

GIUSTIZIA E ORGANIZZAZIONE

Emergenza deflativa nella domanda di giustizia

La nuova normativa di dettaglio in materia di mediazione
e di conciliazione delle controversie civili e commerciali

DONATELLA SALARI – DORIANA CHIANESE

*Il buon senso c'era; ma se ne stava nascosto, per
paura del senso comune.*

(Alessandro Manzoni, i Promessi Sposi, cap. XXXII)

1. Il Parlamento, con l'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69 contenente, tra l'altro, una serie di misure sul processo civile, aveva delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, una serie di decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione destinati a dettare la normativa secondo i principi-cornice già contenuti nella legge, a sua volta attuativa della direttiva europea in materia di mediazione e conciliazione del 21 maggio 2008, 2008/52/Ce.

Il 19 Febbraio 2010, acquisiti i pareri delle competenti commissioni di Camera e Senato, il decreto legislativo delegato in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ha avuto la definitiva approvazione del Consiglio dei Ministri, e con il numero 28 del 4.3.2010 è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 53 del 5.3.2010.

2. Un primo commento sposta l'attenzione sull'inquadramento generale del nuovo istituto.

Abbandonata la tecnica degli interventi a "macchia di leopardo", il nostro legislatore sembra intenzionato a fare emergere un modello orga-

nizzativo più organico di conciliazione destinato, nelle intenzioni, a far uscire il processo civile dalle emergenze dalla durata irragionevole, letteralmente “esportando” la conciliazione di cui all’art. 40 d.l. 17 gennaio 2003, n. 5 e successive modifiche, dal defunto processo societario.

Dunque, dal naufragio del rito c.d. commerciale riemerge, oggi, un relitto.

Si tratta perciò di vedere, per dirla con Nietzsche, se: *naufragium feci, bene navigavi* ossia se il deprecabile rito societario, fatto naufragio nella sua impresa, abbia navigato bene, lasciando l’eredità attiva della conciliazione in chiave deflativa del contenzioso.

Innanzitutto, si rileva che una certa ambiguità di linguaggio nuoce al decreto, nel senso che mediazione e conciliazione non sono termini interscambiabili, checché ne reciti in proposito l’art. 1, lett.a).

Se, infatti, la mediazione, nel suo significato più ampio, presuppone il ruolo di colui che si fa carico della dimensione umana del conflitto, restituendo alle parti autonomia e responsabilità, nel disordine emozionale o culturale, sia pure attraverso le varie tecniche e le varie scuole che si muovono dalla ricerca disfunzionale all’approccio negoziale fino alla sollecitazione psicologica pura, è vero che la mediazione in senso stretto sollecita le parti a dettare esse stesse le regole di risoluzione del conflitto.

Questo accade nell’ambito familiare, tra i coniugi o tra genitori e figli, ovvero nella mediazione tra vittima e autore del reato.

Se così stanno le cose, è evidente la confusione tra l’istituto in commento e lo strumento deflattivo e balza agli occhi il disordine dei linguaggi.

Disordine da Torre di Babele sol che si pensi che la mediazione, nel senso appena ridetto, accompagna i coniugi alla separazione o alla definizione del loro ruolo genitoriale ovvero trasforma il conflitto tra autore del reato e vittima attraverso l’incontro – mentale – con il mondo di chi l’offesa ha arrecato e quello della vittima.

Di questo ibrido, la Commissione parlamentare del Senato, nel pa-

rere di minoranza redatto nello scorso gennaio, è consapevole, e lo stigmatizza, ma non sembra che il testo licenziato ne abbia tenuto conto ed, anzi, nell'inclusione dei "patti di famiglia" nelle materie delegate alla conciliazione c.d. obbligatoria (art. 5, comma 1) l'equivoco si rafforza, annebbiando il confine tra conciliazione e indisponibilità dei diritti.

Che il legislatore delegato abbia sul punto le idee poco chiare e sia avventurato, usando il termine mediazione, in aree insidiose, ne è riprova la previsione della cosiddetta "soccombenza invertita" di cui all'articolo 13 del decreto delegato, allorché la definizione giudiziaria del conflitto, corrispondendo alla proposta di definizione transattiva riacusata, comporta la non ripetibilità delle spese da parte del vincitore, sovvertendo il principio generale di cui all'articolo 91 c.p.c.

Effettivamente, se la mediazione in senso tecnico trae la sua possibilità di successo dalla libertà di adesione alla proposta conciliativa, come invece il legislatore delegato sembra voler ignorare, tale spazio di autodeterminazione sembra essere fortemente compromesso dallo spettro della soccombenza invertita e delle sue conseguenze punitive.

E che si tratti di uno spettro agitato per dissuadere – in concreto – dall'accesso al giudice ordinario il ricusante la proposta (oggi facoltativa), si deduce agevolmente dal secondo comma dello stesso art. 13 del d.lgs. il quale prevede che, addirittura, ove la decisione del giudice non corrisponda interamente alla proposta del mediatore, quando ricorrano gravi ed eccezionali ragioni, il Giudice può escludere dalla ripetizione delle spese sostenute la parte vincitrice per quanto riguarda l'indennità corrisposta al mediatore.

De plano l'obbligo di motivazione sull'esclusione della ripetibilità dell'indennità.

Vorrà dire che il Giudice, oltre che occuparsi del contenzioso ordinario farà da "supervisore" delle proposte mediative, dalle più serie alle più improvvise, allo stato formulate senza alcuna concreta conseguenza sul piano professionale o disciplinare giacché tutto è affidato alla normazione secondaria dei decreti ministeriali attuativi e dai regolamenti interni dei singoli organismi (art. 16) apparendo assai tenui gli obblighi

di cui all'art. 14 del decreto delegato e le relative "autocertificazioni" di imparzialità e codici etici vari.

3. Qualche perplessità emerge, poi, sia sul fronte della politica giudiziaria, sia su quello sistematico per quanto riguarda la c.d. conciliazione obbligatoria, divenuta oggi condizione di procedibilità per l'esercizio dell'azione ordinaria in alcuni settori del contenzioso.

Vediamo:

- condominio;
- diritti reali (proprietà, usufrutto, ipoteca, servitù etc.);
- divisione, successioni ereditarie e patti di famiglia;
- locazione;
- comodato;
- affitto di aziende;
- risarcimento del danno derivante da responsabilità mediche e da diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità;
- contratti assicurativi, bancari e finanziari;
- risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (quest'ultima area aggiunta *in limine* del procedimento di attuazione della delega, recependo, già dal parere sullo schema del decreto legislativo delegato espresso dal Senato e poi approvato, l'indicazione corrispondente che aveva evidenziato l'irragionevolezza dell'esclusione).

Per il resto, l'utilizzo dell'istituto è legato alla scelta dei soggetti del contenzioso, ossia alla conciliazione volontaria.

Emerge, poi, un intento acceleratorio per cui il procedimento di mediazione deve concludersi, secondo lo schema di decreto, entro quattro mesi.

All'interno di questa durata sono stati inseriti due ulteriori termini che sono di 15 giorni a favore del mediatore per fissare il primo incontro tra le parti (art.8).

All'esito, quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore **può** ovvero **deve** **ove le parti gliene facciano richiesta** (così il testo approvato in via definitiva) formulare una proposta di accordo ed entro sette giorni dalla sua ricezione le parti sono tenute a far sapere se l'accettano oppure no.

Dalla formulazione della proposta, si dà ingresso alla cosiddetta fase “aggiudicativa”.

Se nessuna delle parti risponde la proposta si ha per rifiutata.

Nel caso in cui una delle due parti rifiutasse la conciliazione, ovvero non rispondesse nel termine di sette giorni, la conciliazione si considera non raggiunta e il mediatore formerà un verbale indicando le ragioni del mancato accordo. Ove invece la proposta sia accettata la conciliazione può dirsi raggiunta.

Detto verbale sarà utilizzato dal giudice per la valutazione delle spese processuali di cui all’art.13 del decreto.

4. Questo era uno dei punti più delicati della riforma.

In sostanza, il conciliatore, nei testi precedenti l’approvazione definitiva, era tenuto a formulare comunque una proposta così come prevede il testo dell’art. 11 dello schema di d.lgs., anche in assenza di un accordo tra le parti e, addirittura, anche nel silenzio della parte che non aveva ritenuto di rispondere perché il comma secondo dello stesso articolo prevede che: *la proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l’accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata.*

Molto giudiziosamente questo meccanismo, secondo il suggerimento dei lavori parlamentari in sede di commissione giustizia e del parere del CSM, è stato emendato, con le seguenti conseguenze:

- nel caso di *mancata partecipazione* senza giustificato motivo al procedimento conciliativo, il giudice, nella fase contenziosa, può desumere argomenti di prova a mente dell’articolo 116 secondo comma del codice di procedura civile. In altre parole, anche la fase conciliativa diventa, con un procedimento di ingegneria giudiziaria, condotta processuale valutabile;
- la famigerata proposta del mediatore, che nel precedente testo era pronunciata *manu militari*, con tutte le conseguenze appena viste, in termini di spese processuali, sfuma in una proposta conciliativa che il mediatore, a sua discrezione, potrà formulare. Ora però le parti devono proporre una concorde richiesta ed il conciliatore formulerà la proposta.

Questo è veramente uno dei passaggi più difficili di tutto il testo legislativo, considerato che, oltre all'esclusione della ripetibilità delle spese legali, la parte che non abbia aderito alla proposta conciliativa, ove il giudizio si concluda in una sorta di fotocopia ricognitiva della proposta "discrezionale" ovvero di quella richiesta congiunta, può essere *condannata al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al pagamento, in favore del Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.*

Vi è però da dire che l'utilizzazione della proposta facoltativa a richiesta congiunta ai fini della non ripetibilità delle spese in favore della parte vittoriosa nasconde un ulteriore pericolo, ossia un forte strappo rispetto al principio di riservatezza che ispira tutto il procedimento di conciliazione a mente dell'art. 9 del D.lgs. in commento e rispetto a quello del contraddittorio (cfr. R. Caponi in Guida al Diritto, n. 46, pag. 22), ma solo la pratica ce ne potrà dare migliore contezza.

All'esito di questa fase è possibile agire davanti al giudice ordinario.

5. A prima vista il meccanismo sembra semplice e pratico ma vi è una questione cruciale che il legislatore delegato non pare avere risolto.

Essa è contenuta (articolo 4 schema) nella determinazione di criteri precisi per individuare la competenza territoriale degli organismi di conciliazione.

Come si comprende immediatamente e come il parere approvato in Commissione Giustizia sia al Senato sia alla Camera rilevavano, manca il radicamento in un territorio predeterminato dell'organismo di conciliazione prescelto, che ben poteva essere individuato nell'ambito del circondario del tribunale competente per la causa di merito ovvero, come criterio residuale, nel distretto della corte d'appello nel quale è ricompresa la circoscrizione del tribunale stesso, criteri questi indispensabili per garantire un accesso in termini ragionevoli e di uguaglianza alla giustizia e che, comunque, ritornano nell'individuazione dell'ufficio giudiziario

competente all'omologazione del verbale di accordo ai fini dell'efficacia esecutiva dello stesso (art. 12).

Riflessione, questa, tanto più decisiva e potenzialmente discriminatoria con riguardo alle materie riservate alla conciliazione obbligatoria.

Anche qui, l'intento deflattivo ha fatto perdere di vista la fruibilità e la concretezza dell'accesso all'organismo di conciliazione il quale delocalizzato rispetto alle aree territoriali di residenza dei contendenti potrebbe non solo rendere difficoltosa e costosa l'interlocuzione dell'interessato con l'organismo di conciliazione, ma pure creare "zone franche" di accaparramento di clientela costringendo l'utente a delegare per la fase conciliativa professionisti lontani dal foro naturale di appartenenza del contenzioso.

Ciò, senza parlare della mancanza di garanzie nell'inquadramento professionale di cui si dirà più appresso e come rilevato, con motivazione perplesso, dalle Commissioni parlamentari.

Conclusione tanto più amara quanto più si rifletta sul contenuto del contenzioso che, sottratto, vorremmo dire per essere deportato, lontano dal giudice naturale, va a gravare su di una tipologia di cause provenienti da settori non marginali della socialità, ossia, citando a campione, atti di famiglia, locazioni, contenzioso bancario e assicurativo, responsabilità medica e, oggi, anche danni da circolazione di veicoli e natanti.

6. Fatte queste premesse, s'impone una piccola notazione circa i criteri d'individuazione delle grandi aree sulle quali la mediazione è destinata ad operare come condizione di procedibilità e che troverà applicazione, non più entro diciotto, ma entro dodici mesi dalla pubblicazione in G.U. del decreto delegato.

Intanto si tratta di settori e di diritti eterogenei la cui assimilazione reciproca ha destato le perplessità del CSM nel parere reso sullo schema di decreto il 3 febbraio 2010.

Infatti, le grandi aree della locazione, del comodato e dell'affitto di azienda non erano forse molto interessate dalla spinta deflattiva, considerato che attraverso lo strumento del rito locatizio, almeno nei grandi centri urbani, il ruolo delle sezioni specializzate costituiva già un fattore efficiente di accelerazione e concentrazione delle attività processuali.

In altre parole, le ragioni dell'esclusione dalla condizione di proce-

dibilità del contenzioso locatizio a cognizione sommaria, ossia finita locazione e morosità, militavano anche a favore dell'esclusione di tutte quelle materie già presidiate dal rito locatizio speciale, con il che è del tutto prevedibile che l'obbligo di conciliazione nelle cause a vocazione immobiliare comporterà un inutile appesantimento del processo.

L'esperienza dimostra, infatti, che le prospettive di successo dei meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie crescono in presenza di un processo efficiente e contenuto nei tempi e deperiscono quando il processo è lento ed inefficace.

La storia insegna sempre e, nel caso di specie, il relitto del canone c.d. "legale" galleggia ancora nel mare delle delusioni.

Invero, proprio nel settore locatizio, l'esperienza del passato rispetto al tentativo obbligatorio di conciliazione ha dato i suoi frutti più indigesti.

Poiché, d'altra parte, anche nei progetti falliti si può riciclare qualcosa, occorre prendere atto che la normativa nulla dice sull'omessa o invalida comunicazione alla controparte dell'invito alla conciliazione, allorché la controparte sia del tutto disinteressata a vedere avverata la condizione di procedibilità.

Non solo, ma i dubbi sull'opportunità dell'aggancio per macroarea al processo speciale del lavoro e la poca incidenza dello strumento deflattivo di conciliazione, rispetto alle peculiarità del rito, deve cogliersi, a giudizio di chi scrive, nell'emersione di un dato che va in controtendenza rispetto a questa novità normativa e che è contenuto nel progetto di legge sui lavori usuranti, oggi ancora in itinere, ove il contenzioso lavoristico viene sottratto al tentativo preventivo di conciliazione (cfr. Maciocchi, *ibidem*).

Lo spostamento dell'attenzione del legislatore dall'affermazione della regola al conflitto vivente delle parti che ne sono portatrici deve comunque sorreggere la spinta verso la cultura conciliativa. La sua diffusione deve accogliersi con favore e va incoraggiata incrementando, con senso di responsabilità di noi magistrati, anche la conciliazione endo-processuale, motivando le parti e supportandole, a contenzioso già iniziato, a cercare nella conciliazione una risposta soddisfacente alla domanda di giustizia, così come previsto dall'art. 5, secondo comma, dello schema

di decreto in esame, secondo il quale il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può inoltre, in qualunque momento, invitare le parti con ordinanza a procedere alla mediazione.

Dobbiamo seriamente sperare che questa forma di invito non diventi, svuotandone il contenuto deflattivo e di responsabilità, un puro e semplice rinvio endo-processuale, di scansione burocratica e di "pausa" del processo, destinato a riempire solo il contenuto della programmazione del lavoro del giudice.

Il senso di responsabilità nella gestione dei tempi del processo deve, piuttosto, spingerci ad effettuare l'invito su di un tema decisivo già depurato, da realizzarsi, innanzitutto, con un serio ed approfondito uso dell'interrogatorio libero, con un'efficace spinta all'eliminazione di temi incontroversi e, soprattutto, con il governo del principio di non contestazione, ora introdotto nel nostro ordinamento come strumento formale di fissazione delle aree di effettiva contestazione.

Questo approccio alla conciliazione endo-processuale sembra indispensabile perché l'ennesima riforma non dia luogo ai soliti cascami da ipertrofia processuale, compresa la questione della sorte da riservare al mancato avvertimento-notizia della possibilità o dell'obbligo di ricorrere alla mediazione da parte del legale al cliente.

In proposito il testo approvato in via definitiva ha rinunciato a creare un'ennesima superfetazione in materia di nullità, eliminando la fattispecie, prevista nel testo originario, di nullità-sanzione del contratto fra legale assistito e cliente, nel caso di omissione della clausola di avvertimento diretta al cliente circa la possibilità di accedere alla conciliazione (art. 4 ultimo comma schema decreto).

Vi è da dire che, in effetti, l'ipotesi anzidetta era stata subito criticata dal mondo accademico che sottolineava il pericolo di traslare sulle parti in causa il rischio della nullità, affermando che sarebbe stato più ragionevole affidare la soluzione ai principi contenuti nell'art. 2231, primo comma c.c. (Berlinguer, in Guida al Diritto, cit., p.10).

Il legislatore delegato si è infine convinto a mitigare lo spauracchio della nullità nello stato morbosissimo e curabile dell'annullabilità, anche se il

ceto professionale e la stessa Commissione Giustizia del Senato, nell'approvazione del parere, avevano indicato la possibile via dell'illecito disciplinare, come pure suggerito dal CNF.

Nel contempo si è dato maggiore spazio ai poteri-obblighi informativi del legale nei confronti del cliente, spostando in avanti l'informativa obbligatoria circa l'obbligo ovvero la facoltà di ricorrere alla mediazione-conciliazione, non più al momento del primo colloquio ma al momento del conferimento dell'incarico.

7. Qualche dubbio sorge sull'inquadramento ed il ruolo dei c.d. conciliatori ausiliari.

Queste figure di supporto sarebbero chiamate a fornire un contributo di competenze tecniche specifiche, indispensabili a supportare la conciliazione – si pensi alle cause in materia di risarcimento del danno da responsabilità medica – dall'articolo 8, comma uno del decreto in esame.

Dal testo approvato non emerge però, in modo chiaro, quale debba essere la loro formazione o competenza professionale: sembrano figure diverse rispetto ai consulenti tecnici iscritti agli albi dei Tribunali che, secondo il testo, pure potrebbero, come ipotesi residuale, coadiuvare il conciliatore.

È un fatto, tuttavia, che per effetto della già richiamata delocalizzazione dell'organismo rispetto al giudice naturale del contenzioso, non si comprende dall'albo di quale Tribunale territorialmente competente i consulenti tecnici dovrebbero essere scelti.

A tale proposito il Csm nel suo parere ha parlato di pregiudizio alla terzietà ed imparzialità del conciliatore, invitando il legislatore delegato ad un approfondimento dei criteri di competenza territoriale dell'organismo con norma di rango primario.

Anche qui dunque il rischio di creare "zone franche", cooptando mediatori ausiliari o consulenti tecnici di questo o quell'organismo che si è accaparrato clientela in quale che sia area nazionale, appare molto serio, perché non sembra esistere un collegamento territoriale tra Albo dei Consulenti presso ciascun Tribunale competente per territorio e organismo conciliativo, soprattutto allorché siano in gioco interessi finanziari vicini alle grandi banche e compagnie assicuratrici.

Ora è facile prevedere, senza evocare specifici scenari apocalittici, che cosa avverrà, attraverso questo meccanismo, nell'area introdotta, last minute, di contenzioso dei risarcimenti danni da circolazione dei veicoli e dei natanti.

8. Un discorso a parte merita, infine, il trattamento riservato alla formazione dei futuri conciliatori (art. 16) dovendosi registrare (se i decreti ministeriali attuativi ora vigenti non verranno rivisitati, visto che per l'emanazione di tutta la formazione secondaria necessaria, nulla è previsto quanto ai tempi, come stigmatizzato, sul punto, dal parere reso dal CSM) l'esclusione della magistratura – non in pensione – da ogni contributo sulla diffusione della cultura della mediazione, essendo consentito l'insegnamento, appunto, solo ai magistrati che si trovino in quiescenza.

Effettivamente, già nella legge delega si era optato per un modello conciliativo prevalentemente di estrazione forense, pur lasciando inalterati i criteri originari contenuti nella formazione coeva all'oggi defunto rito societario che, anche attraverso una normativa di dettaglio contenuta nei decreti ministeriali, limitava e limita la possibilità di divenire mediatori agli avvocati con almeno 15 anni d'iscrizione all'albo o con una provata formazione ad hoc, escludendo i magistrati dalla possibilità di dare un contributo didattico alla diffusione della cultura mediativa.

Infatti, nei decreti ministeriali già attuativi dell'oggi ripudiata riforma del rito societario, ma tuttora in vigore, solo i magistrati in pensione potevano e possono partecipare all'attività mediativa ed anche, inspiegabilmente, all'attività didattica.

Orbene, considerato che oggi si parla di un'ulteriore elevazione dell'età pensionabile a 78 anni, sia pure limitatamente a determinate figure di vertice della magistratura, è facile concludere che un contributo di esperienza che essa, con riferimento all'esperienza già acquisita in tema di conciliazione endo-processuale, poteva dare, sembra rinviato a fenomeni di metempsicosi.

Eppure, come segnalato più volte, anche da chi scrive, la direttiva europea – è vero, successiva all'emanazione dei decreti ministeriali finalizzati alla formazione dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore e per la didattica – prevede esplicitamente la possibilità per ciascun paese di creare delle sezioni specializzate di magistrati dediti alla sola conciliazione, all'interno di ciascun ufficio giudiziario ovvero, come segnalato dal parere CSM del 3 febbraio 2010, supportando il giudice con un mediatore nella conciliazione endo-processuale.

Se dunque questa opportunità non sarà colta, anche la conciliazione endo-processuale rischia di rimanere un contenitore vuoto e l'esperienza "di ritorno" della didattica una specie di competenza di nicchia.

Forse un ripensamento è ancora possibile oggi, rimeditando gli spazi ancora possibili di un nuovo contributo all'effettività dello strumento mediatizio, attraverso l'articolo 16 del decreto legislativo in commento, ed anche le previsioni tabellari possono contemplare le istituzioni di sezioni ad hoc, come del resto si fa in ogni parte d'Europa.

Insomma, tutti i ceti professionali e la magistratura devono essere messi in condizione di dare un contributo culturale e attivo, considerato che lo strumento della conciliazione societaria estendeva alla figura del "professionista", sia o meno avvocato purché formato con apposito corso, l'inserimento nello sforzo deflativo, come indispensabile risorsa in un ambito virtuoso di presidio e collaborazione con la giurisdizione, senza percorsi formativi imposti dalle emergenze delle occasioni professionali mancate e da scenari da legislazione post-statuale.

DONATELLA SALARI
Giudice del Tribunale di Roma

* * *

1. Da una lettura, a caldo, dello schema di decreto legislativo delegato, sembra emergere una figura un po' ambigua di conciliatore "giustiziere", modello nuovo e piuttosto incongruente rispetto alle caratteristiche proprie del mediatore, facilitatore nel raggiungimento dell'accordo.

Il nuovo testo risulta migliorato sul punto, visto che il conciliatore, oggi, può formulare una proposta di accordo, a sua discrezione ovvero su richiesta concorde delle parti. Nel progetto originario, invece, si prevedeva la proposta obbligatoria del mediatore, con la sua formulazione previa richiesta delle parti ed in caso di mancato accordo tra le stesse.

Diversamente, ci saremmo trovati dinanzi ad un terzo, non più neutrale, che avrebbe offerto un giudizio personale su come dirimere una controversia tra le parti.

L'ambiguità poteva, infatti, avere una ricaduta seria, che si nascondeva nella possibilità che la proposta conciliativa potesse affrancarsi dai principi giuridici che presidiano il contenzioso ordinario.

È comunque evidente che la proposta di accordo del conciliatore, sia pur chiesta da entrambe le parti ed in caso di mancato accordo tra le stesse, non deve spostare l'asse della mediazione dal principio di au-

torevolezza del conciliatore a quello di autoritarismo, incentivando il conciliatore a chiudere, comunque, il contenzioso, anche con proposte poco mediate e molto personalizzate.

Chiunque, infatti, si sia occupato seriamente di mediazione sa bene che senza la collaborazione delle parti nessuna utile conciliazione è possibile e che inoltre può ben verificarsi il caso che i due contendenti non siano mediabili, puramente e semplicemente.

La pratica insegna, inoltre, che, solitamente, vi è una fase della conciliazione in cui le parti affrontano il conflitto anche con toni aspri e l'abilità del conciliatore consiste, in tal caso, nel ricondurre le parti al dialogo e non certo nell'imporre una soluzione che potrebbe avere il sapore della sconfitta per una o entrambe le parti.

Di conseguenza l'abilità e la persuasione del mediatore non devono essere usate come armi contro le parti: da ciò consegue che il mediatore deve operare al servizio delle parti e non deve essere lusingato dalla possibilità di proporre accordi "arbitrari" sia pur chiesti da entrambe le parti.

2. L'obbligatorietà su aree di contenzioso così vaste ed eterogenee contiene un possibile rischio di compressione del diritto di difesa: si pensi all'area di risarcimento del danno per responsabilità professionale, in cui sono in gioco valutazioni di ampio contenuto tecnico e di forte elaborazione motivazionale.

Pur non volendo sposare la posizione fortemente critica assunta già da alcuni settori dell'avvocatura che hanno parlato di scelte di basso profilo costituzionale in settori quali banche e assicurazioni, malpractice sanitaria, ossia settori che mettono in gioco momenti di possibili disuguaglianze del singolo rispetto ai grandi apparati e corporazioni, è evidente che la figura del mediatore è cruciale nella conduzione della conciliazione e nei suoi possibili risultati volti all'accordo.

In ogni caso, introdurre, anche se non in via sperimentale come pure si poteva fare, la conciliazione/mediazione su alcune materie costituisce una novità positiva, soprattutto perché il Legislatore ha pensato a tecniche della mediazione che divergono totalmente dalla conciliazione obbligatoria del rito del lavoro.

3. Se il modello da seguire è proprio della mediazione ed i mediatori che svolgeranno tale attività saranno coloro che seguiranno un apposi-

to corso di tecniche di mediazione, la sfida dello strumento e della sua capacità dirimente e satisfattiva per le parti potrà essere esercitata a tutto tondo, soprattutto per uno strumento che deve rispondere anche ad esigenze deflattive della domanda insoddisfatta di giustizia.

Su questo punto la stessa Commissione Giustizia alla Camera aveva espresso parere favorevole sia pure condizionato ad una serie di garanzie che, a presidio dell'imparzialità e terzietà, si appuntavano sul momento formativo della professione di conciliatore.

Secondo l'organo parlamentare era lo stesso decreto delegato, dunque, attraverso una norma di rango primario che doveva fissare una disciplina di principio relativa ai requisiti di garanzia di elevati livelli di formazione, competenza tecnica e imparzialità del mediatore, oltre che degli organismi a ciò deputati.

Dunque si era consapevoli che questi ultimi aspetti non potevano essere normati con semplici decreti ministeriali, tra l'altro redatti all'epoca (2004) per la sola conciliazione societaria.

4. In merito all'inversione del principio di ripetibilità delle spese poste a carico del vincitore che ha rifiutato la proposta conciliativa che potrebbe coincidere con la soluzione che sarà adottata all'esito del giudizio in contenzioso, si apre un altro dilemma, spiace dirlo, tutto italiano.

Si sa, infatti, che l'approccio dilatorio nella definizione dei contenziosi è spesso appannaggio della parte più forte e "maliziosa", di conseguenza, il Legislatore, in modo pragmatico, ha previsto la possibilità di eliminare le spese processuali anche in caso di vittoria nel giudizio contenzioso.

Questo approccio, però, aumenta il rischio di un forte condizionamento del conciliatore "despota" il quale, tradendo lo spirito della direttiva comunitaria che privilegia innanzitutto la libertà negoziale e la parità delle parti nel procedimento di mediazione, potrebbe imporre il proprio punto di vista, agitando lo spettro della soccombenza c.d. invertita.

In sostanza, il Legislatore non sembra privilegiare la mediazione facilitativa, con la quale sono le stesse parti, nelle loro aspettative e nel loro investimento di energie, a trovare l'accordo attraverso il dialogo a triangolazione con il conciliatore.

Viceversa, qui emerge la figura un po' ibrida di un mediatore valuta-

tivo, che potrebbe, pur di arrivare alla proposta, affrancarsi da ciò che le parti spontaneamente mettono “sul piatto” della conciliazione.

In proposito, chiunque abbia qualche rudimento in materia di tecnica di conciliazione sa bene che uno dei segreti del conciliatore facilitativo è quello di “allargare la torta”, agevolando la composizione del conflitto.

Questa possibile deriva della mediazione verso sponde di ingenua prevaricazione può portare a dei risultati non certamente positivi.

Per intenderci, ecco un esempio tratto dalla letteratura americana in materia: due fratelli che non si parlano hanno in eredità un’arancia, la scelta più semplice e più equa che il mediatore potrebbe suggerire è dare metà arancia a ciascuno dei fratelli.

Se il mediatore, però, si attenesse e seguisse i bisogni dei due fratelli, verrebbe a conoscenza che ad uno non piace la polpa dell’arancia ma ama la buccia con la quale fa le torte e all’altro piace mangiare la polpa. La soluzione finale, seguendo i bisogni dei fratelli sarà che uno prende tutta la polpa e l’altro tutta la buccia, con l’ovvia conseguenza che i desideri dei due fratelli saranno totalmente soddisfatti.

Quale è, nei termini appena esemplificati, un epilogo poco felice di questo nuovo modello di conciliazione: se i due fratelli parlano poco dinanzi al mediatore perché non facilitati a farlo, oppure se il mediatore con la sua autorità propone metà arancia a testa, vuol dire che esso offrirà una soluzione non soddisfacente, con la probabile opzione delle vie legali...

Sembrirebbe, dunque, che il Legislatore, sia pur dicendo che la richiesta della proposta di accordo del mediatore deve essere congiunta, voglia far emergere un principio importante, ossia che il successo della conciliazione è legato soprattutto all’abilità del conciliatore.

Qualche perplessità emerge anche dalla lettura del decreto in commento in relazione alla previsione di un collegio di mediatori.

Anche questa superfetazione contiene già in sé un ulteriore possibile allontanamento dall’idea originaria di mediazione contenuta nella direttiva comunitaria, dove si prevedeva una figura professionale di facilitatore nella composizione di una controversia.

Peraltro, si noti che non è previsto il numero massimo che deve comporre il collegio dei mediatori, apparendo un surrogato del collegio arbitrale, con ulteriori oneri di spesa.

Invece, appare utile, per alcune materie, l’intervento dei consulenti

tecnici, anche perché, nel momento in cui le parti dovessero chiedere una consulenza, assumendosene i relativi oneri economici, vorrebbe dire che già sta emergendo un accordo possibile.

5. Va rimarcato, poi, che le materie ricondotte nell'alveo della conciliazione c.d. obbligatoria meritavano, per il notevole tecnicismo che le contraddistingue, l'obbligatorietà dell'assistenza legale, quantomeno tenendo fermi i parametri di cui all'articolo 82 c.p.c., non fosse altro per il transito – eventuale – della proposta conciliativa nel processo ordinario, come segnalato dal parere reso dalla Camera con la Commissione Giustizia, per non pregiudicare proprio l'accesso alla giurisdizione.

L'eventuale assenza di professionisti accanto alle parti potrebbe pregiudicare la stessa diffusione dello strumento della mediazione, questo perché il legale, sia pur obbligato a diffondere la "novella" dello strumento conciliativo, potrebbe, contemporaneamente, nelle mura del proprio studio, denigrarlo e non spiegarlo bene al proprio cliente.

È incredibile che si sia normata l'obbligatorietà dello strumento conciliativo per alcune materie e non sia stata prevista l'assistenza dei legali che si vedono sottratti, in un momento storico, come è l'attuale, di crisi economica, ulteriori fette di mercato "concorrenziale".

È evidente che occorre riflettere sull'assunzione di responsabilità di chi la conciliazione governa, responsabilità certo meglio presidiata dal vincolo di riservatezza, probità e diligenza del professionista piuttosto che, allo stato, dal fumoso profilo del conciliatore governato da regole ancora tutte da scrivere.

Non solo, ma anche dal mondo accademico si sono levate voci critiche che stigmatizzano la sovrapposizione dei requisiti richiesti per svolgere l'attività professionale di conciliazione invece pensata, in origine, per il solo rito societario.

6. In merito alla formazione dei conciliatori, sarà utile prevedere nei relativi regolamenti attuativi, varie figure professionali, che possano includere ad esempio anche esperti di tecniche di comunicazione, evitando di reinserire paletti incomprensibili che fanno leva sul criterio di anzianità nella formazione e nella didattica.

Sotto questo aspetto, il paradosso che deriva dai regolamenti collegati alla conciliazione societaria è il seguente: mantenendo inalterata l'originaria disciplina della conciliazione societaria ed i decreti ministeriali

attuativi (D.Lgs. n. 5 e 6 /2003 e D.M. n.222/2004, n. 223/2004) può essere formatore un insegnante di diritto presso un liceo, che potrebbe non avere alcuna esperienza di cultura conciliativa, laddove la stessa attività sembrerebbe preclusa ad un esperto della materia che invece ha svolto attività conciliativa.

In relazione alla previsione dell'albo dei formatori, nei futuri regolamenti attuativi si potrà fare tesoro delle esperienze già acquisite, prefigurando una linea guida più articolata ed innovativa, rispetto a quanto previsto nei regolamenti della conciliazione societaria a cui, invece, almeno transitoriamente, il decreto rinvia.

Insomma, se prevarrà un simile approccio burocratico al problema della qualificazione professionale extra forense, anche questa volta la formazione ne uscirà perdente.

DORIANA CHIANESE
Avvocato del Foro di Roma

