

GIUSTIZIA CIVILE

Le nuove condizioni per l'accesso al giudice civile

a proposito del recente sovvertimento
del rapporto tra regola ed eccezione
per d.lgs. 28/2010 e l. 183/2010

ANTONIO SCARPA – FILOMENA SANTAGADA

1. Può rivelarsi scelta metodologicamente non corretta affidare al pensiero onesto di un giudice di professione una riflessione sulle nuove condizioni che limitano l'accesso al processo civile, con riguardo particolare al d.lgs. n. 28 del 2010.

Il decreto legislativo 28/2010, ridotto ai minimi termini, disciplina la "mediazione", intesa come attività, 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 (qualificando tale eventuale composizione come "conciliazione"), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; esso definisce perciò il "mediatore" come persona che conduce la mediazione senza però alcun potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del suo servizio. Chi intenda allora esercitare in giudizio un'azione relativa ad alcuna delle materie contemplate dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, è tenuto ad esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, e tale esperimento è elevato a condizione di procedibilità della domanda. Se è raggiunto l'accordo amichevole o se comunque le parti aderiscano alla proposta di conciliazione del mediatore, si forma processo verbale, che verrà poi omologato dal presidente del tribunale, purché il suo contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative. Tale verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Un giudice è però portato per sua cultura a dubitare ogni qual volta la giurisdizione sia sostituita dalla contrattazione. L'istituzione della giurisdizione resa dal giudice imparziale è, del resto, la ragione prima del governo civile. Vero è che il contratto può svolgere una delle due funzioni essenziali della giurisdizione, cioè quella di dirimere le liti, ma esso non può adempiere da solo all'altro insostituibile compito della giurisdizione, che è quello di affermare il diritto fornendo *exemplum*.

2. Dunque, il d.lgs. n. 28/2010, pur di escogitare un nuovo strumento deflattivo del contenzioso civile, allestisce il rimedio della mediazione finalizzata alla conciliazione, proprio peraltro mentre il quasi contemporaneo art. 31, l. 4 novembre 2010, n. 183, abroga l'art. 412-*bis* c.p.c. per le controversie di lavoro, prendendo atto di come, a differenza di quanto statisticamente riscontrato nel campo delle telecomunicazioni, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nella materia laburistica non avesse sortito alcun successo applicativo (cfr. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in www.judicium.it; CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in «Foro it.», 2010, V, 89; SANTAGADA, *Il procedimento di mediazione*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile* a cura di SASSANI e SANTAGADA, Roma 2010, 1 ss.). Viene promossa dal legislatore italiano una normativa chiamata a dare attuazione alla direttiva comunitaria n. 2008/52/ CE, evidentemente attenta a promuovere un componimento della lite di natura negoziale, *species* del *genus* delle ADR.

Le ADR (Alternative means of Dispute Resolution), e cioè i rimedi alternativi alla sentenza per la soluzione delle liti, com'è noto, nascono dapprima nell'esperienza giuridica statunitense, e poi si diffondono rapidamente nell'Unione Europea, sotto la spinta del Consiglio d'Europa, secondo diverse tipologie (*internal reviews, conciliation, mediation, negotiated settlement, arbitration*). I rimedi alternativi alle sentenze trovano la loro fortuna nella maggiore flessibilità che assicurano rispetto al processo giurisdizionale, nel mostrarsi come procedimenti destrutturati, alieni da formalismi e tecnicismi, rapidi e convenienti sotto il profilo dei costi, non traumatici rispetto alle relazioni correnti fra i contendenti. I rimedi propri della "giustizia alternativa" propendono per una composizione consensuale dei conflitti, suggellata da un accordo tra le parti diretto o facilitato da un soggetto "terzo". Tale soggetto terzo non impone, tuttavia,

una decisione, che veda una parte vittoriosa ed una parte soccombente: la soluzione della lite favorita dalle ADR, piuttosto, ripudia la crudele logica della sentenza, secondo cui "the winner takes it all". In ciò risiede anche la differenza tra arbitrato e mediazione: l'arbitrato, al pari della giurisdizione, rientra tra i mezzi eteronomi di risoluzione dei conflitti, giacché l'arbitro impone la sua decisione, mentre il mediatore lascia che la decisione sia frutto diretto della autonoma volontà delle parti.

La prima incoerenza del legislatore italiano sta quindi nell'aver tradito questa natura essenzialmente autonoma della mediazione come strumento di risoluzione delle controversie; siffatta natura avrebbe infatti dovuto preservare la facoltatività del tentativo di mediazione, ed avrebbe ad un tempo dovuto indurre ad escludere radicalmente che dal comportamento delle parti in fase conciliativa potessero derivare conseguenze sul futuro processo. Ed invece, come visto, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, l'esperimento del procedimento di mediazione è reso condizione di procedibilità della domanda giudiziale per un rilevante numero di controversie; l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità o della necessità di avvalersi del procedimento di mediazione, a pena di annullabilità del contratto con il cliente (art. 4, comma 3); per il comma 5, dell'art. 8, ancora, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio; e, quando poi la sentenza corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice dovrebbe escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che abbia rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e condannarla al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo (art. 13, comma 1, d.lgs. 28/2010). Altro, allora, che autonomia della determinazione vincolante di conciliare! Si delinea, piuttosto, un agguerrito apparato sanzionatorio, che certamente «ha come scopo principale di incentivare la partecipazione alla mediazione» (come si legge nella Relazione illustrativa al decreto delegato), e che però, pur di dissuadere dal ricorso al giudice, adopera strumenti di coazione indiretta per ostacolare in ogni modo l'accesso alla giustizia civile (cfr. MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, in www.judicium.it, p. 3; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, p. 2).

Così, il d.lgs. n. 28 del 2010 introduce una nuova figura tipica di contratto risolutivo delle liti su diritti disponibili, il negozio di "concilia-

zione", in cui culmina il procedimento di "mediazione" (stando alla distinzione terminologica voluta dal legislatore italiano, sconosciuta per contro alla Direttiva n. 2008/52/ CE): la mediazione, cioè, indica l'intervento di un soggetto terzo, che appunto media tra le parti per propiziare un componimento consensuale del conflitto e formula una proposta finalizzata alla conciliazione. Il mediatore "facilita" l'incontro della volontà delle parti, e non "decide": perciò la proposta conciliativa e la conciliazione stessa possono distaccarsi del tutto dalle domande originarie dei contendenti, non trovando al riguardo applicazione né il principio della domanda né il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Ma un "accordo", quale quello cui prelude il d.lgs. 28/2010, dovrebbe bandire ogni sovrastruttura processuale, non configurarsi come un *pre-trial* e soprattutto, per quanto già detto, essere "libero" (cfr. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in www.judicium.it, § 1).

3. L'opzione per cui propende il legislatore italiano è quella di una conciliazione intimamente strutturata sul processo, vista tuttavia come conciliazione non interna al processo medesimo, quanto ad esso esterna, ed elevata a condizione di procedibilità della domanda giudiziaria.

Mentre in sostanza la conciliazione interna al processo sbiadisce sempre più, la conciliazione stragiudiziale diviene generalmente obbligatoria.

Cosa è rimasto della conciliazione giudiziale nel codice di rito civile? Per molti, poco più di un artificio, che genera soltanto la consapevolezza della inutilità, laddove nel processo, come si sa, vige per il contro il primato dell'utile: sicché ciò che è utile nel processo è reale, ciò che invece non è utile semplicemente non è e non può essere.

Dopo la Riforma del 2005, la comparizione personale delle parti e l'esperimento del tentativo di conciliazione non sono più eventi obbligatori del processo civile: il giudice istruttore fissa la comparizione delle parti solo in caso di loro richiesta congiunta (art. 185 co. 1, c.p.c.). Rimane ovviamente consentito al giudice di disporre d'ufficio l'interrogatorio libero quando, pur in assenza di istanze di alcuna delle parti, appaia comunque possibile la conciliazione.

In dottrina, le cause dell'insuccesso pratico che ha sempre segnato le sorti dei meccanismi normativi volti a favorire la conciliazione interna al processo sono state individuate nell'incompatibile immedesimazione personologica dei ruoli di giudice e di conciliatore e nella deprecabile

anticipazione della futura decisione che il giudice-mediatore lascerebbe trapelare. Eppure, proprio l'analisi di tali cause, depurata da incrostazioni ideologiche, dovrebbe evidenziare le ragioni per guardare con rinnovata fiducia alle soluzioni legislative che affidano al giudice il compito di tentare la conciliazione all'interno del processo. Indubbiamente, nella conciliazione giudiziale il giudice cumula una natura promiscua: quella di mediatore dell'accordo conciliativo contenente la regolamentazione transattiva della lite e quella di titolare del potere di decisione della controversia in caso di fallimento della conciliazione.

Il giudice tuttavia non deve "premere" per la conciliazione, pur dovendo certamente promuoverla. Tale promovimento può avvenire, con diverse modalità operative, nelle diverse fasi del processo: quando, nel corso dell'udienza di trattazione il giudice richiama ai difensori chiarimenti ed indichi le questioni rilevabili d'ufficio; quando, perché richiesto congiuntamente delle parti o perché a tanto autonomamente determinatosi, provveda ad interrogare personalmente i contendenti; ancora, quando l'istruzione sia stata ormai compiuta e siano più agevolmente prevedibili gli esiti del processo.

Così, il giudice, nel predisporre il tentativo di conciliazione, è chiamato a recepire ed a proporre informazioni.

Nella fase recettiva, il giudice apprende dalle parti gli elementi necessari ad una reale comprensione dei termini della contesa. In un sistema processuale, quale il nostro, dominato dalla tradizionale incompatibilità tra parte e teste (art. 246 c.p.c.), e quindi ispirato da un'illusione di non sincerità dei litiganti, l'interrogatorio libero dalle parti ed il tentativo di conciliazione possono auspicabilmente tendere a recuperare al processo il sapere dei soggetti, sì "interessati" alla lite, ma che, di regola, sono i più informati sui fatti di causa.

Ultimato il momento recettivo, il giudice passa al segmento propositivo della sua attività di preparazione della conciliazione. Il magistrato può fornire ai contendenti dati che contribuiscano a rendere, in qualche misura, "prevedibile" la sua decisione, perché essi possano oculatamente soppesare quali siano i vantaggi ed i costi derivanti, rispettivamente, dalla conciliazione ovvero del prosieguo litigioso. Sarebbe così opportuno ricordare alle parti i precedenti giurisprudenziali ("precedenti verticali", "precedenti orizzontali", "autoprecedenti"), che possano fornire le regole applicabili come criterio di decisione nella questione in esame, in funzione della identità o dell'analogia corrente tra i singoli casi

concreti. Il giudice che sin dal primo contatto con le parti ed i loro difensori dimostri di riconoscere l'autorevolezza dell'orientamento giurisprudenziale esistente in ordine a fattispecie analoghe a quella di causa, apporta indubbiamente nel processo un fattore di razionalizzazione del contenzioso ed un impegno di uniformità di trattamento, contribuendo alla prevedibilità e quindi alla certezza della decisione, il che costituisce anche un propellente della definizione conciliativa.

E poi il giudice può rappresentare alle parti il presumibile svolgimento dell'istruzione della causa, così preventivandone i tempi necessari, anticipando informalmente nella sostanza, in attesa della definitiva articolazione delle deduzioni istruttorie, il calcolo che sarà poi operato nel calendario del processo *ex art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, cosa che può rivelarsi un indispensabile elemento da ponderare, anche sotto un profilo economico, nella valutazione di convenienza della soluzione in via conciliativa. Il giudice potrebbe addirittura sollecitare le parti comparse personalmente, se lo consenta la natura del giudizio, all'espletamento di una consulenza tecnica con finalità conciliativa (art. 696-*bis* c.p.c.), ove si concordi con quella dottrina che ne ravvisa l'ammissibilità non solo in via preventiva, ma pure in corso di causa, in applicazione dell'art. 699 c.p.c.

Sembrano, piuttosto, amaramente infondate, quanto tuttora tristemente diffuse, quelle resistenze di carattere politico e quelle arretratezze di natura culturale, che paventano il rischio di indebite anticipazioni del convincimento del giudice, rilevanti come motivo di astensione, ogni qual volta il giudice stesso, nel dirigere il tentativo di conciliazione (come anche nel decidere motivatamente sulle istanze di tipo anticipatorio o sulla ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova) esprima le sue valutazioni preventive sulla conclusione della lite: queste occasioni non possono mai pregiudicare l'esito del giudizio, giacché costituiscono anzi espressione del principio di collaborazione del giudice con le parti, nonché del principio di lealtà, che l'art. 175 c.p.c. rivolge col suo precetto allo stesso giudice, prima ancora che nei confronti delle parti.

4. Quello che invece realizza il d.lgs. n. 28/2010 è un accantonamento per quattro mesi (termine decorrente dal deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa: art. 6) dell'art. 24 Cost. e della correlata tutela giurisdizionale dei diritti 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. Tribunale chiuso per quattro mesi in attesa dell'inizio o della conclusione della mediazione.

L'ispirazione consensuale della conciliazione viene così snaturata in nome dell'aspirazione deflattiva del contenzioso civile. Cavalcando l'onda europeista delle ADR, si trasforma la conciliazione in estemporanea risposta alla situazione di crisi endemica in cui versa la giustizia civile, rendendo il mediatore un surrogato spurio del giudice. La conciliazione, invece, non è pensata in Europa come un'alternativa alla giustizia dello Stato, ma come strumento offerto dal diritto sostanziale per migliorare la fluidità della vita economica e dei mercati, evitando rotture litigiose delle relazioni commerciali.

Tanto meno, le ADR vogliono alimentare forme di *business* alternativo foraggiato dalle difficoltà dell'apparato giudiziario statale. La mediazione finalizzata alla conciliazione non doveva dunque fornire occasione al nostro legislatore di dare l'idea che lo Stato sia prossimo ad abdicare al governo della giustizia civile: le ADR significano riconoscere all'autonomia privata un suo spazio nella risoluzione dei conflitti, senza però smentire la centralità e soprattutto la priorità della giurisdizione civile statale, e senza intraprendere pericolose strade di privatizzazione (BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2005, 3, 785 ss.).

Quando la mediazione e la conciliazione sono strategicamente pensate non per prevenire il processo, quanto piuttosto per sostituirsi improvvidamente ad esso, il procedimento conciliativo ed il giudizio civile rimangono non doverosamente autonomi ed alternativi, ma avviluppati in un fosco intreccio dantesco di rami nodosi ed involti. Così, viene stabilita per alcuni effetti (prescrizione e decadenza: art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010), seppur non per altri (produzione degli interessi anatocistici *ex art.* 1283 c.c., irrilevanza del trasferimento del diritto controverso *ex art.* 111 e 816-*quinquies* c.p.c.; trascrizione della domanda di conciliazione: arg. dall'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 28/2010), una equivalenza tra domanda giudiziale e proposta conciliativa, e ciò costituisce il minimo pegno dovuto per salvare dall'incostituzionalità, almeno all'apparenza, la previsione di obbligatorietà della conciliazione stragiudiziale; ed ancora, variamente si riverbera sul processo, come visto in precedenza, il

fallimento della conciliazione pregiudiziale, in danno della parte che la abbia osteggiata. Il sol fatto di adire il giudice civile, non accuratamente evitato, costituisce motivo di rappresaglie in danno del boicottatore della conciliazione. Eppure basterebbe riflettere su quale diversa consistenza esecutiva abbia, a fronte delle aggressioni oppostive *ex art. 615 c.p.c.*, un accordo di conciliazione, sia pure omologato a norma dell'art. 12, d.lgs. n. 28/2010, ed un titolo invece di formazione giudiziale (TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in «Giust. civ.», 2010, 10, 489 ss.). Non importa evidentemente che non vi sia nel sistema una perfetta equivalenza tra garanzie del procedimento di mediazione e garanzie del processo giurisdizionale, né tra effetti dell'accordo conciliativo e della sentenza: su tutto prevale l'urgenza di disinvogliare i litiganti dall'ulteriore accesso ai tribunali civili.

Avverso l'atto finale del procedimento conciliativo, che abbia superato in sede di omologa il riscontro di conformità con l'ordine pubblico e con le norme imperative, le parti, inizialmente distolte dal ricorso al giudice, non avranno che la tutela offerta dalle impugnative contrattuali (azioni di nullità, annullamento per vizi del consenso o risoluzione per inadempimento). È estremamente opinabile sostenere invece che l'accordo di conciliazione sia altresì impugnabile per motivi che attengano alla "equità", alla giustizia oggettiva del contenuto negoziale, e cioè per sindacare in via giudiziale la sussistenza di un sostanziale equilibrio delle parti. Proprio mentre parte della dottrina suggerisce di superare ogni incompatibilità tra diritti indisponibili e conciliazione, percependo quest'ultima "come uno strumento sul quale puntare non solo per diminuire il carico delle controversie sull'autorità giudiziaria, ma anche perché un modo di soluzione delle controversie basato sul consenso delle parti, in molte occasioni, può rivelarsi migliore di quello basato sul giudizio di un terzo" (BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2009, 1, 121), e rendendo il conciliatore "promotore o, quanto meno, controllore imparziale della conciliazione" (BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in «Dig. disc. priv.», III, Torino, 1988, 227).

5. Oltre un secolo fa, un liberale, quale Giuseppe Chiovenda, scriveva autorevolmente: "La lite può diventare più o meno accessibile all'uomo debole e incolto, secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in suo aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa,

di correggerne gli errori. Qui è la chiave delle riforme processuali, il segreto dell'adattamento del processo ai bisogni sociali (...). È il problema del rapporto tra cittadino e Stato, trasportato nel campo del processo civile”.

Quanto piace ad un giudice di professione è breve sogno, ma sono i sogni e i desideri che cambiano il mondo.

Il processo civile italiano, quale luogo tradizionale e solenne per la risoluzione delle liti, appare da svariati decenni inadeguato alle più moderne esigenze. Che soluzioni prospetta, più di recente, il nostro legislatore?

- a) Un radicale ripensamento delle strutture del processo civile, proponendo strumenti che deformalizzano la fase di assunzione delle prove e soprattutto la fase di decisione delle cause. Cognizioni sempre più sommarizzate; ordinanze, e non più sentenze, che consentano di omettere ogni formalità, di istruire nel modo più opportuno, e di fare comunque giudicato; da ultimo, per quel che si sente dire in giro, motivazioni “a richiesta”; ed addirittura istanze sollecitatorie di trattazione delle impugnazioni pendenti, in difetto delle quali si eliminerebbe il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda.
- b) Il rafforzamento delle forme di giustizia privata, come l'arbitrato, che permettono ai soggetti economicamente più forti di disinteressarsi delle croniche disfunzioni della giustizia civile ordinaria.
- c) Ipotesi di definizione conciliativa contrattuale dei conflitti che condizionano la tutela in sede giurisdizionale.

Rimane al momento solo la speranza di una giustizia civile effettiva ed efficace, sia pure affiancata da forme eventuali ed accessorie di *mediation* strutturate, che non interferiscano con la tutela giurisdizionale e non contemplino momenti di obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Solo una speranza, ma la speranza è il sogno di chi è sveglio.

La conciliazione non deve essere la via di fuga da un processo inefficiente; essa, piuttosto, può costituire una preziosa alternativa alla decisione del giudice statale soltanto se e quando l'ordinamento si sia preventivamente dotato di un processo civile funzionante. L'utilità di un accordo conciliativo non può essere liberamente valutata dalle parti se esso costituisce l'unica alternativa rispetto ad un giudizio civile che abbia durata ed esiti del tutto imprevedibili.

Il rilancio storico del concetto di contratto (che si oppone a quanti ne avevano precocemente ravvisato il declino, e che abbraccia campi un tempo dominati dall'autorità, e non dal consenso, ovvero settori in cui non vi era abitudine a far ricorso all'autonomia dei privati) non significa certo che il contratto possa oggi sostituire in tutto la sentenza. Lo scopo della sentenza e del processo davanti al giudice non è unicamente la risoluzione della controversia, la mera pace giuridica, ma l'attuazione della giustizia (PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 9 ss.). Il contratto può quindi esaudire il bisogno di dirimere la lite, ma non realizzare quel giusto componimento voluto dalla legge positiva.

Il processo giurisdizionale riveste esso solo il ruolo di dire il diritto e di ricordare che cosa, per la comunità civile, è giusto e lecito e che cosa non lo è. "La conciliazione, invece, non dice il diritto: anzi, deve accuratamente evitare di dirlo. Semplicemente, essa cerca di trovare il punto di incontro degli interessi, talvolta individuandolo non su una sorta di linea mediana, ma in un punto esterno, che le parti non avevano scorto. Certo, si tratta di un compito utile, ma non ottiene lo scopo di rafforzare il senso della legalità" (così BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit. 785 ss.).

Già peraltro nell'esperienza del processo penale statunitense, la contrattualizzazione della giurisdizione, insita in istituti quali il *plea bargaining*, aveva posto all'attenzione degli studiosi il rischio dei mercanteggiamenti della giustizia, e indotto a riflettere su come le forme anticipate di definizione pattizia delle cause si addicessero molto più alle superficiali esigenze difensive dei non abbienti che a quelle di coloro che potessero sostenere tranquillamente le spese della loro difesa (NEPPI MODONA, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO — GREVI, Padova 1990, 395, sottolineava come nello Stato di New York, solo lo 0.9% degli imputati non abbienti assistiti da difensori d'ufficio riuscisse ad arrivare al dibattimento, risolvendosi tutti gli altri casi in precedenza mediante forme di accordo tra accusa e difesa). Riuscirà allora il nostro anemico sistema di assistenza giudiziaria dei non abbienti a reggere dignitosamente l'urto dei procedimenti di mediazione che coinvolgano soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato, garantendo effettiva tutela alle parti più deboli? O gli accordi conciliativi a seguito di mediazione diverranno essenzialmente il surrogato di giustizia civile di cui dovranno accontentarsi poveri e bisognosi?

Ci sembrava fino a poco tempo fa distante da noi diecimila chilometri, proprio come la Cina, il principio della filosofia di Confucio, secondo cui agire in giudizio per far valere un proprio diritto è di per sé cosa disdicevole, mentre “la conciliazione ha più valore della giustizia”. Nel Periodo delle Primavere e degli Autunni, la mediazione veniva sempre prima del diritto: il conflitto doveva essere prevenuto, o dissolto, mediante amichevoli compromessi o transazioni. Per l'insegnamento confuciano, solo se la conciliazione risulta impossibile, si dovrebbe adire il giudice.

Ad un imperatore cinese del settimo secolo si attribuisce questo scritto: “I processi tenderebbero a moltiplicarsi in modo sbalorditivo se la gente non avesse paura ad adire i tribunali e si confidasse di trovarvi sempre una giustizia perfetta e facilmente accessibile... Desidero quindi che coloro che adiscono i tribunali siano trattati senza alcuna pietà: in modo che si nauseino del diritto e tremino all'idea di comparire dinanzi a un magistrato”.

ANTONIO SCARPA
*già Giudice del Tribunale di Salerno
destinato all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*

* * *

Che le scelte legislative in tema di tutela dei diritti siano negli ultimi anni caratterizzate da una certa instabilità è un dato inconfutabile, tuttavia se per talune inversioni di rotta può trovarsi una ragionevole giustificazione, non così per due recentissimi provvedimenti in tema di mediazione e conciliazione, rispettivamente il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e la l. 4 novembre 2010, n. 183, recanti, l'uno, la previsione (tra l'altro) di una mediazione “obbligatoria” quale condizione per l'accesso alla tutela giurisdizionale per un numero significativo di controversie espressamente indicate in materia di diritti disponibili, e l'altra, la trasformazione del tentativo stragiudiziale di conciliazione delle controversie di lavoro (pubblico e privato) da adempimento obbligatorio, condizionante la procedibilità della domanda giudiziale, in adempimento meramente facoltativo.

Evidente è la contraddittorietà delle soluzioni adottate, tanto da indurre il sospetto di una certa schizofrenia legislativa.

Com'è stato esattamente osservato, "delle due l'una: o rendere la fase stragiudiziale come 'obbligatoria' agevola il raggiungimento dell'accordo – ed allora, se è opportuno farne regola generale, è altrettanto opportuno conservarla nel settore, quello laburistico, che tra i primi l'ha visto affermarsi – ovvero nessun valore aggiunto l'obbligatorietà assicura al formarsi di una volontà transattiva che esiste a prescindere da qualsiasi imposizione di legge – ed allora bene ha fatto la l. 183/2010 ad eliminare la condizione di procedibilità della domanda, ma al contempo va criticato il d.lgs. n. 28/2010 che l'ha imposta in molteplici altri settori" [TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione giudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (cd. collegato lavoro)*, in www.judicium.it, p. 2]

In ogni caso, che si condividano o meno le scelte operate dal legislatore in materia, essendo discrezionali ed insindacabili, non resta che prenderne atto.

L'obiettivo del d.lgs. n. 28/2010 è ambizioso: "garantire [...] una reale spinta deflattiva [del contenzioso] [...] contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie", nonché "valorizzare le esperienze autoregolatrici e [...] minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione". Sebbene la Relazione illustrativa ponga sullo stesso piano le ragioni di fondo dell'intervento legislativo – diffondere la cultura della conciliazione per garantire a tutti un accesso paritario alla giustizia e deflazionare i ruoli dei giudici – è abbastanza evidente la prevalenza di quest'ultimo aspetto.

L'aver introdotto per una serie considerevole di controversie civili e commerciali l'obbligo del previo esperimento di un procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale tradisce, infatti, in maniera inequivoca, la volontà legislativa di utilizzare lo strumento della mediazione soprattutto con funzione deflattiva del contenzioso, per contribuire a risolvere o almeno attenuare l'endemica crisi che affligge la giustizia civile e, di riflesso, grazie all'auspicato contenimento dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, come strumento per rendere più efficiente e rapido lo svolgimento del processo e, in un'ultima analisi, per favorire la sollecita amministrazione della giustizia [PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in «Società», 2010, p. 620].

Non si tratta certamente di una soluzione sconosciuta al sistema. Ri-allacciandosi ad esperienze molto risalenti [per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 15 ss.], dalla fine degli anni settanta in poi, in ambiti settoriali, caratterizzati da un elevato tasso di litigiosità e dalla presenza di una parte contrattualmente più debole, il legislatore ha introdotto meccanismi conciliativi obbligatori, onde ridurre i carichi giudiziari. In nessun caso, però, l'auspicato scopo deflattivo è stato conseguito: il tentativo infatti raramente ha sortito esito positivo, vuoi per inefficienze strutturali, vuoi per atteggiamenti poco collaborativi delle parti, e l'obbligatorietà è stata foriera di complicazioni inutili e di eccezioni dilatorie.

Tant'è che, virando in direzione diametralmente opposta rispetto al passato, il d.lgs. n. 5/2003, ormai abrogato *in parte qua* dal d.lgs. n. 28/2010, relativamente alle controversie in materia societaria, aveva affidato la realizzazione dell'effetto deflattivo del contenzioso ad una procedura stragiudiziale di conciliazione, il cui esperimento si caratterizzava come mera facoltà per le parti e non come obbligo imposto ai fini della procedibilità della domanda giudiziale. Sottesa a tale opzione v'era la maturata consapevolezza dell'inutilità della generale imposizione di un tentativo di conciliazione anche a soggetti privi della volontà di conciliare, giacché, se manca a monte la volontà di partecipare al procedimento conciliativo, la conciliazione è sicuramente destinata all'insuccesso, risolvendosi in un mero adempimento burocratico. In quella sede, abbandonata quindi la logica impositiva, il legislatore si era proiettato in una dimensione nuova, da un lato, promuovendo l'utilizzo della conciliazione con una serie di agevolazioni volte a rendere appetibile la scelta della via conciliativa rispetto a quella giurisdizionale e, dall'altro, disincentivando comportamenti ostili al raggiungimento dell'accordo di composizione della lite (art. 40, comma 5, d.lgs. n. 5/2003). Tutto ciò con l'obiettivo ultimo di rendere lo strumento conciliativo veramente competitivo e più appetibile rispetto a quello giurisdizionale e non un mero succedaneo da utilizzare obbligatoriamente e preventivamente nella chimerica convinzione di ridurre i carichi giudiziari.

Nonostante queste premesse, al momento di scrivere gli ultimi due atti della *never ending story* delle procedure di ADR in Italia, il legislatore ha effettuato scelte non proprio impeccabili sotto il profilo della ragionevolezza.

Da un lato, ha imposto alle parti l'esperimento di un procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudi-

ziale per un numero elevatissimo di controversie espressamente individuate [la relazione tecnico-fiscale le stima in circa un milione l'anno], quali quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato ed affitto di aziende, contratti assicurativi, bancari e finanziari, risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa, pur consapevole della inutilità di tale strumento come mezzo rispetto all'obiettivo da perseguire.

Dall'altro, in considerazione degli esiti fallimentari finora registrati ed in netta controtendenza rispetto al precedente intervento, ha cancellato con un colpo di spugna l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro pubblico e privato, introdotta dalla l. n. 80/1998, riportando l'adempimento in questione nell'alveo della facoltatività. Quanto alla previsione di un procedimento di mediazione stragiudiziale, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, non per questa o quella categoria di controversie, ma per una vasta ed eterogenea gamma di controversie espressamente indicate (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), essa sollecita innanzitutto l'interrogativo della compatibilità o meno con l'art. 24 Cost. Al riguardo merita osservare che, secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale in tema di giurisdizione condizionata, l'imposizione di filtri conciliativi obbligatori configurati quali condizioni di procedibilità della domanda non è incompatibile con le garanzie afferenti alla tutela giurisdizionale, non lede quindi 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 giurisdizione. 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 azione ovvero lo differiscano irrazionalmente o *sine die*.

Nell'ottica della Corte, dunque, l'imposizione di oneri preliminari che differiscono l'esercizio dell'azione è legittima quando il loro esperimento, in funzione di una deflazione dei carichi giudiziari, produce gli stessi effetti della domanda giudiziale o almeno il loro mancato esperimento costituisce un vizio sanabile retroattivamente, con effetto sospen-

sivo del processo eventualmente instaurato e conservazione degli effetti della domanda e della litispendenza, se il processo viene riassunto nei termini perentori, non preclude l'immediata esperibilità della tutela in via cautelare e in via monitoria e, in ogni caso, purché l'impedimento all'esercizio dell'azione sia obiettivamente limitato e non irragionevole [recentissimamente, su posizioni non dissimili da quelle della Consulta v. anche Corte di giustizia Unione Europea, 18 marzo 2010, n. 320, in «Corr. giur.», 2010, p. 1289], a nulla rilevando, invece, la scarsa funzionalità, attestata dall'esperienza, degli oneri imposti in relazione agli obiettivi da perseguire [SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, op. cit., p. 134 ss.].

Alla luce di quanto esposto, le scelte effettuate nel d.lgs. n. 28/2010 appaiono coerenti con le indicazioni provenienti dalla consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, poiché 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), produce gli stessi effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione e sulla decadenza (art. 5, comma 6), quando si inserisce in un processo già iniziato, non determina neppure la sospensione ma un mero differimento dell'udienza. Inoltre 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) e non preclude l'immediata esperibilità della tutela cautelare e monitoria (art. 5, comma 3 e 4).

Ciò tuttavia non è ancora sufficiente per escludere completamente i dubbi di costituzionalità della neointrodotta condizione di procedibilità, potendo in questo caso prospettarsi un diverso profilo di illegittimità costituzionale: l'eccesso di delega in relazione all'art. 76 Cost. Giova infatti considerare che la legge delega non prendeva assolutamente posizione sull'utilizzabilità della mediazione obbligatoria come filtro per l'accesso alla giustizia, si limitava a stabilire laconicamente che la mediazione non deve "precludere l'accesso alla giustizia" (art. 60, comma 3, lett. a), e la relativa disciplina deve essere emanata "nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5" (art. 60, comma 3, lett. c). Il governo, approfittando di tale "delega in bianco" [BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in [GIUSTIZIA INSIEME • 2/2010 75](http://www.judici-</p>
</div>
<div data-bbox=)

cium.it, § 4], della cui legittimità è lecito almeno dubitare, ha introdotto la mediazione obbligatoria—condizione di procedibilità della domanda giudiziale per un'ampia quanto variegata serie di materie e relative controversie ed ha altresì inserito alcune "sanzioni" volte a disincentivare atteggiamenti delle parti ostili alla conciliazione, in particolare, la previsione che "dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c." (art. 8, comma 5), nonché quella della condanna alle spese della parte vittoriosa per il solo fatto di aver rifiutato la proposta conciliativa poi recepita in sentenza (art. 13).

Poteva il legislatore delegato fare tutto questo? Probabilmente no. È vero infatti che la genericità e l'ampiezza della delega lasciavano un certo margine di manovra, tuttavia il rinvio alla disciplina della conciliazione societaria e alla normativa comunitaria, che non indirizza nel senso dell'obbligatorietà, ma lascia campo libero ai singoli legislatori nazionali, deponeva nel senso della facoltatività della mediazione. Pertanto, in questo scenario, l'opzione a favore di un meccanismo conciliativo obbligatorio quale "filtro" per l'accesso alla giurisdizione, pur coerente con le indicazioni provenienti dalla richiamata giurisprudenza costituzionale in tema di giurisdizione condizionata, non poteva essere effettuata dal governo nell'esercizio della potestà legislativa delegata, spettando solo al legislatore ordinario il potere di limitare e comprimere i diritti soggettivi, in presenza di particolari interessi generali e per finalità di economia processuale.

Non solo. La libertà di agire in giudizio per la tutela dei diritti non può essere condizionata o coartata, come nella specie, dalla minaccia di sanzioni volte a colpire il mancato o il cattivo uso di filtri all'accesso alla giurisdizione, pena la violazione di quel diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., posto peraltro dalla legge delega come unico limite all'operato del governo in materia [MONTELEONE, *La mediazione forzata*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 21 ss.; TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, p. 319, 347].

E ancora. Anche a voler ritenere legittima l'opzione a favore della obbligatorietà della mediazione, in quanto non espressamente esclusa dalla delega e comunque nel rispetto delle *guidelines* fissate dalla Consulta in tema di giurisdizione condizionata, in ogni caso il legislatore delegato, in deroga all'art. 24 Cost., non poteva ampliare il novero dei rapporti so-

stanziali e relativi processi sottoposti ad una condizione di procedibilità della domanda tanto da determinare una vera e propria inversione del rapporto “regola–eccezione”. Tale espansione, sicuramente non consentita dalla legge di delegazione, non è conforme infatti allo spirito del sistema, imperniato, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, sul principio di centralità della giurisdizione, secondo cui la tutela giurisdizionale dei diritti è un’attività costituzionalmente necessaria (artt. 24, 111 Cost.), inviolabile, che il legislatore ordinario non può eliminare e neppure limitare, se non per finalità di interesse generale ed in ipotesi circoscritte ed eccezionali [LA CHINA, *Procedibilità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 802; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2003, p. 1205; BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2005, p. 790].

Nel caso in esame, invece, l’estensione del catalogo delle ipotesi di conciliazione obbligatoria (che si aggiungono a quelle preesistenti, fatte salve dall’art. 23, comma 2) ha tramutato, di fatto, l’eccezione in regola, sicché, con l’integrale entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, la tutela giurisdizionale dei diritti sarà normalmente subordinata al previo esperimento di procedimenti di conciliazione/mediazione e, solo in via residuale, sarà diretta ed immediata.

A parte i profili di incostituzionalità, sempre in relazione al d.lgs. n. 28/2010, merita ancora segnalare che la genericità di alcune delle espressioni utilizzate — es. diritti reali, successioni ereditarie, contratti assicurativi — rischia di allargare l’area già vasta coperta dalla obbligatorietà della mediazione o quanto meno di rendere incerta la sua estensione. Inoltre, per alcune tipologie di controversie è indubitabile la natura disponibile dei diritti, per altre, quali ad es. quelle in materia di patti di famiglia, tale caratteristica potrebbe invece difettare. Risulta poi inspiegabile perché solo le controversie risarcitorie da *malpractice* medica siano assoggettate alla previa condizione di procedibilità e non anche le altre da responsabilità professionale. In ogni caso, per le controversie risarcitorie, già esiste nel sistema la possibilità di indirizzarle verso un più proficuo procedimento di conciliazione collocato nell’ambito della consulenza tecnica preventiva di cui all’art. 696–bis c.p.c. — una sorta di *early neutral evaluation* “all’italiana” — che, tra l’altro, non dà luogo a pericolose connessioni informative con il successivo processo. E infine, la generica previsione del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della “domanda giudiziale” rende particolarmente

incerta l'esatta delimitazione delle domande che a tale condizione sono sottoposte: solo la domanda introduttiva di un giudizio — come sembra più plausibile per evitare un allungamento smisurato dei tempi processuali — o anche le domande successivamente proposte (domanda riconvenzionale, *reconventio reconventionis*, accertamento incidentale, chiamata in causa e intervento volontario di terzi, principale o litisconsortile)? Insomma una lunga serie di dubbi ed interrogativi che solo l'applicazione pratica potrà contribuire a risolvere.

Venendo infine alle norme novellate dalla l. 183/2010, in tema di conciliazione delle controversie di lavoro, merita senz'altro plauso l'opzione legislativa di porre conciliazione e processo non più in rapporto di pregiudizialità-dipendenza, bensì di alternatività, rimettendo cioè alle parti interessate la possibilità di scegliere liberamente tra la richiesta di tutela in sede conciliativa e l'accesso diretto al rimedio giurisdizionale. Resta però difficile giustificare questo *révirement* in un contesto di quasi generalizzata obbligatorietà della conciliazione stragiudiziale. Che si tratti forse di una modifica rivelata opportuna dall'esperienza, introdotta su precisa indicazione della sentenza costituzionale n. 276/2000, per contrastare la denunciata scarsa funzionalità della conciliazione stragiudiziale quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale?

La facoltatività del tentativo di conciliazione farà crescere l'*appeal* di questo strumento? È lecito dubitare. Basti riflettere sull'art. 411, comma 2, c.p.c., nella parte in cui dispone che "il giudice tiene conto in sede di giudizio" delle risultanze della proposta formulata (sempre e comunque) dalla commissione di conciliazione (in caso di mancato accordo) e non accettata senza adeguata motivazione. La "minacciata" connessione informativa tra circuito conciliativo e processo, ai fini della decisione della controversia e della allocazione delle spese, che vorrebbe disincentivare gli atteggiamenti immotivatamente ostili alla soluzione compositiva della controversia, sarà piuttosto un deterrente per coloro che volessero percorrere la via conciliativa in luogo di quella giurisdizionale, contrariamente a quanto auspicato dal legislatore.

FILOMENA SANTAGADA
Professore associato di diritto processuale civile
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli studi Europea di Roma