, sia pure con riferimento alle controversie transfrontaliere.

²⁰ 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.

Non vi è dubbio che la creazione di un efficace sistema di mediazione stragiudiziale finalizzata alla conciliazione costituisce una sfida alla efficienza del legislatore, ma anche ai professionisti nel settore della giustizia.

Si tratta di una sfida che si declina sotto molteplici profili.

Dal punto di vista culturale, in primo luogo, perché essa impone un diverso approccio alla controversia nell'ambito del quale la scelta del processo che distribuisce torti e ragioni con soluzione giudicativa non è né l'unica, né la primaria.

La soluzione stragiudiziale, che sia in grado di dotare le parti di un accordo eseguibile – anche coattivamente – senza fare necessariamente ricorso al giudice, può contribuire al mantenimento delle relazioni commerciali tra le parti (evento rarissimo in caso di controversia in sede giudiziale) e consente altresì, in caso di esito positivo del tentativo di conciliazione, una tempestiva stabilizzazione del rapporto controverso, con evidenti benefici anche di ordine economico.

Recenti studi in tema di efficienza del nostro sistema imprenditoriale stimano un costo di oltre 2 miliardi di euro all'anno che le nostre imprese devono sopportare quale conseguenza della inefficienza della giustizia civile: una sorta di tassa occulta che frena la competitività e lo sviluppo del commercio, ponendo il nostro Paese agli ultimi posti della classifica mondiale in materia di capacità di attrarre investimenti esteri.

In questa prospettiva la introduzione di un sistema di soluzione alternativa delle controversie commerciali, certamente suscettibile di essere migliorato in termini di efficacia e di maggior coerenza con i principi costituzionali, non può essere riguardata con disfavore, non fosse altro che per la constatazione che tutti gli ordinamenti evoluti si muovono in questa direzione, da tempo tracciata dalle norme uniformi del commercio internazionale (è risalente al 1980, infatti, la prima elaborazione delle regole UNCITRAL sulla conciliazione nell'ambito delle controversie del commercio internazionale).

Ma sarebbe un grave errore di prospettiva pensare (come purtroppo mostra di ritenere il nostro legislatore) che i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, e specialmente la mediazione obbligatoria imposta quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, siano la soluzione alla cronica inefficienza della giustizia civile.

L'effetto deflattivo del numero dei processi civili non potrà conseguire, come auspica il legislatore, alla sola introduzione di un sistema di mediazione preventiva ed obbligatoria.

Se le parti potranno ancora pensare di lucrare sulla cronica lunghezza ed inefficienza del processo civile, il tentativo di conciliazione obbligatorio sarà vissuto come una parentesi burocratica da espletare. Né costituirà efficace deterrente il futuro, lontano ed eventuale aggravio di spese processuali per aver rifiutato una definizione stragiudiziale (che colpirà, tra l'altro, più la parte vittoriosa che quella perdente).

E' soltanto l'efficacia del sistema "giustizia civile" che riporti l'Italia nello standard dei paesi industrializzati (meno di due anni per ottenere la soddisfazione coattiva di un

credito, contro i quasi 6 anni necessari in Italia) che potrà rendere appetibile un sistema di risoluzione alternativa delle controversie.

Ma su questo versante, come si sa, è difficile essere ottimisti, nonostante le riforme che si susseguono ad ogni legislatura: senza adeguate risorse e soprattutto in difetto di una efficace organizzazione e gestione degli uffici giudiziari le nuove regole saranno inevitabilmente destinate alla inefficacia sul piano pratico.

Vi è quindi il forte rischio che anche la mediazione finalizzata alla conciliazione ricada in questo circolo vizioso che impedisce al nostro Paese di avere una giustizia “civile” in senso etimologico.