

## ADR

**Bibliografia.** - In generale sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310 ss.; CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1993, I, 269 e 279; Id., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 450 ss.; Id., *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; TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nord-americana*, in *Quad. avv.*, 1995, 107 ss.; ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, 403 ss.; DANОВI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV 326 ss.; RESNIK, *Risoluzione alternative delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699 ss.; BUONFRATE-LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione* in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.; CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1283 ss.; Id., "La conciliazione; modelli di composizione dei conflitti", Padova, 2008; Id., *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, p. 1178 ss.; MARINARI, *L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti e in Inghilterra*, in *Doc. Giust.*, 2000, 855 ss. ; PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg IV, Milano, 2000, 327 ss.; Id., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385; 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; Id., *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 1, 77; MINERVINI, *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, II, 945; Id., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 5/2003, 663. Id., *La conciliazione amministrata*

dalle Camere di Commercio, in GABRIELLI – LUISO (a cura di), *I Contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 242 ss.; 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; M. RUBINO-SAMMARTANO *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002; UZQUEDA-FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002; AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003; BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (“Alternative Dispute Resolution”)* in *Foro. it.*, 2003, V, 165 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; L. RUBINO, *I procedimenti*, 469, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003; SOLDATI, *La conciliazione societaria: ambito e modalità di applicazione*, in *Contratti*, 2003, 3, 318; Id., *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, p. 423 ss.; Id., *L’Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d’Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 853; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell’avvocatura*, a cura di ALPA E DANOVÌ, Milano, 2004, 217 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2004; ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*. in *Riv. arb.*, 2005, 401 ss.; VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, 359 ss.; Id., *Accesso alla giustizia, ADR, Prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 103 ss.; Id., *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.. ID., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 1 ss.; 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.; UZQUEDA, *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 162 ss.; Id., *La normativa italiana in materia di conciliazione “convenzionale”*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di),

*Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1215 ss.; CIVININI, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007 1305 ss.; 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.; 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.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 137 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.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 301 ss.; NASCOSI, *La conciliazione stragiudiziale societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 585 ss.; *Id.*, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, 963 ss.; BERLINGUER, *Solo un maggior coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 46, 10; CARRATTA, in MANDRIOLI E CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217; GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 985 ss.; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 705; 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.; 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; GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010; *id.* *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale*, in *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Giappichelli, Torino, 2010, 403 ss.; *id.* *Le sfide della mediazione*, in *Foro Pad.*, 2010, II, 160 ss.; *id.* *ADR*, in *Digesto civ., Aggiornamento*, UTET, 2011, 3 ss.

**Per la bibliografia straniera.** - AA.VV., *Model contract clauses*, Centre for Effective Dispute Resolution, contributo pubblicato su [www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk); AA.VV., *La conciliation, la médiation et l'arbitrage*, in [www.mediationsociale.com](http://www.mediationsociale.com).; AA.VV., *Dispute resolution; Negotiation, Mediation and other processes*, Toronto, 1992; AA.VV., *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, vol. 56, n. 3; AA.VV., *Les modes non judiciaires de règlement des conflicts*, Bruxelles, 1995 ; AA.VV., *Alternative dispute resolution in Bankruptcy: a concept paper*, Central European and Eurasian Law Institute, Washington, 2000, in [www.abanet.org/ceeli](http://www.abanet.org/ceeli); AA.VV., *Position paper on the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law* (Parere reso da European Consumer Law Group), Bruxelles, 2002; CAPPELLETTI M., *Access to justice: emerging issues and perspectives*, Milano, 1979; Id., *Alternative dispute resolution processes within the Framework of the World-wide Access-to-justice Movement*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, vol. 56, n. 3, pagg. 282 ss.; CAPPELLETTI-GARTH, *Access to justice: a World Survey*, Milano, 1978; CARPI F., *Settlement of Dispute Out of Court in Italy*, Relazione all' *International Symposium on Civil procedure in the Globalisation Era*, tenutosi presso l'Università Waseda di Tokio il 25-27 agosto 1992; CHASE, *Adr and the culture of litigation: the example of United States of America*, Relazione al Convegno MARC ADR, Parigi, Digione, 21-24 settembre 2004, p.1); DAMASKA, *The faces of Justice and State Authority* (1986), in TARUFFO (a cura di), *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1999; DELFINO – S. PELET, *European Community legislation and actions*, in *European Review of Contract Law*, 2010, 460 ss.; GENN H., *Court based ADR initiatives for non-family civil disputes the commercial courts and the court of appeal*, contributo pubblicato su [www.lcd.gov.uk/civil/ADR/index.htm](http://www.lcd.gov.uk/civil/ADR/index.htm); GOLDBERG-GREEN-SANDER (a cura di), *Dispute Resolution*, New York, 1985; GOYEN-VOS, *Les litiges de consommation transfrontières dans la Communauté économique européenne: état des lieux*, in *Rev. europ. dr. consomm.*, 1991,

pagg. 207 ss. ; HOFFMANN L., *Changing perspectives on civil litigation*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, vol. 56, n. 3, pagg. 297 ss.; JAMES R., *The application of the EC Recommendations on the principles applicable to out-of-court procedures to the new arrangements for the settlement of consumer complaints in the UK financial services sector*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; JAROSSON *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1997, pagg. 325 ss.; KAGERMAN B., *The Swedish National Board for Consumer Complaints*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; KIERSE – MICKLITZ, *Comment on the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Bruxelles, 2002; LAFFINEUR J., *The minimum criteria of the European Commission Recommendation of the 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; LAST C.M.H. – NIJGH J., *The Dutch system of alternative dispute resolution schemes relating to consumer disputes in the European Union*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; MARTIN *Quand le grain ne meurt ... de conciliation en médiation*, in *Sem. Jur.*, 1996, doct., 3977, pagg. 439 ; MCDERMOTT J. – SKINNON J., *Disputes Tribunals, Ombudsmen and Legal Aid in New Zealand*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; MENDES CABECADAS I., *The Lisbon Arbitration Centre for Consumer Conflicts: the Portugese approach*, in *Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium*, 2000, vol. 7, n. 4; MICKLITZ, REICH-ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2008, spec. 341 ss.; PALMER – ROBERTS, *Dispute processes, ADR and the primary forms of decision making*, London, 1998; PRICE-WOOD, *Legislation on Dispute Resolution*, Washington, 1990; ROBERTS S., *Alternative dispute resolution and civil justice: An Unresolved relationship*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, vol. 56, n. 3, pagg. 452 ss.; TWINING W., *Alternative to what? Theories of litigation, Procedure and dispute settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected classics*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, vol. 56, n. 3, pagg. 380 ss.; VON HIPPEL E., *Les moyens judiciaires et*

*parajudiciaires de la protection des consommateurs vue sous l'angle du droit comparé*, in *Riv. soc.* 1977, 3-4.

**Legislazione:** Decr. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5; art. 29 del Decr. lgs. 28 dicembre 2005 n. 262; legge 18 giugno 2009 n. 69; Decr. lgs. 4 marzo 2010 n. 28; Direttiva Comunitaria 21 maggio 2008 n. 52

**Sommario:** 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). - 6. I lineamenti dell'istituto. Il ricorso alla conciliazione presso organismi specializzati. - 7. (*Segue*). Incentivi fiscali. - 8. (*Segue*). Il principio della riservatezza del procedimento. - 9. (*Segue*). I termini di durata della procedura. - 10. (*Segue*). Istanza di conciliazione: prescrizione e decadenza. - 11. (*Segue*). La conclusione del procedimento. - 12. (*Segue*). Il comportamento delle parti. - 13. (*Segue*). Le clausole di conciliazione nei contratti e negli statuti. - 14. La conciliazione presso la CONSOB in materia di servizi di investimento. - 15. La conciliazione in materia bancaria e creditizia. - 16. La Direttiva Comunitaria 52/2008 del 21 maggio 2008 sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere. - 17. Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega al governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale. - 18. L'attuazione della delega. - 19. Le scelte del legislatore delegato. - 20. La mediazione obbligatoria. - 21. La qualificazione professionale dei mediatori. - 22. Il ruolo degli avvocati. - 23. Le sfide della mediazione.

### **1. Premessa.**

La recente introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina organica in tema di conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale (intervenuta con il d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010) ha ravvivato l'interesse sul fenomeno della composizione amichevole delle controversie.

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<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> 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. trim. 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 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.

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 informatori del possibile intervento comunitario, sottolineandosi la necessità che i procedimenti di soluzione stragiudiziale 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 arbitrari, 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 dell'Unione ha 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*<sup>2</sup>.

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

---

<sup>2</sup> Non è possibile in questa sede dare conto con il necessario approfondimento della complessa genesi del fenomeno delle ADR nell'ordinamento statunitense lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in quell'ordinamento (come ricorda CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, cit., p. 21 riprendendo sul punto l'analisi di CHASE, *ADR and the culture of litigation: the example of United States of America*, Relazione al Convegno MARC ADR, Parigi, Digione, 21-24 settembre 2004, p.1) costituisce "un fenomeno trasversale, composto di una molteplicità di ingredienti politici e culturali" secondo una diffusa opinione l'evento fondativo del movimento ADR negli Stati Uniti può essere fatto risalire alla Pound Conference tenutasi a St. Paul, Minnesota, nel 1976 sulla causa della insoddisfazione rispetto all'amministrazione della giustizia.

L'idea di creare un sistema alternativo di risoluzione dei conflitti suscitò un acceso scontro tra sostenitori e detrattori delle ADR che trovò poi composizione negli anni 90 del secolo scorso, che videro una progressiva diffusione delle ADR soprattutto nell'ambito dei tribunali, ove i giudici si fecero promotori essi stessi delle tecniche di conciliazione stragiudiziale.

Oggi il "sistema ADR" statunitense ha esaurito la sua fase evolutiva e si presenta come uno strumento sempre più perfezionato ma, in qualche modo, sempre meno alternativo al processo, dal momento che alcuni tratti caratteristici di quest'ultimo sono entrati a far parte delle tecniche di Dispute Resolution (in argomento v. diffusamente CUOMO ULLOA, *op.cit.*, p. 28 ss. e 55 ss., anche per una ampia e ragionata bibliografia).

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'arbitrato<sup>3</sup>.

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

---

<sup>3</sup> 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*, cit.

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 materia.

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.

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 scandinavo<sup>4</sup>.

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 riservatezza<sup>5</sup>.

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.

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.

---

<sup>4</sup> 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..

<sup>5</sup> 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.

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 controversie<sup>6</sup>.

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 favore<sup>7</sup>.

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.

---

<sup>6</sup> Il Regolamento ICC/ ADR, unitamente alla sua Guida, è pubblicato in versione italiana in *Riv. Arb.*, 2002, 609 ss.

<sup>7</sup> 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 esperimento<sup>8</sup>.

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.

---

<sup>8</sup> 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..



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.

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 ascrivere 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 competitive<sup>9</sup>.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente<sup>10</sup>.

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 legislatore<sup>11</sup>.

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 stragiudiziale<sup>12</sup>

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:

---

<sup>9</sup> In questo senso si è orientata parte della dottrina più propensa a ritenere la complementarità 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.

<sup>10</sup> In questo senso: DE PALO – D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 1, 77.

<sup>11</sup> G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Pol. Dir.*, 1997, 403 ss.

<sup>12</sup> Per una ragionata rassegna delle iniziative legislative in materia, v. GIOVANNUCCI – ORLANDI, *La normativa italiana in tema di conciliazione "convenzionale"*, *cit.*, 1218 ss..

- 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 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'altra<sup>13</sup>.

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"<sup>14</sup>.

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).

---

<sup>13</sup> In questo senso: L. RUBINO, *I procedimenti*, 469, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003.

<sup>14</sup> 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.

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*<sup>15</sup>.

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 conciliazioni<sup>16</sup>.

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.

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.

---

<sup>15</sup> BUONFRATE – LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, Riv. Arbitrato, 1999, 375 ss.

<sup>16</sup> CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2000, 447 ss.

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 accettarla<sup>17</sup>.

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 temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione<sup>18</sup>.

##### **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.

La legge 3 ottobre 2001, n. 366 aveva conferito delega al Governo per la riforma del diritto societario, ed in particolare ai sensi dell’art. 12, comma 4, il Governo è stato delegato “a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia”.

---

<sup>17</sup> Per un’ampia panoramica si rinvia agli studi di F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell’esperienza nordamericana*, cit., 1283 ss.

<sup>18</sup> 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.

In attuazione di detta delega, il Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003, recante: “Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia”, ha dedicato il Titolo VI alla disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Come emerge dalla Relazione al Decreto, “si è inteso – sull’abbrivio di precedenti esperienze *de jure condendo* e in adesione a numerose proposte ancora all’esame del Parlamento – disciplinare l’accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d.: ADR) organizzati da enti pubblici e privati, in condizioni di concorrenza paritaria e sotto il controllo del Ministro della Giustizia, presso il quale devono essere compiuti gli adempimenti che abilitano allo svolgimento del servizio la cui promozione avviene attraverso l’ampliamento dei canali di accesso al medesimo e l’attribuzione di un favorevole trattamento fiscale, sia pure con limitazioni idonee ad evitare che lo strumento sia adattato a finalità elusive”.

E’ su questi presupposti che è stata dunque varata la riforma che, è bene sottolinearlo, ha colto altresì l’opportunità di distinguere radicalmente l’istituto della conciliazione giudiziale da quello della conciliazione stragiudiziale.

Anche la disciplina della conciliazione societaria, così come è già avvenuto per le disposizioni in tema di processo societario (abrogate dalla legge di riforma del processo civile n. 69 del 18 giugno 2009), ha ormai i giorni contati, in quanto ne è prevista l’abrogazione contestualmente all’entrata in vigore del decreto legislativo, di cui più diffusamente si tratterà *infra* nella parte II.

Peraltro, poiché le norme in tema di conciliazione in materia societaria hanno costituito almeno in parte il punto di riferimento del nuovo intervento legislativo nella materia che prevede altresì l’ultrattività dei regolamenti attuativi di tale disciplina sino alla emanazione di quelli previsti dalla novella legislativa, non sembra inopportuno richiamare i lineamenti della conciliazione in materia societaria vigente nel nostro ordinamento dal 2003 ad oggi<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Per una puntuale ed approfondita indagine sul tema della conciliazione societaria v. recentemente NASCOSI, *La conciliazione stragiudiziale societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 585 ss. ed ivi ampia bibliografia.

**6. I lineamenti dell'istituto. Il ricorso alla conciliazione presso organismi specializzati.**

Gli articoli 38-40 del D. Lg.vo 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 previsione di altri limiti soggettivi all'esercizio dell'attività di conciliazione, oltre ai requisiti di indipendenza e professionalità volti a garantire l'imparzialità del conciliatore<sup>20</sup>.

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.

---

<sup>20</sup> Audizione Assonime, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, 1597.

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.

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.

## 7. *(Segue) 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 legislativo<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> 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](http://www.judicium.it).

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 libera<sup>22</sup>.

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 euro<sup>23</sup>.

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, piuttosto che redigere

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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).

un verbale di conciliazione innanzi al giudice, preferiscono procedere all'estinzione del giudizio e contrattare in via riservata una proposta transattiva<sup>24</sup>.

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.

#### **8.** *(Segue) 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

---

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

comportamenti scorretti delle parti che potrebbero utilizzarla come strumento per scopi dilatori<sup>25</sup>.

#### **9. (Segue) I termini di durata della 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 giorni<sup>26</sup>.

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.

#### **10. (Segue) 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 conciliazione<sup>27</sup>.

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,

---

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

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

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

analogo a quello che si produce con la domanda giudiziale quando alla domanda segue la pronuncia della sentenza<sup>28</sup>.

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.

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

---

<sup>28</sup> Sul tema, il contributo di SASSANI – TISCINI, *Il nuovo processo societario*, 16, pubblicato su [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

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 conciliazione<sup>29</sup>.

## **11. (Segue) 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 “assisti” 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

---

<sup>29</sup> In questi termini cfr. L. RUBINO, *I procedimenti*, *op.cit.*, 508.

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 conciliativo<sup>30</sup>, il legislatore ha previsto che il verbale in questione sia sottoposto al 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 giudiziale<sup>31</sup>.

---

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

<sup>31</sup> 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.

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.)<sup>32</sup>.

## 12. *(Segue) 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"<sup>33</sup>.

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 giudiziario.

Il meccanismo sopra descritto rischierebbe dunque di pregiudicare alla radice la creazione di quel clima di collaborazione delle parti che

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> L. RUBINO, *I procedimenti*, op. cit., 503.



costituisce il presupposto necessario per la buona riuscita della conciliazione.

### **13. (Segue) 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'esperienza 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 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.).

#### **14.** *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'investitore<sup>34</sup>.

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

---

<sup>34</sup> 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*, 2009, 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.

conciliazione, di cui si dirà in prosieguo, 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.

#### **15. 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'altro<sup>35</sup>.

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

---

<sup>35</sup> 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.

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.

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.

#### **16. *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”).<sup>36</sup>

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 mediazione interno in conformità ai principi enunciati nella Direttiva, è opportuno fare cenno a questi ultimi<sup>37</sup>.

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

---

<sup>36</sup> 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).

<sup>37</sup> Per un approfondimento sui contenuti della Direttiva 52/2008 v. VIGORITI, *La direttiva*, cit.

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 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 alla 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.

**17.** *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 giudiziale<sup>38</sup>.

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

---

<sup>38</sup> 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 categorie di controversie: cfr. CARRATTA, in MANDRIOLI E CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217.

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 le 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.

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.

## 18. *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 materia<sup>39</sup>.

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

---

<sup>39</sup> 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.

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.

### **19. *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 pretese<sup>40</sup>.

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.

---

<sup>40</sup> 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.

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.

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.<sup>41</sup>

Un altro aspetto sul quale si sono appuntate numerose ed autorevoli critiche<sup>42</sup> 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 priva di conseguenze sanzionatorie rispetto

---

<sup>41</sup> Giudica positivamente la soluzione adottata ARMONE, *op. cit.*, p. 630-631; in senso contrario si veda invece VIGORITI, *cit.*, p. 26.

<sup>42</sup> Ad esempio, da parte del CSM nel suo parere in data 4 febbraio 2010.



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 contumace<sup>43</sup>.

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

---

<sup>43</sup> 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.

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.

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.<sup>44</sup>

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<sup>45</sup>.

## **20. *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.

---

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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”).

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)<sup>46</sup>.

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)<sup>47</sup>.

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 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 procedibilità<sup>48</sup>.

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

---

<sup>46</sup> Per un sintetico commento delle disposizioni relative alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ed all'Arbitrato Bancario Finanziario v. *infra* § 4.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

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).<sup>49</sup>

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 improbabile<sup>50</sup>.

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 non solo non trova giustificazione nel testo della delega, ma appare altresì irrazionale

---

<sup>49</sup> Sulla costituzionalità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione si veda ARMONE, *op. cit.*, p. 627.

<sup>50</sup> 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.

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 paramtrate 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 arbitarietà delle scelte operate in totale assenza nella Legge Delega di principî 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.<sup>51</sup>

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 di conciliazione, ma un generalizzato ricorso alla obbligatorietà mortifica l'essenza stessa della conciliazione stragiudiziale.<sup>52</sup>

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

---

<sup>51</sup> 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.

l'essenza della conciliazione il cui successo è proporzionale all'efficienza della risposta in sede giurisdizionale).<sup>53</sup>

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.

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<sup>54</sup> 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;

---

<sup>53</sup> Si vedano in proposito le lucide considerazioni di CHIARLONI, *op. ult. cit.*

<sup>54</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 2010, IV, 361, con nota di ARMONE e PORRECA

- 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.

## **21. *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).

## 22. *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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Interessanti considerazioni in proposito si rinvencono 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.

<sup>56</sup> 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.*

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.<sup>57</sup>

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.

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

---

<sup>57</sup> 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.

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.

### **23. *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.

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 aggiudicativa 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.

TOMASO GALLETTO