



**Maurizio Onza**

***La “mediazione conciliativa” delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni giuridiche e osservazioni empiriche in Santiago del Cile (\*)***

**SOMMARIO:** 1. – Premessa. 2 - La “mediazione conciliativa” quale tecnica di soluzione di conflitti alternativa al procedimento giurisdizionale: la “tensione” con il diritto ad un “provvedimento giurisdizionale”. 2.1. - (*Segue*) La conseguente disciplina della “mediazione conciliativa”: le condizioni, i costi, i tempi e l’efficacia esecutiva. - 2.2. (*Segue*) La conseguente disciplina della “mediazione conciliativa”: il procedimento tra “mediazione” e “conciliazione”. - 3. La “mediazione conciliativa” tra le tecniche di soluzione di conflitti alternative al procedimento giurisdizionale: l’oggetto del conflitto e gli incentivi (e disincentivi). 4 - La “mediazione conciliativa” ed il suo concreto funzionamento: qualche rilevazione empirica.

## **1. Premessa**

La “mediazione conciliativa” delle controversie civili e commerciali è una procedura introdotta in Italia con il d. legislativo n. 28 del 2010, attuativo della l. delega n. 69 del 2009 che contiene i « principi [ed i] criteri direttivi »<sup>1</sup> fissati dal Parlamento (delegante la funzione legislativa) ai quali il delegato all’esercizio della funzione legislativa (il Governo), nell’attuazione della delega, si è dovuto conformare. Introduzione tesa a “ridurre” il carico di lavoro delle Autorità giurisdizionali, *in funzione* quindi *de-flattiva*.

L’indagine che qui si propone si concentrerà sul contesto in cui la “mediazione conciliativa” si inserisce e le risposte che la sua disciplina offre: da un punto di vista giuridico, prima, poi dedicando qualche battuta alla sua operatività concreta.

## **2. La “mediazione conciliativa” quale tecnica di soluzione di conflitti alternativa al procedimento giurisdizionale: la “tensione” con il diritto ad un “provvedimento giurisdizionale”**

Intuitivamente la “mediazione conciliativa” si colloca, nel sistema, quale *tecnica di soluzione di conflitti tra pretese giuridicamente rilevanti (i.e. controversie) alternativa al procedimento giurisdizionale*<sup>2</sup>, a mezzo

---

\* Il testo riproduce, con qualche minima indicazione bibliografica, una relazione tenuta al *Seminario Internacional “Mediación de asuntos civiles y comerciales. Una visión comparada para su regulación en Chile”*, presso l’Universidad de Los Andes, Santiago del Chile, il 14 maggio 2018.

<sup>1</sup> Art. 76 Cost.

<sup>2</sup> Sebbene la mediazione possa fungere da tecnica alternativa anche... ad *altra* tecnica alternativa al procedimento giurisdizionale, cioè all’arbitrato: è il caso della “mediazione” o “conciliazione” prevista in una clausola di un “contratto”, di uno “statuto” o di un “atto costitutivo” di un ente (art. 5, 5° comma, d.lgs. n. 28/2010).



“conciliazione” raggiungendo un “accordo”<sup>3</sup>, che si avvale dell’intervento di un terzo denominato “mediatore”<sup>4</sup>.

Una caratteristica da apprezzare non tanto e non solo in ragione del momento temporale nel quale la tecnica è avviata: “prima” o “nel corso” del procedimento giurisdizionale<sup>5</sup>; ma soprattutto considerando *la valenza giuridica della “soluzione” del conflitto* oggetto della “conciliazione”.

Questa “soluzione” del conflitto, a ben vedere, non è racchiusa in “provvedimenti giurisdizionali” ma in “processi verbali”<sup>6</sup> contenenti la “soluzione conciliata” a cui l’ordinamento riconosce, a certe condizioni, *taluni effetti giuridici che assicurano la stabilità e l’esecuzione della “soluzione”*: effetti senza il prodursi dei quali la tecnica alternativa sarebbe *inutiliter data*, condannandola al sicuro insuccesso.

Cosicché, risolto il conflitto, è necessario rendere le pretese “conciliate” suscettibili di attribuire ai titolari l’utilità a cui le pretese sono preordinate, assegnando allora a quella “soluzione”, declinata in un “provvedimento non giurisdizionale”, *efficacia esecutiva*. Dunque si rende la “soluzione” titolo per l’avvio del procedimento esecutivo<sup>7</sup> consentendo di soddisfare la pretesa senza “collaborazione” di chi è a quella pretesa assoggettato.

Appare quindi evidente che risolvere un conflitto tra pretese giuridicamente rilevanti ed attribuire a questa “soluzione” efficacia esecutiva senza che tale “soluzione” sia apprezzabile quale “provvedimento giurisdizionale” si pone *in tensione con il diritto alla tutela giurisdizionale*.

È questo un “principio supremo dell’ordinamento costituzionale direttamente connesso al principio di democrazia che deve assicurare a *tutti e sempre*, per qualsiasi controversia, un *giudice* e un *giudizio*”<sup>8</sup>. Una

<sup>3</sup> La parola “conciliazione” significa « il conciliare, il conciliarsi e il loro risultato »; e conciliare significa « mettere d’accordo » indipendentemente dall’intervento di un terzo (DE MAURO, *Grande dizionario dell’italiano in uso*, Torino, 2000, *ad vocem*). Sul tema, v. anche LANCELLOTTI, voce *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 397 ss.

<sup>4</sup> Mediatore significa « chi svolge l’opera di mediazione o interviene fra due o più parti per facilitare il raggiungimento di un accordo » (DE MAURO, *op. cit.*, *ad vocem*).

<sup>5</sup> Come propriamente avviene per la “mediazione conciliativa” che può attivarsi sia prima del procedimento giurisdizionale (in taluni quale condizione di procedibilità di questo) sia nel corso del procedimento: v. *ultra*, nel testo, § 2.1 *sub A*.

<sup>6</sup> Così di “processo verbale” si discorre tanto nella “mediazione conciliativa” (art. 11, 1°, 3° e 4° comma, d.lgs. n. 28/2010) quanto, esemplarmente, nel tentativo obbligatorio di conciliazione nel procedimento giurisdizionale ordinario (art. 185, 3° comma, c.p.c.); nella conciliazione delle controversie individuali in materia di lavoro (artt. 411 c.p.c. e 420 3° comma, c.p.c.) quest’ultimo applicabile anche alle controversie in materia di locazione, comodato ed affitto (art. 447 *bis*, 1° comma, c.p.c.); nella consulenza tecnica preventiva (art. 696 *bis* c.p.c.); qualche ragguglio in TRISORIO LIUZZI, voce *Mediazione e conciliazione [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line* (2013), p. 1 ss.

. Ed al « processo verbale di avvenuta conciliazione », realizzata dinnanzi ad un giudice, è dedicato l’art. 88 delle disp. att. e trans. c.p.c.

<sup>7</sup> In uno con la preferenza nell’ordine di soddisfazione dei creditori attribuita dall’ipoteca giudiziale (prevista testualmente, in via generale, per le sentenze e per i cc.dd. lodi, quando resi esecutivi: artt. 2818-2820 c.c.).

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cost. n. 18/1982, in *banca dati De jure*.



decisione, quindi, che applica la « legge »<sup>9</sup>, unica soggezione a cui ogni « giudice » è vincolato<sup>10</sup>, il rispetto della quale deve essere razionalmente verificabile attraverso la “motivazione” della decisione<sup>11</sup>.

Principio, a sua volta, avente una valenza di « diritto fondamentale dell’Unione Europea », caratterizzante quell’ordinamento e che attribuisce ad « ogni persona » il diritto ad un « ricorso effettivo » davanti ad un « giudice indipendente e imparziale », e conseguentemente, « precostituito per legge » tenuto ad esaminare la « causa » introdotta in modo “equo, pubblico” ed « entro un termine ragionevole », assicurando alle parti coinvolte, benché prive « di mezzi [economici] sufficienti »<sup>12</sup> (c.d. gratuito patrocinio), la « facoltà di farsi consiliare, difendere e rappresentare »<sup>13</sup>.

Un principio, questo, tanto rilevante da porre limiti finanche all’arbitrato c.d. rituale, tecnica alternativa storicamente più vicina alla “giurisdizione” nei sensi detti e conformata nel modo più vicino al procedimento giurisdizionale. Limiti tra i quali possono segnalarsi: (i) l’esclusione della legittimità di un arbitrario rituale c.d. obbligatorio<sup>14</sup>; (ii) la necessità di una disposizione testuale per assegnare alla “soluzione” del conflitto (il c.d. lodo) gli « effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria »<sup>15</sup>; e (iii) la richiesta di un intervento dell’Autorità giurisdizionale<sup>16</sup> per assegnare efficacia esecutiva al lodo previo accertamento della sua « regolarità formale »<sup>17</sup>.

## 2.1. (Segue) La conseguente disciplina della “mediazione conciliativa”: le condizioni, i costi, i tempi e l’efficacia esecutiva

Questa tensione, tra *tecnica alternativa di soluzione di conflitti tra pretese giuridicamente rilevanti e diritto ad ottenere una pronuncia giurisdizionale*, non a caso ha provocato sulla disciplina della “mediazione conciliativa” una declaratoria di incostituzionalità<sup>18</sup> che ne ha imposto una modificazione<sup>19</sup>, risalente al 2013<sup>19</sup>.

<sup>9</sup> Per questa ragione, anche quando il “provvedimento giurisdizionale” è reso « secondo equità » – ipotesi ammissibile per controversie “minori” (inferiori a 1.100 euro) – il giudice deve « applicare i principi informatori della materia » (art. 113, 1° comma, c.p.c., come interpretato dalla Corte Cost. con la pronuncia n. 206/2004, in *banca dati De jure*).

<sup>10</sup> Art. 101, 2° comma, Cost.

<sup>11</sup> Art. 111, 6° comma, Cost.

<sup>12</sup> Cfr. anche l’art. 24, 3° comma, Cost.

<sup>13</sup> Art. 47 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea (del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007), carta avente la medesima rilevanza giuridica dei “Trattati dell’Unione Europea” in forza dell’art. 6, § 1, del Trattato sull’Unione Europea. Analogamente, v. l’art. 6, § 1, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, “principio generale” del diritto dell’Unione europea secondo l’art. 6, 3° comma, Trattato sull’Unione Europea.

<sup>14</sup> Tra le prime, v. Corte Cost. n. 127/1977, in *banca dati De jure*.

<sup>15</sup> Art. 824 *bis* c.p.c.

<sup>16</sup> Nel dettaglio, è il Tribunale territorialmente competente a pronunciare il « decreto » di “esecutività” (art. 825, 1° comma, c.p.c.); per il lodo straniero, la competenza si radica nella Corte d’appello secondo i criteri tracciati dall’art. 839 c.p.c.

<sup>17</sup> Art. 825, 1° comma, c.p.c.

<sup>18</sup> Corte Cost. n. 272/2012, in *banca dati De jure*, intervenuta, essenzialmente, sul primo comma dell’art. 5 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>19</sup> D.l. n. 69/2013 conv. in l. n. 98/2013, che ha, tra l’altro, introdotto all’art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 il comma 1-*bis*.



Nella prospettiva di questa tensione la disciplina della “mediazione conciliativa” oggi vigente si traduce in alcune regole che possono così riassumersi.

A. L’esperimento della “mediazione conciliativa” è una (mera) « condizione di procedibilità »<sup>20</sup> della domanda di pronuncia giurisdizionale non potendo in alcun caso « precludere l’accesso alla giustizia »<sup>21</sup>. Condizione di procedibilità che rileva *quale onere (i)* da assolvere, alcuni casi specificamente indicati<sup>22</sup>, *prima* dell’avvio del procedimento giurisdizionale; e *(ii)* da assolvere *nel corso del procedimento giurisdizionale*, qualora il tentativo di “mediazione conciliativa” sia proposto dal giudice<sup>23</sup>.

Ne deriva che il mancato esperimento della “mediazione conciliativa”, prima dell’avvio del procedimento giurisdizionale o nel corso di esso, impone<sup>24</sup> al giudice<sup>25</sup> *una pronuncia in “rito” (di improcedibilità) che non preclude un nuovo avvio del procedimento giurisdizionale*. Pertanto il giudice non decide la “soluzione” (nel merito) del conflitto.

In definitiva, il mancato assolvimento dell’onere di avvio della “mediazione conciliativa” *non impedisce la riproposizione della domanda giurisdizionale*. Con la conseguenza<sup>26</sup> di dover introdurre *incentivi* all’assolvimento dell’onere o *disincentivi* a non assolverlo, il che, prima ancora, postula di *individuare la parte onerata*. La parte onerata, intuitivamente, coincide con l’ “attore” dell’eventuale procedimento giurisdizionale, essendo il « soggetto avente interesse all’introduzione » del procedimento stesso, il quale sarà allora condannato alle spese di lite in caso di pronuncia di improcedibilità<sup>27</sup>.

Questi incentivi e disincentivi sono pre-ordinati al rispetto della condizione di procedibilità che, in quanto “sospensione temporanea” all’ottenimento di un “provvedimento giurisdizionale”, è applicabile solo

<sup>20</sup> Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>21</sup> Art. 60, 3° comma, lett. a), l. n. 69/2009.

<sup>22</sup> Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>23</sup> Art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010. Quando « la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti rendono particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima, anche in considerazione del contenuto delle proposte conciliative formulate nel corso del giudizio »: Trib. Torino, n. 4613/2017, in *banca dati* De jure.

<sup>24</sup> Nell’interpretazione preferibile. In realtà, in taluni casi di “mediazione conciliativa” sollecitata nel corso del procedimento giurisdizionale, il giudice, in mancanza di tempestiva attivazione, non ha provveduto alla pronuncia di improcedibilità: raggugli in FERRARIS, voce *Mediazione civile e commerciale*, in *Enc. dir.*, Annali 2016, Milano, p. 631, nt. 32.

<sup>25</sup> Fissando un termine breve (15 giorni) per la presentazione dell’istanza. Termine che la giurisprudenza tende a non considerare perentorio stante il connotato “conciliativo” della “mediazione”: v. Corte d’app. Milano, 25 maggio 2017, in *www.ilcaso.it*. Ne segue la necessità di valutare, caso per caso, le eventuali conseguenze della mancata tempestiva introduzione (v. Trib. Vasto, sez. lav., 27 settembre 2017, in *banca dati* De jure; sulla non perentorietà del termine, v. anche Trib. Bologna, n. 21109/2017, in *banca dati* De jure). La circostanza che si tratti di condizione di procedibilità comporta, peraltro, che « il differimento del processo dovuto a causa della mancanza dell’esperimento del procedimento di mediazione non fa venire meno le preclusioni processuali che, *medio tempore*, sono maturate »: Cass. n. 9557/2017, in *banca dati* De jure.

<sup>26</sup> *Ultra*, § 3, sub B.

<sup>27</sup> Trib. Roma, n. 23237/2017, in *banca dati* De jure.



rispetto a *conflitti su selezionate materie*<sup>28</sup> non suscettibili, quindi, di interpretazione estensiva o analogica<sup>29</sup>.

**B.** Lo svolgimento della “mediazione conciliativa” non interferisce con la possibilità di ottenere « provvedimenti urgenti e cautelari », provvedimenti che risolvono un conflitto la cui “soluzione” tardiva potrebbe ledere l’utilità alla soddisfazione della quale la pretesa in conflitto è tesa<sup>30</sup>, caratterizzati dal c.d. *periculum in mora*, e pertanto risolti con un “provvedimento giurisdizionale” c.d. a “cognizione non piena” basata sull’apparenza della fondatezza della pretesa (c.d. *fumus boni iuris*).

**C.** Il costo della “mediazione conciliativa”, quando condizione di procedibilità, deve essere “*contenuto*” e *pre-vedibile*.

D’onde, il d.lgs. n. 28/2010 prevede l’indicazione preventiva di minimi e massimi di spesa, stabilisce riduzioni obbligatorie e, per chi dimostri di non avere i “mezzi” economici sufficienti, l’esenzione totale (c.d. gratuito patrocinio)<sup>31</sup>.

Al riguardo, è opportuno evidenziare che i costi “contenuti” riguardano le spese della “mediazione conciliativa” e *non dell’assistenza degli avvocati* alle parti in conflitto durante la mediazione stessa<sup>32</sup>: *assistenza divenuta obbligatoria*<sup>33</sup>. Ne è conseguita una parziale incompatibilità della “mediazione conciliativa” con la normativa di derivazione europea che in taluni conflitti riguardanti i consumatori legittima questi ad avviare “conciliazioni” (compresa la “mediazione conciliativa”) *senza l’assistenza* di avvocati<sup>34</sup> (per tale via senza pagarne il “costo”): d’onde, in queste ipotesi, il d.lgs. n. 28/2010 è stato disapplicato perché in contrasto con il diritto comunitario<sup>35</sup>.

**D.** La “sospensione” ad ottenere una pronuncia giurisdizionale in conseguenza dell’avvio della “mediazione conciliativa” è limitata nel tempo<sup>36</sup> e vi sono *indici e modalità* che (i) consentono di *ritenere implicitamente assolta* la condizione di procedibilità; e (ii) impediscono di *rilevarne la mancanza*.

<sup>28</sup> Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010. Diffusamente, v. *ultra*, § 3, sub A.

<sup>29</sup> Trib. Bologna 1° dicembre 2011, in *banca dati De jure*.

<sup>30</sup> Art. 5, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>31</sup> Art. 17, 4° comma e comma 5-bis, d.lgs. n. 28/2010. Cfr. Trib. Trieste, n. 6797/2017, in *banca dati De jure*.

<sup>32</sup> I cui compensi devono liquidarsi pure in caso di raggiungimento della “soluzione conciliata”: v. Trib. Triste, n. 6797/2017 cit.

<sup>33</sup> Art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010 come modificato dal d.l. n. 69/2013. V. *ultra*, nel testo e in nt. 41. Assistenza che evidentemente non può essere considerata equivalente *ex se* all’assistenza quale rappresentanza in giudizio (c.d. *jus postulandi*): v. Cass. n. 13886/2016 in *banca dati De jure* e Trib. Pavia, 14 settembre 2015, in *banca dati De jure*.

<sup>34</sup> V. Corte di Giustizia UE n. 75/2017, in relazione alla direttiva 2013/11/UE.

<sup>35</sup> Trib. Verona, 28 settembre 2017, in *banca dati De jure*.

<sup>36</sup> Non potendo durare per un periodo superiore a « tre mesi », termine non soggetto a sospensione feriale: art. 6, 1° e 2° comma, d.lgs. n. 28/2010. Se la *ratio* è di non “congelare” il diritto ad un “provvedimento giurisdizionale”, è chiaro che questo termine non costituisce un « limite temporale per la formazione dell’accordo », operando « esclusivamente per l’azionabilità delle domande in sede giudiziale »: Trib. Roma, 22 ottobre 2014 in *banca dati De jure*.



E così, rispettivamente: (i) qualora il « primo incontro dinanzi al mediatore » si concluda senza la “conciliazione”<sup>37</sup>, la condizione di procedibilità si reputa assolta; e (ii) il difetto della condizione di procedibilità deve essere rilevato dal “convenuto” o dal giudice « non oltre la prima udienza » successiva all’avvio del procedimento giurisdizionale o, deve ritenersi, alla proposta del giudice nel corso del procedimento giurisdizionale<sup>38</sup>.

**E.** L’efficacia esecutiva<sup>39</sup> della “soluzione conciliata” è attribuita – rispettati taluni requisiti di forma<sup>40</sup> - *ex se* qualora tutte le parti siano state assistite da un avvocato; in difetto<sup>41</sup>, quella efficacia richiede un provvedimento dell’Autorità giurisdizionale<sup>42</sup> di omologazione della “soluzione” « previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell’ordine pubblico »<sup>43</sup>.

Ciò consente di evidenziare un profilo fondamentale: nella “mediazione conciliativa” la “soluzione” al conflitto appare suscettibile di un vincolo assai *debole in ordine al rispetto dell’applicazione di regole “di diritto”*<sup>44</sup>, compresa (se si considerasse una regola non “di diritto”) l’ “equità”<sup>45</sup>.

Nella disciplina sulla “mediazione conciliativa”, infatti, *non v’è alcuna disposizione testuale che impone una “soluzione conciliata” che applichi al “conflitto concreto” regole “di diritto”*: a ben vedere, la verifica sul rispetto delle « norme imperative e dell’ordine pubblico » è prevista, come poc’anzi visto, solo nel caso (residuale) di mancanza di assistenza di avvocati per tutte le parti.

E così neppure garantisce una “soluzione conciliata” che risolva il “conflitto concreto” applicando regole “di diritto” il dovere del mediatore di « formulare proposte di conciliazione nel rispetto del limite

<sup>37</sup> Art. 5, comma 2-bis, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>38</sup> Art. 5, comma 1-bis e 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>39</sup> Quale « titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, l’esecuzione per consegna e rilascio, l’esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l’iscrizione di ipoteca giudiziale », art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010; ipotesi, quella dell’ipoteca giudiziale, di tipo “speciale” rispetto all’art. 2818 c.c. con la conseguenza per cui non v’è « alcuna possibilità di sindacato sul contenuto dell’atto » (Trib. Ascoli Piceno, 11 ottobre 2017, in *banca dati De jure*; sul problema, in dottrina, v. CEOLIN, *Procedimento di mediazione ex d. legis. n. 28/2010 ed ipoteca giudiziale: nessuna deroga ai principi generali*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 322 ss.). L’efficacia esecutiva può essere altresì rafforzata stabilendo « il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti [nella “soluzione conciliata”] ovvero per il ritardo nel loro adempimento »: art. 11, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>40</sup> Artt. 11, 3° comma, e 12 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>41</sup> Si tratta di ipotesi residuale poiché, come cennato, l’assistenza di un avvocato è obbligatoria dal « primo incontro [e durante gli] incontri successivi, fino al termine della procedura »: art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>42</sup> Il Presidente del Tribunale che pronuncia un decreto. Il controllo sulla regolarità formale insiste su: « 1) la sottoscrizione delle parti e del mediatore; 2) la dichiarata titolarità del sottoscrittore mediatore del suo legittimo *status* quale soggetto incluso nei ruoli di un organismo di conciliazione regolarmente registrato presso il Ministero della Giustizia; 3) la provenienza del verbale da un organismo iscritto nel registro *ex art. 3 e 4 d.m. n. 180 del 2010*; 4) l’inserimento nel verbale degli estremi di tale iscrizione al registro; 5) la riconducibilità dell’accordo all’ambito della mediazione *ex art. 2* e cioè l’appartenenza dell’accordo alla materia civile e commerciale », Trib. Modica, 9 dicembre 2011, in *banca dati De jure*.

<sup>43</sup> Art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>44</sup> Probabilmente più debole rispetto al lodo dove il rischio di impugnazione dovrebbe orientare per una definizione il più aderente possibile all’applicazione di regole “di diritto” (v. art. 829, 3°, 4° e 5° comma, c.p.c.).

<sup>45</sup> *Supra*, nt. 9.



dell'ordine pubblico e delle norme imperative »<sup>46</sup>; proposta da sottoporre alle parti alla formulazione della quale il mediatore è obbligato solo se tutte lo richiedono<sup>47</sup>.

“Ordine pubblico” e “norme imperative” si pongono infatti quale “limite”, per così dire, “esterno” al riconoscimento di effetti giuridici (esecutivi) di atti riconducibili all'autonomia privata (*i.e.* l'accordo in cui si sostanzia la “soluzione conciliata”). E deve aggiungersi che la proposta di conciliazione del mediatore non è sempre necessaria: è il caso dell' « accordo amichevole » in cui le parti “conciliano” indipendentemente dalla proposta.

Con due corollari.

Il primo.

L'applicazione nella “soluzione” del conflitto concreto di regole “di diritto”, da un lato, è rimessa alla volontà delle parti, del mediatore e degli avvocati che assistono le parti. Cosicché un'eventuale doglianza delle parti per la disapplicazione di regole “di diritto” potrà essere avanzata, contro gli avvocati, qualora ricorrano gli *elementi della responsabilità civile*, al rischio della quale l'avvocato è oggi obbligato ad immunizzarsi attraverso la stipula di una assicurazione professionale<sup>48</sup>. Mentre per il mediatore, allo stato, alcuna assicurazione professionale è prevista benché siano richiesti, anche a livello europeo, l'adozione di *codici di condotta*<sup>49</sup> e di *codici etici*<sup>50</sup>.

Il secondo.

L'applicazione delle regole “di diritto” può essere contestata solo con i (ristretti) *mezzi di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi*<sup>51</sup>.

Si tratta di un profilo (con i relativi corollari) che non può stupire.

La “mediazione conciliativa” evoca un accordo tra le parti coinvolte nel conflitto che costoro reputano *conveniente* prescindendo dalle regole “di diritto”, accordo al quale il mediatore *non può che restare estraneo*, (i) essendo « privo, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti »<sup>52</sup>; e (ii) formulando, al più, una “proposta” di accordo. Non è un “luogo” di applicazione del “diritto”: ma di scelta, concordata, della “*convenienza*” *reciproca consacrata nell'accordo*; se si vuole, le parti coinvolte scelgono, accettano e riconoscono un tasso di “giustizia”. Giustizia, poi, “*intermediata*” dal mediatore,

<sup>46</sup> Art. 14, 2° comma, lett. c), d.lgs. n. 28/2010.

<sup>47</sup> Art. 11, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>48</sup> Dei cui estremi l'avvocato deve informare il cliente e il Consiglio dell'ordine degli avvocati di appartenenza (art. 12, 1° e 3° comma, l. n. 247/2012).

<sup>49</sup> V. art. 4, § 1, direttiva 2008/52/CE.

<sup>50</sup> Art. 16, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>51</sup> Artt. 615 ss. c.p.c.

<sup>52</sup> Art. 1, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.



che ha agevolato l'accordo ma che ne è rimasto estraneo. Proprio la ricerca della convenienza reciproca, poi, legittima un complesso di *incentivi* a, e *disincentivi* a non, concludere l'accordo di cui tra un attimo si darà conto<sup>53</sup>.

Profilo in grado di spiegare il riferimento nella l. delega<sup>54</sup> (anche) al modello della « conciliazione stragiudiziale » in “materia di diritto societario, di intermediazione finanziaria e in materia bancaria e creditizia”<sup>55</sup>; settori di conflitti che, all'evidenza, richiedono un “grado di flessibilità” nella “soluzione” (non giurisdizionale) concordata del conflitto assai ampio, tenendo presente (più che il diritto) le esigenze concrete delle parti.

Analogamente, si direbbe per l'aggancio testuale<sup>56</sup> dell'introduzione della “mediazione conciliativa” all'attuazione della direttiva 2008/52/CE dedicata alla « composizione amichevole » delle « controversie transfrontaliere »<sup>57</sup>, nelle quali l'applicazione nella “soluzione” dei conflitti di regole “di diritto” appare, per definizione, complicata dalla transnazionalità della controversia e, così, dal possibile conflitto di fonti normative.

Del resto, l'attualità si caratterizza per la rapidità con cui nuovi conflitti tra pretese sorgono a fronte, segnatamente in Italia, del costante ritardo nel “porre le regole giuridiche” da parte dei titolari del potere legislativo, spesso in stallo o incapaci di tracciare regole generali operando solo “in emergenza” su questo o quel settore. Ne deriva frequentemente la “supplenza” del Legislatore da parte del Giudice chiamato a proporre “soluzioni” con provvedimenti giurisdizionali in assenza di fattispecie “poste” in testi di rango legale<sup>58</sup>, dovendosi allora “inventare”<sup>59</sup> la “soluzione” tenendo conto di tutte le circostanze fattuali (che assumono un inedito, per gli ordinamenti moderni, rilievo giuridico) e bilanciando i principi dell'ordinamento<sup>60</sup>.

## 2.2. (Segue) La conseguente disciplina della “mediazione conciliativa”: il procedimento tra “mediazione” e “conciliazione”

<sup>53</sup> *Ultra*, § 3, sub B.

<sup>54</sup> V. l'art. 60, 3° comma, lett. c), l. n. 69/2009.

<sup>55</sup> D.lgs. n. 5/2003 e, segnatamente, gli artt. 38 ss.; disposizioni abrogate dal d.lgs. n. 28/2010.

<sup>56</sup> Che si legge nell'analisi “tecnico-normativa” contenuta nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010.

<sup>57</sup> Direttiva 2008/52/CE, art. 1, §§ 1 e 2.

<sup>58</sup> Si è parlato così di « crisi della fattispecie »: IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.*, 2014, p. 37 ss. E ora ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

<sup>59</sup> GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 2017, p. 831 ss.

<sup>60</sup> LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.*, 2018, p. 5 ss.





Le notazioni che precedono, tutte riconducibili alla qualificazione *non giurisdizionale* dell'accordo in cui si racchiude la "soluzione conciliata" esito della "mediazione conciliativa", consentono anche di comprendere alcuni altri passi di disciplina su cui è opportuno soffermarsi rapidamente.

**A.** L'intermediazione nel raggiungimento dell'accordo richiede l'intervento di un soggetto, il mediatore, che sia "*terzo*" rispetto alle parti coinvolte, dovendo, tra l'altro, sottoscrivere una « dichiarazione di imparzialità »<sup>61</sup> ed essendo coerentemente interdetta la percezione di compensi direttamente dalle parti e, più in generale, l'assunzione di diritti o obblighi che quella imparzialità possano minare<sup>62</sup>.

Il che impone, ancora prima, la *sottrazione* della scelta del mediatore alle singole<sup>63</sup> parti coinvolte: cosicché questa scelta è affidata ad un « organismo di mediazione », a sua volta scelto dalle parti<sup>64</sup>, che designa, in modo imparziale ma non arbitrario<sup>65</sup>, il mediatore. Organismo soggetto a regole di accreditamento e di vigilanza dell'Autorità governativa<sup>66</sup> per garantirne la « serietà ed efficienza »<sup>67</sup>, attraverso l'iscrizione, e la permanenza dell'iscrizione, in un apposito registro<sup>68</sup>.

**B.** La "mediazione conciliativa" assume i caratteri di un "servizio di mediazione"<sup>69</sup> che viene, non diversamente da altri servizi di "massa", *professionalmente offerto al "pubblico" dagli organismi predetti*. Offerta che consente, nei limiti delle fonti primarie e secondarie, di *differenziare il "servizio"* che viene così reso *in un regime di concorrenza*<sup>70</sup>, legittimando gli organismi di mediazione a dotarsi di *differenti regolamenti*, quali « att[i] contentent[i] l'autonoma disciplina della procedura di mediazione e dei relativi costi »<sup>71</sup>; regolamenti oggetto di valutazione da parte dell'Autorità governativa di « idoneità » per l'iscrizione nel registro<sup>72</sup>.

**C.** La qualifica *non giurisdizionale* della "soluzione" al conflitto e la conseguente e naturale assenza del "rigore" nell'applicazione di regole "di diritto" (ricercando la "soluzione" più conveniente), poi:

<sup>61</sup> Art. 14, 2° comma, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

<sup>62</sup> Art. 14, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>63</sup> Dovendosi ammettere « la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo » [art. 7, 5° comma, lett. c), d.m. 180/2010].

<sup>64</sup> Art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>65</sup> Dovendo attenersi a modalità di nomina pre-costituite ed inserite nel regolamento (v. *ultra*, nel testo *sub B.*) che assicurino non solo l'imparzialità ma anche « l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico » (art. 3, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010); allora rilevando anche le competenze [v. ancora *ultra*, *sub C.*, n. 1].

<sup>66</sup> Affidata al Ministero della giustizia e di concerto, per le materie consumeristiche, al Ministero dello sviluppo economico.

<sup>67</sup> Art. 16, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>68</sup> Art. 16, 2°, 3° e 4° comma, d.lgs. n. 28/2010. Sui requisiti per l'iscrizione, cfr. l'art. 4 d.m. n. 180/2010.

<sup>69</sup> Art. 4, § 1, direttiva 2008/52/CE.

<sup>70</sup> Il numero degli organismi di mediazione al 24 marzo 2014 era pari a n. 1015 (Camera dei deputati – *Dossier* n. 107).

<sup>71</sup> Art. 1, lett. g), ed art. 7 d.m. n. 180/2010.

<sup>72</sup> Art. 16, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.



- 1) giustificano la possibilità che i mediatori *non siano* “giuristi”. Ciò non dimeno, trattandosi di un “servizio professionale”,
  - il mediatore deve essere *professionalmente preparato* al compito, prevedendosi quindi requisiti “minimi”<sup>73</sup> ed obblighi di “formazione” da parte di soggetti accreditati (i cc.dd. enti formatori)<sup>74</sup>,
  - le competenze, comunque, di ciascun mediatore *non sono irrilevanti*, giacché ne *orientano la designazione* nel singolo caso<sup>75</sup>. Tuttavia, dovendo “mediare per conciliare” un conflitto di pretese giuridicamente rilevanti è razionale la previsione che rende gli avvocati mediatori “di diritto”, salvo obblighi di formazione (anche continua) specifica<sup>76</sup>,
  - il mediatore può avvalersi di esperti iscritti in albi di consulenti. Ciò solo *in via eccezionale* poiché la nomina dell’esperto accresce le spese del procedimento<sup>77</sup>; e, quando, il “conflitto” richieda « specifiche competenze tecniche » l’organismo di mediazione può nominare « mediatori ausiliari »<sup>78</sup>;
- 2) consentono di rendere la domanda di avvio del procedimento priva di formalità, quasi *un modulo di adesione* tendenzialmente standardizzato (in linea con il carattere di offerta di “massa” del “servizio di mediazione”) in cui è sufficiente indentificare l’organismo di mediazione, le parti, il fatto e le ragioni (non necessariamente “di diritto”) della « pretesa »<sup>79</sup> su cui poi le parti “discuteranno” con il mediatore<sup>80</sup>. Ne segue che si tratta di una “istanza” capace di racchiudersi in *formulari pre-compilati*;
- 3) legittimano un procedimento, scandito in incontri il primo dei quali è fissato entro 30 giorni dall’istanza<sup>81</sup>, *privo di formalità*<sup>82</sup> (al pari dei relativi atti<sup>83</sup>) e suscettibile di *conformazione attraverso il regolamento dell’organismo di mediazione* entro i limiti indicati nelle fonti legali

<sup>73</sup> In primo luogo in ordine al titolo di studio: art. 4, 3° comma, lett. a), d.m. 180/2010.

<sup>74</sup> Che assicurino “elevati livelli di formazione”: art. 16, 5° comma, d.lgs. n. 28/2010 e art. 18 d.m. n. 180/2010.

<sup>75</sup> Ed infatti nel regolamento degli organismi di mediazione è necessario indicare « criteri inderogabili per l’assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta » [art. 7, 5° comma, lett. e), d.m. 180/2010].

<sup>76</sup> Art. 16, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010: i mediatori avvocati devono essere « adeguatamente formati » anche attraverso « percorsi di aggiornamento ». Negli stessi sensi, è prevista una procedura semplificata per l’iscrizione nel registro degli organismi di mediazione istituiti dai Consigli degli ordini degli avvocati (art. 18 d.lgs. n. 28/2010).

<sup>77</sup> Art. 8, 4° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>78</sup> Art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>79</sup> Quando si richiede un “provvedimento giurisdizionale” v’è un riferimento agli “elementi di diritto” (per la citazione, art. 163, 3° comma, n. 4, c.p.c.) e alle « ragioni della domanda » (art. 125, 1° comma, c.p.c.), che evoca, stante il riferimento alla “domanda” (e non alla “pretesa”), la necessità di una argomentazione in punto di regole “di diritto”. Sul punto, v. ampiamente, MARZOCCO, *Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell’istanza di mediazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1127 ss.

<sup>80</sup> Art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>81</sup> Art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>82</sup> Art. 8, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>83</sup> Art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.



primarie e secondarie. Tra questi, logicamente prima ancora che giuridicamente, ne segnalerei due. E cioè,

- ogni mediazione tesa ad un accordo richiede *la possibilità di ciascuna parte coinvolta di partecipazione, per “dialogare” e cercare la “soluzione” più conveniente*<sup>84</sup>. In questo senso è esemplare il divieto dei regolamenti di prevedere l'accesso alla mediazione esclusivamente « attraverso modalità telematiche »<sup>85</sup>,
- ogni mediazione richiede l'imparzialità e l'indipendenza del mediatore rispetto alle parti non solo in avvio<sup>86</sup> ma anche *nel corso del procedimento*. Quindi, esemplarmente, sono vietate comunicazioni delle parti al mediatore<sup>87</sup> e questo è tenuto ad informare le parti e l'organismo in caso di sopravvenuto pericolo di “parzialità”<sup>88</sup>.

**D.** La circostanza che la “soluzione conciliata” sia *un accordo (non giurisdizionale)* suppone che *le pretese giuridicamente rilevanti in conflitto siano suscettibili di modificazione (ed eventualmente di estinzione)* ad opera delle parti coinvolte. Quindi si deve trattare di pretese che intestano *sulle* parti « diritti disponibili »<sup>89</sup> alle parti. Il che rende comprensibile (1) *l'obbligo di riservatezza* per i “terzi”<sup>90</sup> partecipanti al procedimento<sup>91</sup> che si declina, per facilitare il raggiungimento dell'accordo, anche nei confronti delle altre parti<sup>92</sup>; (2) *l'applicazione delle regole sul segreto professionale* in capo al mediatore<sup>93</sup>; nonché (3) *l'irrilevanza nei procedimenti giurisdizionali* sul medesimo conflitto delle informazioni e delle dichiarazioni rese nel procedimento<sup>94</sup>.

### **3. La “mediazione conciliativa” tra le tecniche di soluzione di conflitti alternative al procedimento giurisdizionale: l'oggetto del conflitto e gli incentivi (e disincentivi)**

<sup>84</sup> V. Trib. Pavia, 14 ottobre 2015, in *banca dati* De jure, secondo cui « la procedura di mediazione è una procedura riservata, in buona misura orale e, per molti aspetti, informale » il cui « il momento più importante [è costituito dalla] attività del mediatore » tenuto ad adoperarsi « affinché le parti raggiungano un accordo amichevole, senza ulteriori specificazioni al contenuto dell'attività del mediatore, attività che si conferma essenzialmente di dialogo con le parti e i difensori ».

<sup>85</sup> Art. 7, 4° comma, d.m. n. 180/2010. Mezzo, quello *on line*, che, se incentiva la partecipazione tra parti fisicamente lontane (ed infatti è espressamente previsto: art. 3, 4° comma, d.lgs. n. 28/2010), non è detto che sia accessibile a tutti.

<sup>86</sup> Art. 3, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>87</sup> Salvo « quelle effettuate in occasione delle sessioni separate »: art. 7, 7° comma, d.m. n. 180/2010.

<sup>88</sup> Art. 14, 2° comma, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.

<sup>89</sup> Art. 2, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010 e art. 60, 3° comma, lett. a), l. n. 69/2009.

<sup>90</sup> Vale a dire: partecipanti all'organismo di mediazione, mediatore e, si direbbe, mediatori ausiliari e consulenti.

<sup>91</sup> Art. 9, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>92</sup> Salvo consenso dell'interessato: art. 9, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>93</sup> Art. 10, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010 che richiama l'art. 200 c.p.p.

<sup>94</sup> Pure in questo caso salvo consenso dell'interessato: art. 10, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010. V. Trib. Treviso, 1° marzo 2016, leggibile in Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato, *Proposte normative e note illustrative*, 18 gennaio 2017, p. 173.



Il riferimento all'accordo ed ai diritti disponibili, poi, consentono di comprendere altri due profili fondamentali della "mediazione conciliativa". In ordine, nel dettaglio, al *conflitto potenzialmente oggetto di "accordo"* (sub A. che segue) ed in ordine agli *incentivi e disincentivi all'avvio del procedimento ed alla conclusione dell'accordo* (sub B. che segue).

Conviene analizzarli partitamente.

A. Quanto all'oggetto del conflitto suscettibile di essere "conciliato", le parti possono accordarsi su qualunque « diritto disponibile »<sup>95</sup> inerente una controversia « civile e commerciale »<sup>96</sup>.

Tuttavia, come evidenziato sopra<sup>97</sup>, in taluni conflitti, la "mediazione conciliativa" è *condizione di procedibilità* per ottenere un "provvedimento giurisdizionale". Si tratta di conflitti che vertono su materie che ineriscono a:

- 1) rapporti destinati a prolungarsi nel tempo o in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, gruppo sociale o area territoriale, per i quali appaiono preferibili soluzioni extragiudiziali che meglio consentono la prosecuzione del rapporto (condominio, locazione, comodato, affitto di azienda, diritti reali, divisione, successioni, patto di famiglia);
- 2) rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali appare più fertile il terreno della composizione giudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa);
- 3) tipi contrattuali che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti, conoscono una diffusione di massa (contratti assicurativi, bancari e finanziari)<sup>98</sup>.

Due sono le osservazioni che appaiono pertinenti.

La prima riguarda la presenza di tecniche di soluzione di conflitti alternative al procedimento giurisdizionale che sono *sostitutive* alla "mediazione conciliativa" pur insistendo su conflitti che vertono su materie del tutto consimili a quelle previste per questa. Si allude, tra le varie, al risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti<sup>99</sup>, tipicamente esito di "rapporti conflittuali", frequenti e normalmente tesi alla composizione, assoggettati, quale condizione di procedibilità, alla (diversa) « procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati »<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Tali non sono, per esempio, i diritti cc.dd. personalissimi e di "status".

<sup>96</sup> Art. 2, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>97</sup> *Supra*, § 2.1, sub A.

<sup>98</sup> V. Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, p. 5 s.

<sup>99</sup> Circolazione soggetta ad assicurazione obbligatoria di responsabilità civile (artt. 122, 123 d.lgs. n. 209/2005).

<sup>100</sup> Artt. 2 ss. d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014. Procedura evidentemente caratterizzata da trattative (senza "mediatori") tra le parti assistite da avvocati.



La seconda riguarda la presenza di tecniche di soluzione di conflitti alternative al procedimento giurisdizionale che possono essere potenzialmente<sup>101</sup> *concorrenti* con la “mediazione conciliativa”: sono l’Arbitro Bancario e Finanziario (c.d. ABF) e l’Arbitro per le Controversie Finanziarie (c.d. ACF), i quali sono *testualmente resi* (a loro volta) *alternativi (e del tutto facoltativi)* alla “mediazione conciliativa”<sup>102</sup>. Concorrenza quanto mai opportuna in ragione dell’alta specializzazione che proprio la materia bancaria e finanziaria suppone e poco coerente con i mediatori (i quali, come visto, possono essere privi di specifiche competenze sul tema)<sup>103</sup> e pienamente coerente con i cc.dd. ABF ed ACF composti da professionisti altamente specializzati.

Viceversa, restano testualmente esclusi i conflitti relativi ad alcune materie che, secondo il legislatore, mal si prestano a tentativi di “conciliazione”<sup>104</sup> o comunque ineriscono ad interessi “sovra individuali”<sup>105</sup>.

**B.** Passando agli incentivi e disincentivi all’avvio del procedimento, alla partecipazione ed alla conclusione della “soluzione conciliata”, si può osservare che essi possono sostanziarsi in incentivi e disincentivi economici; ed in incentivi e disincentivi rispetto alla decisione della “soluzione” con “provvedimento giurisdizionale” del conflitto.

1) Dal primo punto di vista, *quello economico*:

- all’avvio del procedimento sono funzionali le *agevolazioni fiscali* nella forma di esenzione di imposta sui documenti del procedimento<sup>106</sup> nonché di credito di imposta riconosciuto, sia pur in misura ridotta, anche in caso di mancato raggiungimento dalla “soluzione conciliata”<sup>107</sup>,

<sup>101</sup> La materia del conflitto e la legittimazione all’avvio di queste tecniche non sono, tra i diversi profili, sempre e del tutto coincidenti con quelli della “mediazione conciliativa”. Raggiugli, per il c.d. ABF, in LUCCHINI GUASTALLA, voce *Arbitro bancario finanziario*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 35 ss.; e, per il c.d. ACF, in AA.VV., *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Atti del convegno Consob*, in *Quaderni giuridici Co.n.so.b.*, 26 febbraio 2018, n. 16, *passim*. C’è poi da segnalare che i due Arbitri si differenziano anche in ordine alla valenza giuridica della “soluzione conciliata”, l’inadempimento alla quale produce essenzialmente “effetti reputazionali” per l’inadempiente.

<sup>102</sup> V. art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 che si riferisce sia al c.d. ABF (art. 128-*bis* d.lgs. n. 385/1993) sia al c.d. ACF (previsto dall’art. 32-*bis* d.lgs. n. 58/1998, introdotto dal d.lgs. n. 129/2017 che ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 179/2007).

<sup>103</sup> V. *supra*, § 2.2, *sub C.*, n. 1.

<sup>104</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, p. 7. Sono quelli indicati nell’art. 5, 4° comma, d.lgs. n. 28/2010 e cioè: « procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione [...]; procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito [...]; procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite [...]; procedimenti possessori, fino alla pronuncia » dell’ordinanza che accoglie o respinge la domanda; « procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all’esecuzione forzata; [...] procedimenti in camera di consiglio; [...] azione civile esercitata nel processo penale ».

<sup>105</sup> L’azione di classe dei consumatori e quella delle associazioni dei consumatori (artt. 37, 140 e 140 *bis* d.lgs. n. 206/2005): relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, p. 6. Inoltre, l’art. 23, 2° co., d.lgs. n° 28/2010 fa inoltre salvi i procedimenti obbligatori di conciliazione settoriali, previsti per specifiche materie, come il procedimento per le controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, cfr. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Roma, 2012, spec. p. 187 ss.

<sup>106</sup> Art. 17, 2° e 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>107</sup> Art. 20 d.lgs. n. 28/2010.



- alla conclusione della “soluzione conciliata” è funzionale un *regime speciale delle spese processuali* del procedimento giurisdizionale avviato in conseguenza della mancata adesione alla proposta formulata dal mediatore<sup>108</sup>.

Derogando al regime ordinario che alloca le spese processuali sostenute dal vincitore sul soccombente<sup>109</sup>, queste assieme a quelle inerenti la “mediazione conciliativa” sono allocate dal giudice sul vincitore che « ha rifiutato la proposta », qualora il “provvedimento giurisdizionale” « corrisponda integralmente al contenuto della proposta » rifiutata, condannandolo al rimborso delle spese sostenute dal soccombente ed al versamento all’erario di un importo pari al c.d. contributo unificato (*i.e.*, la tassa necessaria per avviare un procedimento giurisdizionale civile)<sup>110</sup>; inoltre il giudice può allocare sul vincitore le spese della “mediazione conciliativa” in caso di aderenza solo parziale tra contenuto della proposta (rifiutata) e “provvedimento giurisdizionale”, purché ricorrano « gravi ed eccezionali ragioni » e ne sia esposta la motivazione<sup>111</sup>,

- alla partecipazione al procedimento è funzionale il dovere del giudice di condannare la parte che *non abbia partecipato senza giustificato motivo* al versamento all’erario di un importo pari al c.d. contributo unificato<sup>112</sup>;

2) quanto agli incentivi e disincentivi rispetto *alla decisione della “soluzione”* con “provvedimento giurisdizionale” del conflitto, *la mancata partecipazione senza giustificato motivo* al procedimento di “mediazione conciliativa” costituiscono « argomenti di prova » nel giudizio.

#### 4. La “mediazione conciliativa” ed il suo concreto funzionamento: qualche rilevazione empirica

Concentrando ora l’attenzione al funzionamento in concreto della “mediazione conciliativa”, si può osservare che: (i) *il numero di avvocati per abitanti tra i più alti d’Europa*<sup>113</sup>; (ii) nel 2017, le *cause civili pendenti* erano pari a 3.628.936<sup>114</sup>, di cui (iii) in *arretrato*, in grado di attribuire il diritto ad una equa

<sup>108</sup> Regime di cui le parti devono essere avvisate dal mediatore al momento della sottoposizione della proposta di conciliazione: art. 11, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>109</sup> Art. 91, 1° comma, c.p.c. È una deroga sistematicamente rilevante che postula un “provvedimento giurisdizionale”, restando quindi inapplicabile, salvo diversa volontà della parti, in caso di “mediazione conciliativa” avviata prima di un arbitrato (v. *supra*, nt. 2) in cui la decisione non è squisitamente giurisdizionale ma solo ad essa a certe condizioni equiparata dalla legge: art. 13, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>110</sup> Art. 13, 1° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>111</sup> Art. 13, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>112</sup> Purché si tratti di “mediazione conciliativa” richiesta per la procedibilità della domanda: art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>113</sup> Nel 2016, gli abitanti in Italia erano 60,6 milioni di cui 243.680 avvocati: fonte Consiglio nazionale forense.

<sup>114</sup> Fonte: Ministero della giustizia.



riparazione per irragionevole durata del processo<sup>115</sup> - violando i principi europei ai quali in apertura s'è accennato - nei diversi gradi di giudizio, pari a 77.133, 127.244 e 407.017<sup>116</sup>; (iv) la percezione della giustizia è di *sfiducia*<sup>117</sup>.

Questi numeri e questa sfiducia che da anni sono sostanzialmente i medesimi hanno orientato il legislatore italiano ad intervenire nell'ordinamento attraverso diverse modalità: (i) *riducendo le ipotesi di impugnazione* (tanto in appello quanto in Cassazione<sup>118</sup>); (ii) *introducendo "sanzioni"*, nella forma del risarcimento del danno, anche quando l'azione giurisdizionale è stata proposta « senza la normale prudenza » ammettendo pure, in ogni caso, la condanna al pagamento di una somma determinata in via equitativa<sup>119</sup>; (iii) imponendo la *sintesi* degli atti, tanto delle parti quanto del giudice<sup>120</sup>; (iv) imponendo che la *motivazione* dei «provvedimenti giurisdizionali» sia « concisa » e « succinta »<sup>121</sup>.

E, naturalmente, il legislatore *ha ampliato e potenziato le tecniche di soluzione di conflitti alternative* al procedimento giurisdizionale in evidente funzione *deflattiva* del contenzioso giurisdizionale: tra queste, oltre alla possibilità di trasferire in sede arbitrale i procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria<sup>122</sup>, v'è ovviamente la «mediazione conciliativa» divenuta non più sperimentale (dunque «a tempo») ma stabile<sup>123</sup>.

Ebbene: se si analizzano i dati della «mediazione conciliativa» del 2017 ci si accorge i «numeri» in relazione al contenzioso sono davvero esigui. All'inizio dell'anno erano pendenti 85.499 procedimenti, nell'anno ne sono stati iscritti 166.989, ne sono stati definiti 155.457 e alla fine dell'anno ne risultano pendenti 97.031<sup>124</sup>.

Certamente alcuni interventi correttivi possono immaginarsi: sia a diritto vigente sia *de jure condendo*.

E così, per proporre qualche esempio, a diritto vigente la giurisprudenza può operare sull'interpretazione degli incentivi e disincentivi. In particolare, per esempio:

<sup>115</sup> Secondo la l. n. 89/2001.

<sup>116</sup> Fonte: Ministero della giustizia.

<sup>117</sup> Secondo il *Report Cittadini e giustizia civile* confezionato nel 2015 dall'Istat 2015: il 52% di coloro che hanno avuto un'esperienza diretta con la Giustizia civile ha dichiarato di essere poco o per niente soddisfatta; di costoro, secondo il 68,6% bisognerebbe soprattutto *ridurre la durata* dei procedimenti, secondo il 57,7% semplificare gli *aspetti burocratici* e secondo il 31% garantire puntualità alle udienze; negli 2012-2015, un milione e mezzo di persone *hanno deciso di rinunciare* ad avviare una causa civile per il timore di sostenere *costi troppo* elevati rispetto al vantaggio conseguibile (30,8%), per l'incertezza dei *tempi di svolgimento* (25,6%) o dell'esito favorevole (15,5%).

<sup>118</sup> V., rispettivamente, l'art. 348-*bis* c.p.c., introdotto dal d.l. n. 83/2012 conv. in l. n. 134/2012; e l'art. 360-*bis* c.p.c., introdotto dalla l. n. 69/2009. In argomento, v. IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1 ss.

<sup>119</sup> Nell'ordine, art. 96, 2° e 3° comma, c.p.c.

<sup>120</sup> Almeno quando depositati in modalità telematica: art. 16-*bis*, comma 9-*octies*, d.l. 179/2012, conv. in l. n. 221/2013. Sulla sintesi e sul linguaggio nel diritto, tra i vari, cfr. GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 487 ss.; BIVIATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, ivi, p. 467 ss.; TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, ivi, p. 453 ss.

<sup>121</sup> Nell'ordine, art. 132, 2° comma, n. 4, c.p.c. ed art. 118, 1° comma, disp. att. e trans. c.p.c., come modificati dalla l. n. 69/2009.

<sup>122</sup> Art. 1 d.l. n. 132/2014 conv. in l. 162/2014.

<sup>123</sup> Art. 11-*ter*, 1° comma, d.l. n. 50/2017 conv. in l. n. 96/2017.

<sup>124</sup> Fonte: Ministero della giustizia.



- a) considerando la mancata partecipazione al procedimento senza giustificato « unica sufficiente fonte di prova »<sup>125</sup> per la decisione del giudice;
- b) sanzionando la condotta non collaborativa, che abbia determinato il fallimento della “mediazione conciliativa”, con « la condanna, in caso di soccombenza, anche al pagamento, a titolo di maggior danno, delle spese stragiudiziali sostenute [...] nella procedura conciliativa »<sup>126</sup>;
- c) applicando le conseguenze derivanti dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo, integrati i presupposti richiesti, « prescindendo del tutto dall’esito »<sup>127</sup>;
- d) considerando la partecipazione al procedimento di “mediazione conciliativa” quale espressione del dovere di lealtà delle parti<sup>128</sup> testualmente previsto solo per i procedimenti giurisdizionali<sup>129</sup>, suscettibile quindi di valutazione ai fini della decisione e dell’allocazione delle spese processuali;
- e) stimando la partecipazione al procedimento « condotta assolutamente doverosa, che [le parti] non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della assolutezza e della non temporaneità »<sup>130</sup>;
- f) richiedendo che la partecipazione al procedimento sia « effettiva » e che, pertanto, « le parti non si fermino alla sessione informativa » dovendo essere « presenti [...] personalmente »<sup>131</sup>.

*De jure condendo*, si potrebbero recepire alcune posizioni giurisprudenziali<sup>132</sup> e colmare le incertezze della disciplina vigente. Tra le varie, per esempio e rispetto al primo profilo, obbligando all’effettiva e personale partecipazione della parti al procedimento; e, rispetto al secondo, individuando su chi incombe l’onere di avviare la “mediazione conciliativa” in caso di opposizione a decreto ingiuntivo una volta concessa o sospesa la provvisoria esecuzione<sup>133</sup>.

C’è poi un altro dato.

Non tutti sono a conoscenza della possibilità di raggiungere un accordo reciprocamente soddisfacente attraverso forme di risoluzione *non* “giurisdizionali”: in una indagine del 2015<sup>134</sup> *solo il 43,9%* degli intervistati conosceva il *significato* di “Mediazione Civile”. Eppure è *espressamente previsto che l’avvocato debba*

<sup>125</sup> Trib. Roma, 5 luglio 2012, in *banca dati De jure*.

<sup>126</sup> Trib. Milano, 21 luglio 2016, in *banca dati De jure*.

<sup>127</sup> Trib. Mantova, 14 giugno 2016, in *banca dati De jure*.

<sup>128</sup> Art. 88 c.p.c.

<sup>129</sup> Trib. Roma, n. 22475/2017, in *banca dati De jure*.

<sup>130</sup> Trib. Vasto, 16 dicembre 2016, leggibile in Commissione di studio, cit., p. 155

<sup>131</sup> Trib. Roma, 14 luglio 2016, in *banca dati De jure*.

<sup>132</sup> In questo senso si muovono le proposte della Commissione di studio, cit., p. 73 ss.

<sup>133</sup> In dottrina, v. CALIFANO, *Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria (in relazione agli interventi di terzi e al procedimento monitorio; tra ciò che mi piacerebbe e ciò che invece mi appare)*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 999 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. n. 24629/2015, in *banca dati De jure*. Negli stessi sensi, per l’applicazione o meno della “mediazione conciliativa” ai terzi chiamati in causa, su cui, per esempio, v. Trib. Palermo, 27 febbraio 2016, in *banca dati De jure*.

<sup>134</sup> *Report Cittadini e giustizia civile*, cit.





*informare*, a pena di annullabilità del contratto d'opera professionale, il cliente al momento del conferimento dell'incarico della possibilità di avvalersi della “mediazione conciliativa” in regime di agevolazione fiscale<sup>135</sup>.

E allora, forse, il vero problema è quello di *creare una cultura conciliativa*: sia delle parti in conflitto sia degli avvocati che dovrebbero considerare la “mediazione conciliativa” come un'opportunità di formare una propria nuova professionalità, di mediatore e di assistente del cliente nella mediazione<sup>136</sup>.

Forse per formare una “cultura” conciliativa potrebbe essere utile l'ampliamento delle materie soggetta alla *condizione di procedibilità* della “mediazione conciliativa”: ampliamento che, *de jure condendo*, è stato comunque proposto<sup>137</sup>. Ma, di certo, per formare “cultura”<sup>138</sup> occorre *investire risorse* e non solo introdurre nuove regole nell'ordinamento giuridico o perfezionare e correggere quelle esistenti. E forse su questo dovrebbe riflettere il legislatore italiano.

---

<sup>135</sup> Art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>136</sup> Commissione di studio, cit., p. 16.

<sup>137</sup> Estendendo la condizione di procedibilità ai conflitti relativi ad altri rapporti di durata (contratti di opera, di opera professionale, di appalto privato, *franchising*, *leasing*, di fornitura e somministrazione) e ad rapporti sociali inerenti le società di persone, ambito, s'è detto, in cui le parti in conflitto perseguono uno scopo comune ed hanno interesse a risolverlo « con un metodo che favorisca la definizione amichevole, assicurando riservatezza e flessibilità di soluzioni »: Commissione di studio, cit., 37. Peraltro, la stessa Commissione ha rilevato che la « previsione di enti o di organismi che si dedicano specificamente a tipologie di conflitti sembra dare i risultati migliori: è il caso, ad es., dei CORECOM per i conflitti in materia di comunicazioni, delle procedure promosse dall'Autorità per l'Energia e il Gas, e soprattutto per l'ABF », ivi, p. 16.

<sup>138</sup> Ne ragiona anche BREGGIA, *Giustizia diffusa e giustizia condivisa: la collaborazione nella gestione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 391 ss.