

CAPITOLO PRIMO

IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

SOMMARIO: § 1. La delega al governo di cui all'art. 60, Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale e il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. – § 1.1. L'ambito applicativo della mediazione, i rapporti con il processo, la mediazione c.d. delegata. – § 2. Disciplina applicabile. – § 3. Accesso alla mediazione. – § 4. Tempo e ragionevole durata della mediazione. – § 5. Il procedimento. Le fasi della mediazione: profili centrali. – § 5.1. Un precedente: le conciliazioni in seno alle Camere di commercio. – § 5.2. La struttura del procedimento tra flessibilità e garanzia. – § 5.3. Le disposizioni dell'art. 8, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. – § 6. Doveri del mediatore. Il dovere di riservatezza esterno. – § 6.1. Il dovere di riservatezza interno. – § 7. Inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni. – § 7.1. Segreto professionale. – § 8. Obblighi del mediatore: neutralità, indipendenza ed imparzialità. – § 9. L'esito del procedimento di mediazione. – § 9.1. La proposta conciliativa. – § 9.2. La documentazione dell'esito del procedimento conciliativo. – § 10. L'efficacia esecutiva del verbale di accordo. – § 10.1. L'omologazione del verbale di accordo. – § 10.2. L'impugnazione della conciliazione. – § 10.3. L'adempimento degli obblighi infungibili. – § 11. Le spese dell'eventuale processo.

1. La delega al governo di cui all'art. 60, Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale e il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Unitamente ad una serie di riforme relative al processo civile, la Legge 18 giugno 2009, n. 69, prevedeva un incisivo intervento in materia di conciliazione e mediazione. L'art. 60 della suddetta legge recava infatti una delega al governo volta all'adozione di *“uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale”*, da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Entro il termine fissato dalla delega (5 marzo 2010, in virtù del meccanismo di proroga previsto dall'art. 60, comma 2, L. 69/2009), il governo ha esercitato il potere conferitogli dal Parlamento, emanando il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28¹, al fine di realizzare

¹ Merita segnalare che il governo non si è avvalso, verosimilmente nell'ottica della

“*il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti*” in materia (art. 60, comma 2), nel rispetto della normativa comunitaria e attraverso l'estensione della disciplina della conciliazione stragiudiziale in materia societaria di cui al D.Lgs. 5/2003 (art. 60, comma 3, lett. c), entrambe considerate dalla delega quali fonti ispiratrici di carattere generale.

L'obiettivo dichiarato dell'intervento legislativo è ambizioso: “*garantire [...] una reale spinta deflattiva [del contenzioso] [...] contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*”, nonché “*valorizzare le esperienze autoregolative e [...] minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione*”². A tal fine si istituiscono tre circuiti di mediazione: una mediazione obbligatoria, una facoltativa ed una delegata dal giudice.

La normativa comunitaria cui fa riferimento la legge delega è evidentemente la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 sulla mediazione in materia civile e commerciale, volta a “*facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e [...] promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*” (art. 1, comma 1). La direttiva in questione, intesa ad uniformare le legislazioni nazionali in materia di mediazione entro il 21 maggio 2011 (art. 12, comma 1), si applica, ai sensi dell'art. 1, comma 2, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale, come definite dal successivo art. 2 della direttiva³. Ciò tuttavia non impedisce ai legislatori nazionali di porre in essere una disciplina uniforme sia per le controversie transfrontaliere che per quelle interne, come risulta dal considerando (8) della direttiva medesima, ove si legge che “*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*”. Il D.Lgs. 28/2010 sembra muoversi in questa direzione, soprattutto quando fa riferimento, pur nel silenzio della legge delega, alla riservatezza del procedimento di mediazione (art. 2, comma 2)⁴, alla possibilità di una

semplificazione legislativa, della facoltà, prevista dalla legge delega, di dare attuazione alla stessa anche attraverso più decreti legislativi, ripartendo la disciplina delegata per materia.

² V. sul punto la relazione illustrativa, rispettivamente *sub* artt. 5 e 3. In dottrina, DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575.

³ Su tale aspetto sia consentito rinviare a SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 149 ss.; DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, in www.judicium.it, § 2.

⁴ *Cfr.* art. 7, direttiva n. 52/2008.

mediazione delegata dal giudice (art. 5, comma 2)⁵, nonché all’equiparazione dell’istanza di mediazione alla domanda giudiziale quanto agli effetti su prescrizione e decadenza (art. 5, comma 6)⁶.

A parte questi profili, anche la tecnica legislativa risente dell’influenza della direttiva n. 52/2008. L’art. 1 del decreto legislativo in commento, sulla falsariga dell’art. 3, direttiva n. 52/2008, detta infatti alcune definizioni di concetti ricorrenti nell’articolato, sia per delimitare la materia di intervento del decreto legislativo rispetto a fenomeni contigui, quali la conciliazione giudiziale e l’arbitrato, sia per garantire una migliore leggibilità del testo⁷.

In particolare si definisce la mediazione come *“l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”*; e la conciliazione come *“la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*.

Quanto invece ai soggetti preposti allo svolgimento della mediazione si distingue il *“mediatore”* dall’*“organismo”* che amministra la mediazione e per il quale egli svolge la sua attività, precisandosi a tal fine che il mediatore è *“la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, [per conto dell’organismo] svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*⁸, mentre l’organismo è *“l’ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione”*.

La legge delega prima e il decreto legislativo poi risentono entrambi dell’influenza del legislatore comunitario e della nostra tradizione giuridica: nella delega infatti si parla di *“mediazione finalizzata alla conciliazione”*⁹, nel decreto legislativo si distingue la mediazione dalla

⁵ Cfr. art. 5, comma 1, direttiva n. 52/2008.

⁶ Cfr. art. 8, direttiva n. 52/2008.

⁷ In questi termini cfr. la relazione illustrativa sub art. 1.

⁸ Sostanzialmente negli stessi termini cfr. l’art. 1, lett. e), D.M. 23 luglio 2004, n. 222, che qualifica come conciliatore *“le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*.

⁹ Sul punto cfr. l’art. 60, comma 3, lett. a), L. 69/2009. In dottrina, sulla scelta del delegante di distinguere la mediazione dalla conciliazione, v. le osservazioni di CUOMO ULLOA, *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I contratti*, 2009, 641, secondo cui *“conciliazione”* designerebbe l’atto e l’istituto processuale di composizione della lite, *“mediazione”* invece *“il percorso che quella composizione rende possibile, il metodo, prima ancora che il procedimento, che consente alle parti di pervenire all’accordo”*. Così facendo, secondo

conciliazione, utilizzando la prima espressione, tipica del lessico anglo-americano e comunitario, per identificare il procedimento di composizione della controversia¹⁰, il percorso che si può compiere per giungere al componimento, e la seconda, ricorrente nella nostra tradizione giuridica, per designare il risultato positivo del percorso, ossia l'accordo raggiunto. Sotto questo aspetto, il decreto legislativo in commento si discosta dalla richiamata direttiva n. 52/2008, ove si utilizza il solo termine mediazione per designare l'attività volta ad agevolare le parti nella ricerca di una soluzione compositiva della controversia, posta in essere al di fuori del processo da un terzo o eventualmente anche da un giudice, purché quest'ultimo non sia responsabile del processo relativo alla controversia oggetto di mediazione^{11 12}.

A prescindere da ogni questione terminologica, la neointrodotta mediazione, intesa quale attività, svolta da un terzo imparziale, volta ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la risoluzione di una controversia tra loro insorta, ovvero nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa, si colloca nell'ambito dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie in una posizione intermedia tra gli strumenti negoziali che per la risoluzione della controversia non coinvolgono terzi – così il contratto di transazione e di accertamento – e gli strumenti in cui il

l'Autrice, si riconosce “il valore specifico della mediazione quale modalità alternativa di composizione della lite che sta dentro la conciliazione e nella conciliazione si attua”, vale a dire l'essenzialità delle tecniche di mediazione impiegate per facilitare la conciliazione delle parti.

¹⁰ Evitando così qualsiasi possibilità di riconduzione dell'istituto in questione al contratto di mediazione di cui all'art. 1754 c.c.

¹¹ Sul punto *cfr.* l'art. 3, direttiva n.52/2008, secondo cui “*per “mediazione” si intende un procedimento strutturato [...] dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore*” e tale è, ai sensi della successiva lett. b), “*qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente [...]*”, anche un giudice, purché non sia “*responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione*”. Ai sensi della richiamata direttiva, non costituiscono mediazione, invece, “*i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione convenzionale della controversia [...] nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima*” (art. 3, lett. a secondo alinea). Secondo una parte della dottrina, per essi potrebbe parlarsi più propriamente di conciliazione: in termini, *cfr.* GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della Proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 491.

¹² A questo proposito DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., 576, parla di una “via italiana alla mediazione”. L'Autore ritiene altresì che l'utilizzo della locuzione mediazione in luogo di conciliazione ha “anche la finalità politica di marcare la differenza tra [...] [la mediazione] e la “conciliazione” di italica matrice, della quale gli operatori del diritto hanno imparato a diffidare.

terzo coinvolto ricalca, per le qualità soggettive e per il tipo di attività svolta, la figura del giudice statale – tale l'arbitrato. Dei primi condivide il carattere autonomo o negoziale che dir si voglia di risoluzione della controversia, in quanto il terzo, sia che si limiti ad una mera assistenza volta a facilitare un accordo delle parti (c.d. *facilitative mediation*), sia che si spinga fino alla formulazione di una proposta di accordo (c.d. *evaluative mediation*), in ogni caso non rende giudizi o decisioni vincolanti per le parti del procedimento: se la conciliazione è raggiunta, l'accordo di composizione della controversia è un atto negoziale delle parti e non del mediatore. Dei secondi condivide invece le qualità soggettive del terzo coinvolto, l'imparzialità e la terzietà.

L'introduzione della mediazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. 28/2010, non esclude peraltro il ricorso ad altri istituti, già sperimentati nella pratica, che conducono alla composizione amichevole delle controversie su base paritetica o attraverso procedure di reclamo disciplinate dalle carte dei servizi, in ogni caso senza l'intervento di organismi terzi ed imparziali. Pertanto il circuito della mediazione si affianca, senza sostituirle, alle negoziazioni volontarie e paritetiche ed alle procedure di reclamo ove previste¹³. Non solo. Sono altresì fatte salve le disposizioni, a norma dell'art. 23, comma 2, che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, che sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto.

1.1. L'ambito applicativo della mediazione, i rapporti con il processo, la mediazione c.d. delegata

Coerentemente con le indicazioni provenienti dalla delega (art. 60, comma 3, lett. *a*) e dalla direttiva comunitaria n. 52/2008 (art. 1, comma 2, e considerando 10), l'art. 2, comma 1, dispone che “*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione*” delle controversie, in materia civile e commerciale, relative a “*diritti disponibili*”¹⁴.

La circoscrizione dell'ambito di operatività della mediazione all'area dei diritti disponibili, senz'altro esatta, è tuttavia scontata, trattandosi

¹³ Secondo una ricerca ISDACI del 2008 (www.isdaci.it), la “conciliazione paritetica” che alcuni tra i più importanti gestori telefonici hanno predisposto al loro interno è la tipologia di conciliazione più diffusa nella prassi.

¹⁴ A tale previsione fa da *pendant* il limite generale dell'ordine pubblico e del rispetto delle norme imperative di cui all'art. 12, comma 1 e all'art. 14, comma 2, lett. *c*).

di un limite naturale di qualsiasi atto negoziale dispositivo già ricavabile dal codice civile¹⁵.

Più utile sarebbe stato se il legislatore avesse affrontato il delicato aspetto della mediazione/conciliazione in ordine a diritti derivanti da disposizioni inderogabili, caratterizzati cioè dalla immodificabilità della normativa che li riguarda.

Sul rapporto tra indisponibilità del diritto e inderogabilità della fonte disciplinatrice si è recentemente soffermata la dottrina, evidenziando come in materia di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie – si tratti di arbitrato o di conciliazione – non possa valere l'identità diritto regolato da norme inderogabili = diritto indisponibile e quindi, per la proprietà transitiva, diritto non arbitrabile o non conciliabile, potendo darsi situazioni in cui il diritto, pur essendo assoggettato ad una disciplina inderogabile al fine di assicurare protezione a determinate categorie di soggetti, è comunque disponibile¹⁶. In altri termini, il profilo dell'inderogabilità è inidoneo a selezionare e a perimetrare la materia arbitrabile o conciliabile¹⁷, rappresentando piuttosto un limite al contenuto del lodo o dell'accordo conciliativo, che deve essere conforme alla normativa inderogabile.

In questo contesto pertanto sarebbe stata preziosa una presa di posizione espressa sull'ammissibilità (o meno) della mediazione, sulle eventuali cautele da adottare per proteggere gli interessi sottesi alla norma inderogabile, sugli organismi che devono gestire le mediazioni relative

¹⁵ MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *www.judicium.it*, § 1; BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*, § 3; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 654, per la quale la vigenza in materia della regola generale di cui all'art. 1321 c.c. non può essere messa in discussione.

¹⁶ In termini, *cfr.* BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, I, 80 ss.; LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, IV, 342 s. Dello stesso Autore *cfr.* anche le osservazioni svolte a proposito dei diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili (p. 15), che egli ritiene pienamente disponibili. Dall'art. 2113 c.c. non può infatti ricavarsi la soluzione contraria della indisponibilità in quanto: 1) l'invalidità prevista da tale articolo è unilaterale; 2) è rimessa alla libera scelta del lavoratore il far valere o meno l'invalidità; e infine, 3) l'indisponibilità è un attributo che caratterizza il diritto sempre e non soltanto in certi luoghi o in certe occasioni (per conclusioni analoghe sul punto, *cfr.* NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 136). Sempre sul rapporto tra indisponibilità e inderogabilità, *cfr.* GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 264, che individua una categoria di diritti indisponibili speciali in quanto assoggettati ad una disciplina legale inderogabile; nonché CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 470, che in proposito parla di diritti indisponibili "per legge inderogabile"; BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 121.

¹⁷ Sul punto, *cfr.* ZOPPINI, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *www.judicium.it*, 6; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 471 ss.

a diritti derivanti da norme inderogabili e sulle garanzie procedurali che essi devono assicurare¹⁸.

Il successivo art. 5, comma 1, in linea con le finalità deflattive perseguite dal legislatore, configura il procedimento di mediazione, rispetto ad alcune materie specificamente individuate, quale filtro per l'accesso alla giustizia, strutturandolo alla stregua di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Al riguardo stabilisce infatti che *“chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari è tenuto preliminarmente a esperire [a pena di improcedibilità della domanda] il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto”* ovvero, nelle materie di riferimento, *“il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni”*.

Dalla lettura combinata di tale articolo e del sopra richiamato art. 2, comma 1, D.Lgs. 28/2010, si ricava l'esistenza di un “doppio binario” per l'accesso alla mediazione delle controversie vertenti su diritti disponibili.

Per alcune categorie di controversie, espressamente indicate nell'art. 5, comma 1, il procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda¹⁹, il che significa che la verifica da parte del giudice del suo omesso espletamento prima della proposizione della domanda giudiziale non determina una chiusura in rito del processo, ma impone al giudice stesso di assegnare alle parti un termine (quindici giorni) per la presentazione della domanda di mediazione e di rinviare l'udienza ad una data successiva alla scadenza del termine (legale) massimo di durata del procedimento di mediazione (quattro mesi).

Per tutte le altre controversie non ricomprese nell'elencazione suddetta la scelta di ricorrere alla mediazione è rimessa invece alla libera determinazione delle parti in conflitto.

¹⁸ BOVE, *La riforma*, cit., § 3.

¹⁹ Le disposizioni dell'art. 5, comma 1, richiamate nel testo, ai sensi del successivo art. 23, comma 1, “acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati”. Tutte le altre disposizioni del decreto legislativo n. 28/2010 entrano in vigore il 20 marzo 2010.

Né la delega né la direttiva n. 52/2008 obbligavano il legislatore a istituire un filtro per l'accesso alla giustizia con riguardo ad alcune categorie di controversie, disponendo, l'una, come unico limite all'esercizio della delega, che la disciplina della mediazione non può precludere l'accesso alla giustizia (art. 60, comma 3, lett. a)²⁰, e l'altra, che *“la presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”*. Eppure per un ampio novero di materie, che rappresentano una porzione importante del contenzioso civile, si è ritenuto opportuno introdurre l'obbligo di ricorrere alla mediazione prima della proposizione della domanda giudiziale²¹, sulla falsariga di quanto accadeva nelle controversie di lavoro²², fino alla recentissima modifica dell'art. 410 c.p.c.²³, ponendosi in controtendenza rispetto alla scelta compiuta dal legislatore del 2003 per le controversie societarie.

Tale soluzione sembra compatibile con l'art. 24 Cost. e con la giurisprudenza costituzionale in tema di giurisdizione condizionata, essendo la mediazione configurata quale condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda, ha una durata massima molto contenuta (4 mesi), ha costi ridotti, è completamente gratuita per i non abbienti (art. 17, comma 5)²⁴, produce gli stessi effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione e sulla decadenza (art. 5, comma 6), quando si inserisce in un

²⁰ Sui dubbi di una simile delega in bianco, *cf.* BOVE, *La riforma*, cit., § 4.

²¹ Nel testo approvato è sparita la previsione del filtro di procedibilità anche per i procedimenti arbitrali, contenuta nell'art. 5, comma 7, dello schema di decreto, ove si stabiliva che *“le disposizioni che precedono si applicano anche ai procedimenti davanti agli arbitri, in quanto compatibili”*. Probabilmente si è ritenuto di accogliere il suggerimento espresso dal CSM e da una parte della dottrina (BOVE, *La riforma*, cit., § 10), dell'inopportunità di imporre un percorso di mediazione, chiaramente volto a conseguire finalità deflattive, a coloro che hanno scelto la strada della giustizia privata, non impegnando gli organi della giustizia statale, evitando così possibili censure d'incostituzionalità sotto il profilo dell'eccesso di delega.

²² Così la relazione illustrativa *sub* art. 5.

²³ V. art. 31, Legge 4 novembre 2010, n. 183.

²⁴ Secondo la richiamata disposizione, le parti in possesso delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio sono esonerate dal pagamento dell'indennità spettante all'organismo. Una soluzione diversa, secondo la relazione illustrativa, *“si porrebbe in contrasto sia con l'art. 24 Cost. per il fatto di introdurre un ostacolo ingiustificato all'accesso alla giurisdizione, sia con gli obblighi comunitari previsti dalla Direttiva 2002/8/CE del 27 gennaio 2003, la quale impone di sollevare le parti, incapaci di sostenere il peso economico del processo, anche dagli oneri necessari allo svolgimento di procedimenti stragiudiziali, quali la mediazione, quando il ricorso a questi ultimi sia imposto per legge o ordinato dall'organo giurisdizionale (considerando 21 e articolo 10)”*.

processo già iniziato (c.d. mediazione delegata, art. 5, comma 2) non determina la sospensione ma un mero differimento dell'udienza, e ancora la previsione della mediazione obbligatoria non impedisce alla parte di proporre la domanda giudiziale, prima dello svolgimento della mediazione, al fine di procedere alla trascrizione della domanda stessa, per conseguire gli effetti che la legge ricollega a tale adempimento (art. 5, comma 3).

Secondo i giudici della Consulta, la previsione di filtri conciliativi obbligatori configurati quali condizioni di procedibilità della domanda non lede il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi di cui all'art. 24 Cost. e non costituisce un inutile ostacolo allo svolgimento della giurisdizione²⁵. Il rigore con cui è tutelato dall'art. 24 Cost. il diritto di azione non comporta per il cittadino né la possibilità di ottenere la tutela giurisdizionale sempre negli stessi modi e con i medesimi effetti, né l'assoluta immediatezza del suo esperimento. La legge può ben imporre talvolta l'adempimento di oneri volti a salvaguardare l'interesse generale con le dilazioni conseguenti, purché essi non rendano impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto di azione²⁶. Il che accade per l'appunto quando l'esperimento degli oneri imposti produce gli stessi effetti della domanda giudiziale (art. 5, comma 6, D.Lgs. 28/2010) o almeno il loro mancato esperimento costituisce un vizio sanabile retroattivamente²⁷ (art. 5, comma 1, D.Lgs. 28/2010).

In altri termini, o si riconosce che l'attività giuridica cui è subordinato (obbligatoriamente) l'esercizio dell'azione è produttiva degli stessi effetti della domanda giudiziale o, in mancanza, si deve almeno ricollegare all'omissione dell'attività stessa un effetto meramente sospensivo del processo eventualmente instaurato, con conservazione degli effetti della domanda e della litispendenza, se il processo viene riassunto nei termini perentori²⁸.

²⁵ Diversamente, la previsione di limiti all'esercizio dell'azione sanzionati con l'improponibilità della domanda si risolve, secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale, in un "attentat[o] al diritto di proporre l'azione in giudizio": in termini, v. per tutte Corte cost. 26 luglio 1979, n. 93, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2542. *Cfr.*, inoltre, in dottrina, BORGHESI, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti*, in AA.VV. (a cura di Carinci), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, 230, secondo cui soltanto la condizione di procedibilità garantisce il "giusto equilibrio tra l'interesse pubblico all'inserimento di un filtro alla libera proponibilità della domanda giudiziale e l'inalienabilità del diritto di azione".

²⁶ *Cfr.*, tra le tante, Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 73; Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82; Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276.

²⁷ In questo senso v. CECHELLA, *L'arbitrato sui licenziamenti dopo la riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, 199 ss.; LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 378 ss.

²⁸ Non è escluso, peraltro, che la sanabilità retroattiva del vizio si aggiunga al coordinamento tra istanza di conciliazione ed effetti della domanda, come accade nel caso di specie.

L'altra soluzione – talvolta utilizzata dal legislatore – di prevedere condizionamenti dell'azione a pena di inammissibilità/improponibilità della domanda, con chiusura del processo in rito e senza coordinamento alcuno con gli effetti della domanda, presta il fianco, invece, a censure d'incostituzionalità²⁹, stante l'inidoneità della sentenza di rito a fare salvo l'effetto interruttivo-sospensivo del termine di prescrizione di cui all'art. 2945, 2° comma, c.c.³⁰

Con particolare riguardo ai filtri conciliativi stragiudiziali obbligatori, la loro previsione, nell'ottica della Corte costituzionale, soddisfa l'interesse generale evitando che la crescente domanda di tutela giurisdizionale sovraccarichi l'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento, e garantendo una composizione della lite che assicura alle posizioni sostanziali coinvolte una soddisfazione più immediata ed efficace rispetto a quella conseguita con il processo. La loro articolazione procedimentale è tale da rendere “intrinsecamente ragionevole il limite all'immediatezza della tutela giurisdizionale”, e ciò non solo quando sia previsto un termine per l'espletamento del tentativo³¹, come nella specie, ma anche quando manchi la previsione

²⁹ Osserva, infatti, LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *www.judicium.it*, § 7, che in ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione non è costituzionalmente legittimo che il legislatore, da un lato, impedisca alla parte di proporre la domanda e quindi di usufruire degli effetti propri di questa e, dall'altro, imponga la proposizione di un'istanza conciliativa, senza attribuire a quest'ultima gli stessi effetti della domanda giudiziale. Le affermazioni di cui al testo non sono smentite dalle pronunce di rigetto dell'eccezione d'incostituzionalità rese con riguardo all'art. 46, L. 203/1982 e agli (abrogati) artt. 43 e 44, L. 392/1978, relativi tutti a ipotesi di tentativi obbligatori di conciliazione stragiudiziale sanzionati con l'improponibilità o l'inammissibilità della domanda giudiziale. Relativamente all'art. 46, L. 203/1982, in materia di controversie agrarie, Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 73, ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità probabilmente a causa dei limiti dell'ordinanza di rimessione, incentrata innanzitutto sulla violazione dell'art. 3 Cost., ossia sulla pretesa disparità di trattamento tra controversie di lavoro e controversie agrarie, che pur disciplinate dallo stesso rito sono assoggettate a diversi regimi di conciliazione (facoltativo per le prime e obbligatorio, a pena di inammissibilità della domanda, per le seconde). In ordine agli artt. 43 e 44, L. 392/1978, le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono state ritenute inammissibili per difetto ora di legittimazione (Corte cost. 15 febbraio 1980, n. 17), ora di rilevanza (Corte cost. 18 dicembre 1987, n. 566), senza che la Corte abbia mai affrontato il problema della legittimità o meno della sanzione della inammissibilità/improponibilità connessa all'omissione del tentativo di conciliazione.

³⁰ In dottrina, contra ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 48 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2006, II, 126; negli stessi termini della richiamata dottrina è la giurisprudenza prevalente, tra cui, per tutte, v. Cass. 17 maggio 2004, n. 9337, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1608, in *Giust. civ. Mass.*, 2000; Cass. 25 settembre 1997, n. 9400, in *Giust. civ. Mass.*, 1997; Cass. 23 maggio 1997, n. 4630, in *Giust. civ. Mass.*, 1997.

³¹ In tal senso v. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, che con riguardo al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di controversie individuali di lavoro ha ritenuto che il termine

di un termine siffatto, essendo in tal caso sufficiente, al fine di ritenere integrata la condizione, la semplice richiesta di conciliazione³². E ciò soprattutto se si tiene conto di tutto l'apparato garantistico connesso, almeno recentemente, ai filtri obbligatori in questione: dall'attribuzione all'istanza di conciliazione degli stessi effetti della domanda giudiziale³³, alla riconosciuta esperibilità della tutela cautelare prima dell'espletamento della procedura conciliativa obbligatoria e durante

(di sessanta giorni: art. 410-*bis* c.p.c.) entro cui deve avvenire l'espletamento del tentativo e durante il quale perdura l'impedimento all'esercizio dell'azione "è obiettivamente limitato e non irragionevole".

³² In questi termini *cfr.* Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, che ha ritenuto immune dai dubbi di costituzionalità denunciati il tentativo di conciliazione di cui all'art. 5, L. 108/1990.

³³ Così per la conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro, indipendentemente dalla natura privata o pubblica del datore di lavoro. L'art. 410, 2° comma, c.p.c., prevede, infatti, che "la comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza". Nella stessa direzione v. anche l'art. 5, 5° comma, L. 108/1990, che in materia di licenziamenti individuali stabilisce che "la comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione [...], impedisce la decadenza [...]". Sebbene non si tratti di conciliazione obbligatoria, il legislatore – sulla base di una valutazione di opportunità – ha assunto un atteggiamento analogo anche in ordine all'istanza di conciliazione per le controversie societarie (v., però, in senso contrario, BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in *Riv. dir. arb.*, 2004, 228 s., secondo cui la disciplina di cui appresso si applica solo al tentativo di conciliazione reso obbligatorio dalla comune volontà delle parti, avendo il suo fondamento in "una clausola contenuta in uno statuto societario o in un contratto, o, quanto meno, in un accordo costituito anche solo dall'adesione delle parti alla procedura conciliativa"; nel senso, invece, che l'attuale tenore della norma non consente di circoscrivere gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza alle sole ipotesi di conciliazione fondata su una clausola di conciliazione o su un accordo di adesione di tutte le parti alla procedura conciliativa, v. GALLETTO, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, in Alpa – Galletto (a cura di), *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004, 329), stabilendo nell'art. 40, 4° comma, D.Lgs. 5/2003, che "dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, l'istanza di conciliazione proposta agli organismi istituiti a norma dell'art. 38 produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale", e dunque, non solo l'effetto interruttivo istantaneo previsto nell'art. 410, 2° comma, c.p.c., ma anche quello interruttivo-sospensivo di cui all'art. 2945, 2° comma, c.c. (il rilievo è di LUISO, *Il futuro della conciliazione: la conciliazione nel diritto societario e nella riforma del codice di procedura civile*, in Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 232). Quanto alla decadenza, la richiamata disposizione prevede inoltre che essa "è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione". Anche sotto questo profilo, la disciplina diverge – e ancora più significativamente – da quella contenuta nell'art. 410, 2° comma, giacché si prevede non una mera sospensione del termine di decadenza per effetto della proposizione dell'istanza di conciliazione, ma addirittura un'interruzione dello stesso, con la conseguenza che, dal momento in cui è depositato il verbale di fallita conciliazione, inizia a decorrere un nuovo termine di decadenza.

il termine per il suo svolgimento³⁴. E infine la previsione di sanzioni quali l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento del tentativo e l'estinzione del processo per mancata riassunzione nei termini stabiliti, una volta rilevata l'improcedibilità, non è foriera di questioni processuali inutili, rappresentando l'una una "misura con la quale l'ordinamento assicura effettività all'osservanza dell'onere" e l'altra una "normale applicazione del principio generale che considera con sfavore l'inattività delle parti"³⁵.

Pur condividendo la valutazione del giudice delle leggi di compatibilità costituzionale dei tentativi obbligatori di conciliazione stragiudiziale³⁶, non può tuttavia negarsi l'inopportunità della scelta legislativa.

L'esperienza pregressa del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro dimostra infatti che il numero delle controversie non è affatto diminuito, piuttosto la previsione di un filtro obbligatorio per l'accesso alla giustizia è stato foriero di complicazioni inutili e di eccezioni dilatorie³⁷. Il tentativo ben di rado ha sortito esito positivo, vuoi per inefficienze strutturali³⁸,

³⁴ V. infatti l'art. 412-*bis*, ult. comma, c.p.c., a norma del quale il mancato esperimento del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari.

³⁵ Cfr. sul punto Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276.

³⁶ Merita segnalare che anche la Corte di giustizia, con riferimento al procedimento obbligatorio di conciliazione previsto dal diritto italiano in materia di telecomunicazioni, ha di recente negato che il differimento per un breve lasso temporale equivalga a una negazione del diritto di azione, affermando al contrario che le disposizioni italiane «hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale» (Corte Giust. 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08) (7). Se pure non è impossibile immaginare un diritto nazionale più rigoroso di quello comunitario sull'accesso alla giustizia (ma in materia di telecomunicazioni vi è piena consonanza: v. Corte Cost. 51/2009), la direttiva n. 52/2008 e la sentenza di Lussemburgo, secondo ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza e la proposta*, in *Società*, 2010, 628, sembrano offrire un buon viatico per riconoscere la conformità della mediazione obbligatoria del D.Lgs. 28/2010 ai principi costituzionali-comunitari.

³⁷ MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, cit., § 2; adde SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., 130.

³⁸ Cfr. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, secondo cui la valutazione di inefficienza dell'attuale assetto della conciliazione stragiudiziale obbligatoria (in materia di controversie di lavoro subordinato) non comporta la declaratoria d'incostituzionalità della legge che l'ha previsto. L'inefficienza del sistema si risolve "nella violazione della norma costituzionale, in quanto derivi direttamente dalla legge così come formulata e strutturata e non dalle modalità, più o meno efficaci, della sua applicazione". In dottrina, v. però LUISO, *Tentativo obbligatorio di conciliazione*, in AA.VV., *Amministrazione pubbliche, lavoro processo*, a cura di Dell'Olio – Sassani, Milano, 2000, 466, secondo cui se il tentativo obbligatorio non riesce a svolgere la sua funzione di filtro, la perdita di tempo per l'esperimento del tentativo, per quanto contenuta, diventa costituzionalmente ingiustificata.

vuoi per atteggiamenti poco collaborativi delle parti. Lo stesso legislatore, in tempi abbastanza recenti³⁹, aveva abbandonato la logica impositiva⁴⁰ a favore di una dimensione promozionale della conciliazione, conseguita attraverso incentivi di carattere professionale⁴¹ ed economico-fiscale, con l'obiettivo ultimo di rendere lo strumento conciliativo veramente competitivo ed appetibile rispetto a quello giurisdizionale e non un mero succedaneo da utilizzare obbligatoriamente e preventivamente nella chimerica convinzione di ridurre i carichi giudiziari⁴².

Alla luce di tali considerazioni la soluzione adottata nell'art. 5, comma 1, risulta abbastanza incomprensibile, tanto più se si considera la recentissima inversione di rotta operata in ordine alla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro, onde riportarla (nuovamente) nell'alveo della facoltatività. Com'è stato osservato, la conciliazione può essere favorita dalla legge con una buona disciplina, ma non ha senso "rendere il percorso di mediazione obbligatorio come tentativo", coartando la libera determinazione degli interessati, perché questo percorso sortisce buon esito solo quando le parti lo scelgono spontaneamente e consapevolmente come metodo alternativo di risoluzione della controversia, non quando è imposto dall'esterno⁴³.

L'individuazione delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità è stata effettuata secondo tre criteri-guida.

In primo luogo, riferisce la relazione, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per ragioni diverse, a prolun-

³⁹ Il riferimento è alla conciliazione societaria di cui agli artt. 38 ss., D.Lgs. 5/2003.

⁴⁰ V. però il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, che, novellando gli articoli 71-*quinquies*, comma 4, e 194-*bis* della Legge 22 aprile 1941, n. 633, ha introdotto un tentativo preventivo e obbligatorio di conciliazione per le controversie in materia di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

⁴¹ Ci si riferisce alle garanzie di professionalità ed efficienza offerte dagli organismi di conciliazione e dai conciliatori che ne fanno parte (art. 38, D.Lgs. 5/2003 e art. 4, 3° e 4° comma, D.M. 23 luglio 2004, n. 222).

⁴² In questo senso v. già in passato G. VERDE, *La conciliazione come "filtro" nelle controversie agrarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 689, che suggeriva di disciplinare la fase conciliativa stragiudiziale come una via alternativa alla giurisdizione che le parti dovrebbero essere incentivate a percorrere non per le sanzioni sul piano processuale ma per le utilità conseguibili; e, da ultimo, LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., § 3; ARIETA – DE SANTIS, *Diritto processuale societario. Appendice*, Padova, 2004, 65, che, muovendo dalla lettura della definizione di "conciliazione" recata dal regolamento adottato con D.M. 222/2004 in tema di conciliazione societaria, ritengono ribaltata la prospettiva, nel senso cioè che la conciliazione non è un ripiego rispetto all'intervento autoritativo giurisdizionale, ma uno strumento che concorre con esso.

⁴³ BOVE, *La riforma*, cit., § 4.

garsi nel tempo, così oltre alle cause in materia di condominio⁴⁴, anche quelle relative ad alcuni contratti di durata per i quali la condizione di procedibilità non è sconosciuta (locazione, comodato e affitto d'aziende), e quelle in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia⁴⁵).

In secondo luogo, si sono individuate alcune controversie in materia di diritto al risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite è più fertile il terreno per la composizione stragiudiziale, tali sono le controversie risarcitorie in materia di responsabilità medica, quelle derivanti dalla circolazione dei veicoli e natanti, nonché quelle di diffamazione a mezzo stampa.

Infine, sono state designate alcune tipologie contrattuali – i contratti assicurativi, bancari e finanziari – che oltre a sottendere rapporti di durata tra le parti, sono caratterizzati dalla diffusione di massa e rappresentano quindi una parte importante del contenzioso civile. Peraltro, poiché il settore dei contratti di servizi conosce già diffusi strumenti di composizione amichevole delle controversie, il legislatore delegato ha inteso valorizzare tale aspetto e dunque sia il procedimento di conciliazione previsto dal D.Lgs. 179/2007, sia il procedimento di conciliazione istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* T.U.B. fungono, nelle rispettive materie, da condizione di procedibilità alternativa rispetto al procedimento di mediazione davanti agli organismi previsto dal presente decreto legislativo.

Dal novero delle materie per le quali sussiste l'obbligo del previo esperimento della mediazione stragiudiziale sono escluse *ex art. 5, comma 1*, le “azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005., n. 206, e successive modificazioni”. La *ratio* di tale esclusione, esplicitata nella relazione illustrativa, è da ricercare nell'esistenza o di un'autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino alla scadenza del termine per il deposito delle adesioni. Con riguardo a tale aspetto, il successivo art. 15 stabilisce altresì che quando è esercitata l'azione di classe ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. consumo, la conciliazione intervenuta dopo la

⁴⁴ Qui, secondo la relazione, la coesistenza forzosa dei proprietari suggerisce la ricerca di soluzioni facilitative in luogo di quelle aggiudicative, che consentano di riavviare la convivenza condominiale al di là della decisione del singolo affare.

⁴⁵ Per le controversie aventi ad oggetto patti di famiglia o clausole degli stessi (su cui v. anche l'art. 768-*octies* c.c.) la mediazione potrà espletarsi solo se aventi ad oggetto diritti disponibili.

scadenza del termine per l'adesione ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito. Tale norma, che reitera il contenuto dell'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo, secondo cui “*le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti (individuali) degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata [in rito] del processo*”, intende evitare che, a seguito della mediazione, che avviene tra l'impresa convenuta e il rappresentante della classe, siano pregiudicati i diritti di credito degli aderenti senza un consenso espresso al riguardo. Il che significa, per esempio, che l'atto di adesione all'azione di classe – per intendersi, l'*opt-in* iniziale – non attribuisce senz'altro al rappresentante della classe il potere di transigere, ma occorre un espresso conferimento di potere al riguardo. Ciò in considerazione della circostanza che una volta transatta l'azione di classe, sono fatte salve le azioni individuali di coloro che non hanno espressamente consentito alla transazione, mentre resta preclusa la possibilità di una nuova azione di classe per gli stessi diritti (art. 140-*bis* commi 3, 14, 15).

Quello che la norma richiede – tanto si ricava dalla lettera del comma 15, 1° periodo, art. 140-*bis* – è un consenso espresso del singolo aderente sul contenuto e quindi sulla convenienza economica della proposta di accordo conciliativo. Certo la previsione in sede transattiva dell'esercizio di un *opt-in* ulteriore rispetto a quello manifestato con l'adesione all'azione può forse rappresentare un ostacolo alla integrale definizione della controversia nei confronti di tutti gli aderenti e pone altresì l'ulteriore problema della individuazione di un efficiente ma non oneroso meccanismo di notifica della proposta agli aderenti. La comunicazione a mezzo posta a tutti gli aderenti – immaginando dei grandi numeri – potrebbe essere eccessivamente onerosa. Si potrebbe allora optare per sistemi più moderni, non ignoti al nostro legislatore, quale ad esempio la notificazione a mezzo posta elettronica. Tuttavia, sebbene foriera di complicazioni e di qualche farraginosità, non credo però che si possa prescindere dall'espresso assenso degli aderenti sul contenuto della proposta. In un sistema come il nostro nel quale non è prevista alcuna approvazione giudiziale dell'accordo conciliativo, previa verifica della sua correttezza, ragionevolezza e adeguatezza, come invece nel sistema statunitense [*cf.* la *Rule 23(e)(1)(C)*], il controllo sul contenuto della proposta conciliativa negoziata tra l'impresa ed il rappresentante della classe appare irrinunciabile proprio nell'interesse dei membri della classe⁴⁶.

⁴⁶ SANTAGADA, *Il processo di classe davanti ai tribunali macro regionali*, in *Giust. civ.*, 2010, 443.