

Relazione in riferimento agli emendamenti al d.lgs. n. 28/2010

1. *Scopo e filosofia delle modifiche*

Il quadro delle ADR non aggiudicative è in Italia assai frastagliato, prevedendosi, in disposizioni a volte molte specifiche e a volte più generiche, diverse vie negoziali, o comunque stragiudiziali, collegate a diverse tipologie di controversie. In questa sede si poteva ambire ad un progetto più ampio, che avesse come prospettiva l'approntamento di un testo unico relativo a tutte le ADR non aggiudicative. Invece, si è scelta una prospettiva più limitata, guardando alla sola mediazione ed, oltretutto, operando con la tecnica degli emendamenti a un articolato già esistente, senza riscrivere del tutto il testo del d.lgs. n. 28/2010.

Questa scelta si fonda su tre ragioni, due delle quali di carattere generale ed una in riferimento specifico alla mediazione.

La prima: certamente quello della mediazione è il percorso più importante nell'ambito delle c.d. ADR non aggiudicative. La seconda: l'approntamento di un testo unico esigerebbe un grande e lungo lavoro di ricucitura e ripensamenti, che non sembra calarsi nel momento giusto, data la situazione che il Paese sta affrontando.

La ragione specifica, relativa alla mediazione in particolare, è ispirata ad una logica, per così dire, minimale: sembra opportuno approntare modifiche essenzialmente guardando a questioni e dubbi che la prassi delle mediazioni ha fatto emergere in questi anni.

Svolte queste premesse, si vuole qui sottolineare la necessità di un cambio di visione rispetto all'uso della mediazione. Dieci anni fa lo strumento fu introdotto ed imposto come condizione di procedibilità *ope legis* in una serie di materie, che si riteneva più utile considerare in tale contesto, anche, se non forse soprattutto, con l'occhio rivolto alla necessità di sgravare la giurisdizione statale da un eccesso di carico di lavoro. Inoltre, l'imposizione aveva anche lo scopo di far conoscere una forma alternativa di soluzione delle liti civili, insomma di allargare la cultura e gli "attrezzi" a disposizione degli operatori pratici.

La sperimentazione, pur non avendo avuto gli esiti sperati, ha tuttavia centrato almeno l'obiettivo di allargare gli orizzonti degli strumenti operanti nell'ambito della giustizia civile. Resta la convinzione che l'uso delle tecniche negoziali, con l'ausilio di un esperto in esse che non comandi, ma che aiuti le parti litiganti a trovare da sé il loro (auto)comando, sia di fondamentale importanza in una buona ed equilibrata gestione del contenzioso civile.

Ma, il cambio di prospettiva ora urge ed esso si fonda essenzialmente sull'idea che la mediazione debba essere vista più come via per trovare nel caso concreto una soluzione della lite migliore di quella giurisdizionale, per la sua rapidità e per la sua corrispondenza agli interessi dei litiganti. Idea, questa, che porta inevitabilmente con sé la conseguenza di valorizzare due aspetti: la necessità di legare la scelta appunto al caso concreto, più che a previsioni astratte e aprioristiche del legislatore, e la necessità assolutamente imprescindibile di garantire un percorso di effettivo dialogo. Un dialogo che non è l'incrociarsi di poteri paritari al fine di influenzare il contenuto del comando di un terzo (il giudice) chiamato a decidere la controversia e, quindi, a rappresentare il culmine della divisione tra i litiganti, bensì è l'incontro, certamente paritario, di punti di vista diversi, affinché, aiutati da e non soggetti al potere di

normazione concreta di un terzo, si possa giungere a comporre il conflitto, piuttosto che a ripartire vincitori e vinti.

Soprattutto da questo punto di vista, se certamente non si può imporre una soluzione negoziale ai litiganti, si può, però, ragionevolmente imporre un dialogo effettivo, insomma una leale collaborazione per un tentativo seriamente perseguito, essendo del tutto irragionevole che le parti di un conflitto siano obbligate ad assolvere una condizione che, se vuole legittimamente incidere sulle modalità di esercizio dei diritti di azione e difesa, non può assolutamente ridursi ad un vuoto passaggio formale e burocratico. Condizionamenti di questo genere sono accettabili, anche nei suoi costi economici, non solo se la loro disciplina rimane nei binari tracciati dalla nostra Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia UE, ma anche se essi siano strutturati in modo da poter essere utili ai singoli e, quindi, alla collettività.

2. Art. 5, comma 1-bis

Abbandonando la tecnica dell'elencazione di materie nelle quali sia imposta la condizione di procedibilità, posta l'incerta ragionevolezza delle scelte in astratto proponibili dal legislatore, si afferma in modo generale che la condizione è imposta in ogni controversia civile, con l'ovvio limite, inevitabile in riferimento ad ogni tipo di ADR, della disponibilità del diritto in gioco. Quindi, si afferma che in linea di principio in ogni controversia avente un oggetto non indisponibile possa essere utile tentare una soluzione negoziale prima di rivolgersi alla giustizia statale.

Peraltro, non toccandosi le previsioni attinenti ad altre ADR non aggiudicative, si specifica che, quando in riferimento ad una certa lite sarebbero in astratto possibili percorsi diversi, la condizione è assolta quando ne sia scelto uno tra di essi, onde evitare il rischio di sovrapposizioni ed inutili appesantimenti.

Fissato il principio generale, sovviene la responsabilità delle parti e la necessità che il tentativo sia comunque gestito in un dialogo effettivo.

Sottratto al giudice il potere-dovere di rilevare la relativa eccezione, ove la mediazione non sia stata espletata prima dell'instaurazione della lite, la detta eccezione è lasciata alla responsabilità del convenuto, la cui scelta di utilizzarla deve essere tempestiva ed animata da buona fede.

In primo luogo è fissato il principio per cui buona fede e lealtà devono caratterizzare i comportamenti delle parti in ogni caso. È citata la preferenza per la partecipazione personale delle parti, perché un dialogo esige appunto la presenza di coloro i cui interessi sono in gioco. Ma, non è tralasciata la possibilità di farsi rappresentare da procuratori. Tale eventualità non può essere esclusa per una ragione giuridica ed una pratica. La ragione giuridica affonda le sue radici nel principio generale per cui ogni persona può certamente farsi rappresentare da altra di cui ha fiducia nella gestione di una trattativa negoziale. La ragione pratica emerge in una serie di situazioni nelle quali, magari per la pluralità delle parti coinvolte o per impossibilità concrete di vario genere, sarebbe del tutto irragionevole impedire ad un interessato di farsi rappresentare da una persona di fiducia, imponendogli una presenza personale gravosa, se non impossibile, ed in definitiva non necessariamente utile alla gestione di un dialogo effettivo.

Insomma la necessità di assicurare la serietà del dialogo non passa dal divieto di rappresentanza: quella serietà può essere garantita con la presenza di procuratori, come, del resto, quella serietà può mancare anche con la presenza personale delle parti.

Poi, il principio è declinato diversamente a seconda che si assuma la prospettiva dell'attore ovvero del convenuto.

Rispetto all'attore resta la scelta della tecnica della condizione di procedibilità. La dottrina ha pur proposto in questi anni di sanzionare l'imposizione della mediazione con conseguenze economiche, ma sembra preferibile mantenere una sanzione che operi sul piano dei presupposti processuali, rendendo, quindi, la domanda non suscettibile di essere decisa nel merito ove la condizione non sia assolta.

Così, il giudice, rilevata l'eccezione tempestivamente da parte del convenuto, disporrà una dilazione di udienza per consentire l'assolvimento della condizione. È eliminato il riferimento ai 15 giorni, precedentemente indicato nella legge per la presentazione della domanda di mediazione, che tanto ha fatto discutere in ordine alla perentorietà o meno di esso, sembrando utile solo il rilievo per cui ciò che conta è che alla successiva udienza sia stata assolta la condizione, secondo i termini temporali previsti.

E' meglio specificato il modo in cui la condizione può essere considerata assolta, distinguendosi a seconda che l'attore si sia o meno attivato per instaurare il procedimento di mediazione. Se l'attore non si è attivato o si è attivato tardivamente, certamente il giudice rigetterà in rito la domanda. Se, invece, egli si è attivato, ma senza garantire una sua effettiva partecipazione, il giudice gli darà una seconda possibilità, all'esito negativo della quale, si giungerà ancora al rigetto in rito della domanda giudiziale.

Qui è anche specificato il tipo di provvedimento che il giudice deve pronunciare, che certamente si risolve in una sentenza di rigetto in rito, con tutte le conseguenze formali e rimediali dovute, differenziandosi questo esito da quello che è, invece, previsto, in riferimento alla mediazione imposta *ope iudicis*, che sarà poi spiegato nell'analisi del successivo comma 2.

Quanto al convenuto, il suo obbligo di leale ed effettiva partecipazione al percorso di mediazione, è sanzionato a livello economico. Sparisce la squalificazione del comportamento poco collaborativo secondo lo strumento dell'argomento di prova, per la dubbia consistenza processuale di un simile strumento ed anche per l'irragionevole considerazione in tali termini di un comportamento non collaborativo tenuto al di fuori del processo, oltretutto in un sistema, quale è il nostro, nel quale per la contumacia nel processo non è prevista alcuna sanzione.

La sanzione economica è certamente da irrogare al convenuto non collaborativo in mediazione ove a questa si sia arrivati a seguito della sua eccezione processuale, perché evidentemente il convenuto in tal caso sarà sanzionato per la violazione di un obbligo di lealtà verificatasi innanzitutto nel processo (si argomenta dagli articoli 88 e 92, 1° comma, c.p.c.), avendo egli rilevato un'eccezione in mala fede. Quando, invece, il procedimento di mediazione è stato instaurato dall'attore, o meglio da colui che poi assumerà tale veste, prima dell'instaurazione del processo, l'obbligo di leale partecipazione in capo al (futuro) convenuto certamente resta, ma la sua sanzione sarà nella discrezionalità del giudice.

Resta l'esclusione della condizione in riferimento alle azioni collettive e di classe.

Si chiarisce il dubbio in riferimento alle domande proposte nel processo ulteriori a quelle originarie, escludendo per queste l'operatività della condizione.

3. Art. 5, comma 2

Assolto il giudice dall'obbligo di rilevare l'eccezione processuale per il fatto che la mediazione imposta *ope legis* non sia stata preventivamente svolta, il ruolo e la responsabilità del giudicante emergono con forza nella valutazione del caso concreto.

Qui si gioca gran parte dello spazio che la mediazione può concretamente avere e del suo contributo alla buona gestione del contenzioso. Del resto, anche se in astratto non vi sono impedimenti, è evidente come in concreto lo spazio per una mediazione legata al caso concreto rischi di perdere terreno ove si esageri il ruolo della mediazione imposta per legge.

Il potere del giudice è chiaramente da ricondurre al generale potere di direzione di cui all'art. 175 c.p.c. Ed esso va esercitato nel dialogo con le parti e con l'occhio rivolto, non allo sgravio di lavoro, bensì alla ricerca della miglior soluzione possibile nell'interesse delle parti e, di conseguenza, della giustizia.

Anche nella mediazione imposta dal giudice restano gli obblighi di leale collaborazione delle parti, con le relative sanzioni di sopra già specificate.

Inoltre, è chiarito il regime del provvedimento assunto dal giudice in caso di "disubbidienza" delle parti, che è visto tecnicamente come un provvedimento di estinzione, con tutte le conseguenze formali e rimediali del caso. Scelta, questa, che può chiarire anche la situazione che, in ipotesi, potrebbe venire a crearsi in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, sulla vedi si veda poi *sub* comma 4.

4. Art. 5, comma 2-bis

È eliminata la precedente disposizione che, nello stabilire il modo in cui la condizione poteva essere assolta, finiva per attribuire al passaggio in mediazione un ruolo meramente formale. Invero, alla luce del presente articolato, come visto sopra, il dialogo negoziale dovrà essere effettivo e lealmente condotto.

Il comma è riscritto guardando al problema della trascrizione della domanda di mediazione, prevedendosene la possibilità, con il conseguente effetto prenotativo sia rispetto all'eventuale accordo conciliativo sia, in caso di fallimento del tentativo, rispetto alla successiva domanda giudiziale.

Ovviamente la disposizione è concretamente applicabile ed utile ove vi sia coincidenza di oggetto tra la domanda di mediazione, per un verso, e gli atti successivi ipotizzabili: l'accordo o la domanda giudiziale.

5. Art. 5, comma 4

È eliminata alla radice ogni discussione in ordine all'onere della condizione in sede di procedimento per ingiunzione. Come noto è stato molto discusso il problema, dividendosi il campo tra coloro che hanno ritenuto l'onere a carico dell'opponente e coloro che, invece, hanno ritenuto l'onere in capo al creditore opposto. La Corte di cassazione ha scelto la prima soluzione in base ad una serie di motivazioni non del tutto condivise da tanti operatori. L'estrema discutibilità della questione suggerisce di eliminare la previsione della condizione *ope legis* in questo contesto.

Resta certamente il potere del giudice di disporre il tentativo di mediazione, traendone l'opportunità dalle circostanze del caso, provvedimento il cui mancato rispetto è sanzionato con l'estinzione del giudizio di opposizione e, quindi, con conseguente stabilizzazione del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 653, 1° comma, c.p.c.

6. Art. 8

È estremamente semplificata la disciplina del procedimento di mediazione.

È eliminata la disciplina specifica del primo incontro, che sembra ormai inutile, anche alla luce dell'affermato principio di effettività del dialogo negoziale.

È eliminato l'uso del c.d. argomento di prova per sanzionare un comportamento non collaborativo nonché le sanzioni economiche, posto che la questione viene rivista totalmente nell'ambito del su citato art. 5, comma 1-*bis*.

È eliminata la previsione dell'obbligo per le parti di farsi assistere da avvocati, in quanto ambiguo e comunque irragionevole.

Ambiguo perché è rimasto discutibile il campo di applicazione dell'obbligo ed anche le conseguenze della sua violazione. Irragionevole perché non si comprende come si possa imporre un simile obbligo nell'ambito di un'attività negoziale. Persino nell'ambito di un'attività stragiudiziale e pur sostanzialmente giurisdizionale, qual è quella che si svolge in arbitrato (rituale), un simile obbligo non sussiste.

Resta ovviamente il diritto per le parti di farsi assistere da avvocati, diritto che normalmente è esercitato dai litiganti, come emerge dalla prassi e come è naturale che sia. Oltretutto, alla luce dell'art. 12, resta l'importante conseguenza nella formazione del titolo esecutivo, che risulta indubbiamente facilitata dalla presenza degli avvocati, assolvendosi dall'onere della omologazione da parte del presidente del tribunale competente.

Infine si chiarisce che, in caso di controversie aventi al fondo una questione di particolare pregnanza tecnica, è possibile, non solo che l'organismo nomini uno o più mediatori ausiliari, come era già previsto, ma anche che il mediatore nominato si avvalga propriamente di un C.T. Resta, allora, implicito che una perizia svolta in questo contesto, ove il percorso non giunga ad un accordo conciliativo, ben potrà essere spesa nel successivo processo statale, con un valore che non è diverso da quello di una C.T.U. espletata in un contesto giudiziario, sia prima del processo sia a processo pendente, posto che l'opera di un perito sfocia pur sempre, e solo, in un consiglio per il giudice chiamato a decidere la lite.

Non viene, invece, fatta una scelta a livello di legge in ordine alle modalità di decisione ed espletamento della perizia, con particolare riguardo al problema della gestione dei costi e della disciplina del contraddittorio tra le parti, ritenendosi più opportuno lasciare spazio ai regolamenti degli organismi. Anche da questo punto di vista giocherà la competizione tra di essi sul mercato dei potenziali utenti del servizio.

7. Valutazione finale

La scelta di operare in termini “minimali” non dimentica la necessità di mantenere nel sistema un utilissimo strumento di soluzione dei conflitti. Il d.lgs. n. 28/2010, già ritoccato in anni passati, ha bisogno di un *restyling*, che, partendo dall’osservazione onesta di ciò che la prassi ci ha offerto, punti ad un potenziamento proficuo nell’uso dello strumento.

Certamente la grande esperienza degli organismi deve continuare ed essere messa a frutto. Si potrebbe anche ipotizzare un allargamento della platea dei possibili mediatori, lasciando ad ogni interessato la possibilità di mettere a disposizione della collettività una sua professionalità. Del resto, anche negli arbitrati si suole distinguere tra quelli c.d. *ad hoc* e quelli amministrati, peraltro da soggetti non accreditati. Per cui, in astratto, si potrebbe anche ritenere poco comprensibile la scelta di affidare la mediazione unicamente alla gestione di organismi organizzati e necessariamente accreditati.

Ma non sembra il momento di rivedere questo aspetto ed, anzi, si resta convinti del fatto che il lavoro svolto da organismi ormai da tempo esistenti possa e debba ancora essere messo a disposizione della collettività. Magari auspicando una loro specializzazione, auspicio che, però, non merita di ricevere riconoscimento a livello di previsioni legislative, dovendo su questo piano giocare liberamente le forze della competizioni.

È necessario che nel sistema legislativo, per così dire, si aggiusti il tiro rispetto alla prospettiva di dieci anni fa, facendo tesoro dei pregi ma anche dei difetti delle scelte a suo tempo fatte dal legislatore. E tra tali difetti ve ne era uno addirittura ideologico: ritenere che le ADR non aggiudicative potessero e possano servire a sgravare i tribunali statali da un eccesso di lavoro. Questa è una prospettiva scollegata dalla realtà, perché vi sarà sempre una parte interessata a sfruttare maliziosamente le inefficienze della giurisdizione pubblica.