

Federico Russo

Mediazione civile - i paralipomeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione

1. Mediazione ultimo atto.

In questi giorni, e precisamente il 23 ottobre 2012, si è tenuta davanti alla Consulta l'udienza pubblica sul procedimento n. ord. 268/2011, sulla legittimità costituzionale della mediazione. Al termine dell'udienza la Corte ha emesso un univoco comunicato stampa del seguente tenore: “*La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione. dal Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2012*”.

La pronuncia, attesa da circa un anno se ci si basa sul ruolo di udienza, ma da quasi due se si guarda l'effettiva entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, segna la chiusura - almeno per ora - di una strana pagina della politica legislativa italiana, in campo processuale. Essa sancisce - nei limiti in cui è dato, in questa fase, osservare - una netta bocciatura per una legge pensata troppo nel segreto della camera di consiglio - *recte*: del gabinetto del ministero della Giustizia - senza coinvolgere adeguatamente gli ordini professionali, proprio quei soggetti che, con tutta evidenza, avrebbero potuto e dovuto determinare il successo o il fallimento della riforma

Osserviamo, sia pure con la prudenza resa necessaria dal caso, che una dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega - al di là della sua evidente fondatezza - costituisce, sicuramente, un fallimento per il legislatore delegato, che ha agito, per così dire ed *absit iniuria verbis*, senza l'adeguata prudenza.

In questa delicata fase transitoria, ove pare che la mediazione civile ex d.lgs. 28/2010 continui a sopravvivere, sia pure priva della sua principale forza propulsiva, che era data dalla sua obbligatorietà, si rende opportuna una riflessione di carattere sistematico. Sarà forte, infatti, la tentazione per le forze sociali coinvolte di cercare di far reintrodurre l'obbligo di legge, giocando sulla considerazione che l'incostituzionalità è stata pronunciata non nel merito, ma per eccesso di delega, magari confidando su talune indicazioni che potrebbero essere state offerte dalla Consulta nella motivazione.

Un errore che va, a nostro avviso, evitato è quello di ragionare ad ogni costo sul dato esistente, cercando di salvare quanto più possibile dell'*ancien régime*, *i.e.* la mediazione come delineata dal d.lgs. 28/2010. Pensiamo, invece, che la decisione della Consulta offra lo spunto per ripensare nelle sue fondamenta un edificio mal progettato e fabbricato con materiali inadeguati. La mediazione - o meglio, la conciliazione - non va demonizzata né totalmente abbandonata, ma va - probabilmente - riconscepita a partire dalla sua idea di fondo. Occorre, innanzitutto, abbandonare l'idea della conciliazione come un procedimento paragiurisdizionale, alquanto complesso ed ingessato nelle sue forme e preclusioni. Questo è, a nostro avviso, un grave errore di prospettiva. Comunque la si voglia, infatti, vedere, la conciliazione è diretta a produrre un contratto tra le parti e non un provvedimento giurisdizionale. Come logico corollario essa deve assomigliare, più che altro, ad una negoziazione tra le parti, sia pure assistita da un terzo imparziale, che non ad un processo civile. In un certo senso essa ha molta più affinità con il diritto sostanziale che con quello processuale.

Occorre inoltre, che la nuova normativa sia più leggera e meno *farraginoso* della precedente, limitando le norme imperative al minimo indispensabile, e lasciando larga autonomia alle parti private. Con questa chiave di lettura ci permettiamo, in questa sede, di suggerire la strada per una nuova conciliazione, che dovrebbe seguire, a nostro avviso, il seguente schema.

2. Progetto di legge.

Art. 1 - Conciliazione obbligatoria.

Tutte le cause di cui all'art. 7 comma primo c.p.c., aventi ad oggetto diritti disponibili e dei quali parti possano disporre, devono essere precedute, a pena di improcedibilità della domanda, da un tentativo obbligatorio di conciliazione da espletarsi nelle forme della presente legge.

Sono esclusi dal presente obbligo:

- a) i procedimenti cautelari;
- b) i procedimenti di natura non contenziosa;
- c) i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- d) i procedimenti possessori;
- e) tutti quegli altri procedimenti aventi ad oggetto assegni alimentari o comunque aventi carattere urgente, per i quali il tempo necessario per l'esperimento del tentativo di conciliazione potrebbe pregiudicare l'effettività della tutela giudiziaria,

Art. 2 - Tentativo di conciliazione

Il tentativo obbligatorio di conciliazione si svolge dinanzi ad un conciliatore, terzo e imparziale, che offra adeguate garanzie di competenza e professionalità, in ragione della materia del contendere.

Il tentativo di conciliazione di cui al presente articolo può espletarsi dinanzi al Giudice di pace, in sede di conciliazione non contenziosa, ai sensi dell'art. 322 c.p.c.

La domanda può essere rivolta ad un Organismo di conciliazione o mediazione, comunque denominato, che provvede alla designazione del conciliatore, nel rispetto dei criteri di cui all'art.2.

L'istanza di conciliazione se notificata o comunicata direttamente alla controparte interrompe la prescrizione e le eventuali decadenze processuali e sostanziali previste dalla legge.

Art. 3 - Regole di procedura

La conciliazione si svolge secondo il regolamento previsto dal contratto o fissato dal conciliatore, omessa in ogni caso ogni formalità.

Deve, comunque, essere assicurata alle parti la possibilità di avvalersi di uno o più consulenti, difensori o assistenti.

Art. 4 - Improcedibilità

Ove il giudice rilevi, nel corso del processo, che una delle cause di cui all'art. 1 non sia stata preceduta da tentativo di conciliazione, invita le parti ad iniziare la conciliazione nel termine perentorio di quindici giorni.

Ove le parti non ottemperino dichiara l'improcedibilità della domanda, pronunciando sulle spese.

In ogni caso, decorsi quattro mesi dall'inizio del tentativo di conciliazione, la domanda diviene procedibile.

Ove il giudice rilevi, nel corso del processo, che per una delle cause di cui all'art. 1 la conciliazione sia stata iniziata ma non si sia conclusa, rinvia la causa ad una data successiva, al fine di consentire il decorso del termine di cui al precedente comma.

Art. 5 - Verbale di conciliazione

Ove il tentativo di conciliazione riesca, le parti ed il conciliatore sottoscrivono un verbale di conciliazione, che contiene l'accordo raggiunto. L'accordo può essere redatto in un documento separato rispetto al verbale, purché materialmente congiunto ad esso.

Il conciliatore autentica la sottoscrizione delle parti sia nel verbale che nell'accordo, se redatto in un documento separato rispetto al verbale.

Il verbale di conciliazione stipulato davanti al giudice di pace o ad un conciliatore è esente da imposta di registro, anche quando, con esso, le parti stipulino un atto di contenuto e natura diversi.

Art.6 - Efficacia del verbale di conciliazione

Il verbale di conciliazione autenticato a norma del precedente art.5 da un conciliatore che sia in possesso di un dottorato di ricerca in materie giuridiche o titolo equipollente, ovvero che abbia svolto per almeno tre anni le funzioni di notaio, professore o ricercatore universitario di materie

giuridiche, giudice onorario di tribunale, vice procuratore onorario, giudice di pace, avvocato, cancelliere o magistrato ha efficacia di scrittura privata autenticata ad ogni effetto di legge.

A parziale deroga di quanto stabilito dall'art. 474 c.p.c. il verbale di cui al precedente comma costituisce titolo esecutivo anche relativamente alle obbligazioni di fare, non fare, consegnare una cosa determinata o rilasciare un immobile in esso contenute, e per l'esecuzione per consegna o rilascio.

Art. 7 - Efficacia esecutiva del verbale di conciliazione in sede non contenziosa davanti al giudice di pace.

All'art. 322 c.p.c. il secondo comma è sostituito dal seguente: "il processo verbale di conciliazione in sede non contenziosa costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale". Il terzo comma è abrogato.

Art. 8 - Dovere di riservatezza e segreto professionale.

Chiunque presti la propria opera o comunque partecipi o assista, a qualunque titolo, al procedimento di conciliazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite in occasione del procedimento medesimo.

Qualora, nel corso del procedimento, il conciliatore proceda ad incontrare separatamente le parti, egli e chiunque altro assista a detti incontri è tenuto al segreto ed alla riservatezza nei confronti dell'altra parte.

Il conciliatore e chiunque abbia assistito o partecipato al tentativo di conciliazione non può essere chiamato a deporre come testimone relativamente alle dichiarazioni da chiunque rese ed ai fatti accaduti nel corso del procedimento di conciliazione.

Art. 9 - Abrogazioni

Il d.lgs. 28/2010 è abrogato.

Art. 9 - Norme di attuazione

All'art. 10 del d.p.r. 115/2002, dopo il comma 1 bis è introdotto il seguente comma 2:

"La domanda di conciliazione in sede non contenziosa dinanzi al giudice di pace ai sensi dell'art. 322 c.p.c. è soggetta al contributo unificato nella misura fissa di euro 100,00".

Art. 11 - Aumento della competenza per valore dei Giudici di pace.

All'art. 7 c.p.c. il comma primo è sostituito dal seguente:

"Il giudice di pace è competente per le cause relative a beni mobili, escluse in ogni caso le azioni reali immobiliari o le azioni personali relative a beni immobili, di valore non superiore a diecimila euro, quando dalla legge non siano attribuite alla competenza di altro giudice".

Art. 12 - Modifiche all'art. 185 c.p.c.

All'art.185 c.p.c. è aggiunto il seguente ultimo comma: "in qualunque momento, fino alla precisazione delle conclusioni, il giudice istruttore può invitare le parti ad esperire un tentativo di conciliazione ai sensi della presente legge, davanti ad un conciliatore terzo e imparziale che offra adeguate garanzie di competenza e professionalità in relazione alla materia oggetto del contendere.

Art. 13 - Ordini professionali, Camere di Commercio e altri Organismi di Conciliazione.

Gli Ordini professionali e le Camere di Commercio costituiscono, al loro interno, Organismi di conciliazione.

Possono altresì costituire Organismi di conciliazione le Università, gli Enti Pubblici.

Possono costituirsi, tra privati, Organismi di conciliazione in forma di associazioni, società tra professionisti, società lucrative o cooperative, di persone o capitali.

Gli Organismi di conciliazione determinano i regolamenti di procedura, i criteri per l'iscrizione all'elenco dei conciliatori, nonché per la loro formazione, aggiornamento e retribuzione.

L'elenco dei conciliatori, i regolamenti di conciliazione, nonché le tariffe per l'accesso ai servizi degli Organismi debbono essere rese note al pubblico con mezzi idonei ed in ogni caso essere disponibili su internet.

Gli Ordini professionali e le Camere di Commercio debbono in ogni caso prevedere l'accesso gratuito al servizio per coloro che abbiano diritto al patrocinio a spese dello Stato.

3. Note al testo:

Art. 1, Art. 11.

L'idea alla base di questa proposta è quella di rendere obbligatoria la conciliazione (si è preferito adoperare l'antica denominazione, più corretta, rispetto a quella "mediazione") per le sole controversie bagatellari. In quest'ottica si è pensato di ancorare il tentativo di conciliazione - *recte*, la sua obbligatorietà - alle cause di competenza del giudice di pace.

Correlativamente si è ridisegnato l'art. 7 c.p.c., estendendo per un verso la competenza del giudice di pace fino ad euro 10.000,00, escludendola, per altro verso, espressamente oltre che per le azioni reali immobiliari anche per le azioni personali relative a beni immobili¹.

Art. 2, Art.9.

Si è cercato, in questa proposta, di potenziare il ruolo della conciliazione in sede non contenziosa davanti al giudice di pace, dimenticata dal d.lgs. 28/2010. Questa forma di conciliazione dovrebbe essere privilegiata, dal momento che si svolge davanti ad un organo che offre di per sé ampia garanzia di imparzialità e competenza (dal momento che, per l'ordinamento, può *perfino* giudicare). Si noti come non vi sia - nella conciliazione davanti al giudice di pace - alcuna contaminazione del ruolo del giudice con quello del conciliatore. Infatti, pur essendo - nelle due ipotesi - medesimo l'organo, diverso è il ruolo che svolge quando opera come giudice o come conciliatore. Del resto, un procedimento iniziato come conciliazione non contenziosa non può mai divenire giudizio.

Con la previsione di cui all'art.9 si è cercato di intervenire su quello che è, probabilmente, il principale ostacolo per la conciliazione davanti al Giudice di pace, i.e. la pretesa delle cancellerie di applicare a siffatto procedimento il contributo unificato, in ragione del valore. Si osservi come non vi sarebbe, in realtà, alcun minor introito per l'Erario, dal momento che - rendendo competitive queste conciliazioni - il loro numero, oggi pari a zero, aumenterebbe.

Art. 3.

Si è cercato di limitare il più possibile le regole di "procedura", sull'osservazione che - a nostro avviso - si sia in presenza di una trattativa contrattuale tra le parti, e non di un procedimento giurisdizionale.

Art.4.

Dal d.lgs. 28/2010 si è presa l'idea dell'improcedibilità. Si chiarisce, però, che il "termine massimo di quattro mesi" riguarda la sola proponibilità dell'azione giudiziaria, e non la durata massima della conciliazione. La trattativa potrebbe richiedere tempi più lunghi; in questo caso, fermo restando che le parti saranno libere di iniziare il giudizio, saranno anche libere di non iniziarlo, e di proseguire nel tentativo.

Art.5, Art. 6, Art.7.

Si è cercato di chiarire la questione - a tratti emersa in modo bizantino - se il conciliatore debba sottoscrivere il verbale o l'accordo.

¹ Cfr., al riguardo, il Codice per lo Regno delle Due Sicilie, "*Leggi della procedura ne' giudizi civili*", il cui Titolo III, rubricato "*Della competenza ne' giudizi*", prevedeva: "41. Procederà inappellabilmente il conciliatore nelle azioni personali relative a' mobili che non eccedano il valor definito di ducati sei. 42. Non può conoscere delle azioni personali dirette a conseguire un immobile". Per i riferimenti al Codice per lo Regno delle Due Sicilie, cfr. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, III. Leggi della procedura ne' giudizi civili*, 1819, a cura di PICARDI - GIULIANI, con introduzione a cura di CIPRIANI, *Le Leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, Milano, 2004.

Circa l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione, si è cercato di abbandonare l'idea dell'omologazione e di percorrere la strada del titolo esecutivo stragiudiziale. Ciò che era, forse, sfuggito nella complessa disciplina del d.lgs. 28/2010, era che il verbale di conciliazione realizza comunque un accordo e non un provvedimento giurisdizionale, sicché la strada da seguire era quella delle scritture private autenticate e/o degli atti pubblici.

Si osservi come, del resto, il procedimento di omologa offrisse una tutela più apparente che reale. L'avvenuta omologa, infatti, non impediva certo la proposizione di una opposizione a precetto ex art. 615 c.p.c., per far valere un vizio di nullità, annullabilità dell'accordo raggiunto in sede di mediazione, etc. La mancata omologa, per converso, non impediva la proposizione dell'azione giudiziaria in via ordinaria, basata sull'accordo stipulato dalle parti e non omologato.

La strada scelta è, dunque, quella di attribuire al verbale di conciliazione il valore di scrittura privata autenticata, ed garantire, in deroga all'art. 474 c.p.c., efficacia piena di titolo esecutivo anche per le esecuzioni per consegna e rilascio. Si è optato, tuttavia, per limitare questa efficacia ai soli verbali redatti da un conciliatore *qualificato*, competente in materie giuridiche. Fermo restando, infatti, che chiunque può essere conciliatore, appare opportuno che, per l'attribuzione di taluni specifici effetti, questi sia dotato di una specifica competenza tecnica, in modo da limitare le nullità più grossolane, che potrebbero sfuggire ad un *facilitatore* di diversa formazione.

L'attribuzione dell'efficacia di scrittura privata autenticata comporta, ai sensi dell'art. 2657 c.c., che il verbale di conciliazione diventerebbe immediatamente trascrivibile, senza necessità che l'accordo venga recepito in un atto davanti ad un notaio o in un successivo provvedimento giurisdizionale.

Quanto all'efficacia del verbale di conciliazione in sede non contenziosa davanti al giudice di pace, si è pensato di intervenire sull'art. 322 c.p.c., eliminando la distinzione tra conciliazioni che rientrano nella competenza del giudice di pace (che hanno, ad oggi, efficacia di titolo esecutivo) e conciliazioni che non hanno tale efficacia. Tutti gli accordi stipulati in sede di conciliazione non contenziosa ex art. 322 c.p.c. avranno efficacia di titolo esecutivo.

Si è abbandonata l'idea del verbale come titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, fermo restando che le parti potranno costituire ipoteche volontarie con il verbale/accordo di conciliazione.

Si è voluta, però, mantenere all'art. 7 questa efficacia per il verbale di conciliazione davanti al giudice di pace, per le maggiori garanzie che quest'organo offre.

Art. 8.

Del d.lgs. 28/2010 si è mantenuta la disciplina sull'obbligo di riservatezza e sul segreto professionale, cercando, in qualche punto, di chiarirla.

Art. 12.

Si è mantenuta, dal d.lgs. 28/2010, la conciliazione c.d. *delegata*, adattandola alla nuova disciplina.

Art. 13.

Fermo restando che il conciliatore - al pari di un arbitro - può non essere vincolato ad alcun organismo, va incoraggiata la prassi delle conciliazioni, per così dire, *amministrate*, tenute davanti ad un Organismo di conciliazione, e secondo un regolamento approvato da questo. Il regolamento dell'organismo, le tariffe, le regole di accesso, i nominativi dei conciliatori devono essere resi pubblici con mezzi idonei.

Gli Ordini professionali e le Camere di Commercio sono obbligate a costituire, al loro interno, gli organismi, prevedendo l'accesso gratuito al servizio per i meno abbienti. Gli altri organismi sono liberi di farlo.

Si è cercato di smantellare l'idea delle tariffe ministeriali, visto il suo carattere marcatamente pubblicistico, forse fuori luogo in un procedimento che deve essere rimesso all'iniziativa e volontà delle parti.