

Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti

Ilaria Pagni

Ordinario di diritto processuale civile nella Facoltà di giurisprudenza di Firenze, Mediatore

L'intervento è preceduto da una breve sintesi dei principali compiti dell'avvocato consulente in mediazione, alla luce del D.Lgs. 28/2010 e del D.M. 180/2010:

- 1) assistenza alla parte al momento della stipula di un contratto o della redazione di uno statuto: quando inserire la clausola di mediazione, quale organismo scegliere al momento della redazione della clausola; se scegliere il mediatore;
- 2) assistenza alla parte che deve introdurre il giudizio: come dare un'informativa effettiva; come valutare le specificità delle diverse controversie, nella tripartizione di massima tra materie dell'obbligatorietà (valutando, all'interno di queste, le differenze tra i singoli gruppi di materie), controversie "consumeristiche", distinguendo quelle in materia di TLC, da quelle in tema di contratti assicurativi, da quelle in tema di contratti bancari e finanziari, e, infine, controversie tra imprese e controversie "societarie"; come scegliere, quando non è prevista l'obbligatorietà del tentativo, se accedere o meno alla mediazione; come scegliere l'organismo, nelle controversie a tentativo obbligatorio, se la scelta non è stata effettuata a monte, con la redazione di una clausola di mediazione; come valutare il regolamento dell'organismo, nei contenuti facoltativi e obbligatori previsti dal D.M. 180/2010;
- 3) introduzione del procedimento di mediazione: redazione della domanda di mediazione, esame dei profili della decadenza, prescrizione, usucapione ecc.; comunicazione della do-

manda di mediazione all'altra parte quando necessaria; valutazione della scelta se servirsi o meno anche di un consulente dotato di conoscenze "tecnico-scientifiche" quando occorra;

- 4) assistenza al destinatario della domanda di mediazione: valutazione dei rischi e delle opportunità di sedersi al tavolo della mediazione, e corrispondentemente valutazione dei rischi della mancata comparizione. Se e come è possibile evitare il rischio di essere chiamati presso organismi troppo lontani dalla propria sede, e tuttavia collegati per qualche profilo alla controversia;
- 5) nel procedimento di mediazione, la scelta se richiedere o meno un perito iscritto negli albi del Tribunale; se richiedere, e quando, la proposta; come valutare l'eventuale proposta; le regole relative alla riservatezza, e alla circolazione delle prove;
- 6) alla fine del procedimento di mediazione, la stesura del verbale, l'inserimento di eventuali clausole penali, decadenze dal beneficio del termine, *astreinte*; l'autografia delle parti, gli adempimenti ai fini della trascrizione e dell'omologa.

La mediazione nelle controversie civili e commerciali

Con l'emanazione del d.lgs. 19 febbraio 2010, n. 28, di attuazione della delega contemplata all'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, "*in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie ci-*

vili e commerciali”, il termine mediazione è entrato a pieno titolo nel nostro sistema, a designare, per quel che si legge all’art. 1 del decreto, *“l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”*; laddove invece alla conciliazione è riservato il significato dell’atto conclusivo, di *“composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*.

Il decreto legislativo ha inteso introdurre una disciplina organica della mediazione nella controversie civili e commerciali, aventi ad oggetto diritti disponibili, come imponeva al legislatore delegato la legge di riforma del processo civile del giugno 2009, che a propria volta rinviava alla normativa comunitaria (e perciò alle indicazioni contenute nella Direttiva n. 2008/52/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, emanata con l’obiettivo *“di facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*).

Senza trascurare la necessità che la tutela dei diritti, quando non vi sia spazio per la soluzione negoziale, sia *in ogni caso* garantita nelle forme dell’art. 24 Cost., il decreto ha valorizzato quella peculiare forma di risoluzione delle liti che consiste invece nel raggiungimento di un accordo. Una valorizzazione che, nei settori in cui non è prevista l’obbligatorietà del tentativo, è realizzata, come suggerisce la direttiva comunitaria, incoraggiando le parti, e i loro consulenti, a considerare la possibilità che, anziché introdurre subito il giudizio, si tenti prima di raggiungere un accordo bonario, avvalendosi dell’ausilio di un mediatore, terzo e imparziale, perché questi può colmare la distanza tra le posizioni dei litiganti, individuando, attraverso colloqui separati con ciascuno di essi, i possibili punti d’incontro delle volontà.

L’*“incoraggiamento”* si trasforma, con riferimento a determinate materie (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), nell’imposizione di un *obbligo a tentare* la conciliazione, ovviamente lasciando liberi i contendenti di

non addivenire alla composizione della lite, ove non ve ne sia lo spazio, e salve le ricadute sul processo successivamente intentato che, secondo quanto dispone l’art. 13, possono discendere dalla formulazione di una proposta, da parte del conciliatore, che le parti non accettino.

Sul punto dei rapporti tra mediazione e processo, e sul significato che ha l’affermazione del legislatore comunitario, ripresa da quello nazionale, per cui l’obiettivo di semplificare e migliorare l’accesso alla giustizia si raggiunge anche attraverso l’introduzione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, bisogna intendersi.

Per quanto sia da condividere la considerazione che la diffusione dello strumento conciliativo non abbia semplicemente funzione deflattiva, ma sia complementare al processo, perché, da un lato, contenendo l’abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, favorisce la sollecita amministrazione della giustizia civile, dall’altro, e per converso, presuppone il buon funzionamento della stessa, dal momento che la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell’attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite,¹ il punto, a ben vedere, non è questo (o non è solo questo).

Il punto è che mediazione e processo si muovono su piani *completamente diversi*, che non interferiscono tra loro a patto che la mediazione, quando è prevista l’obbligatorietà del tentativo, non rappresenti un ostacolo all’esercizio dei diritti in gioco.²

E’ necessario, infatti, non confondere il piano del

¹ V., per tutti, D. DALFINO, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Mediazione, conciliazione e rapporti col processo*, in corso di pubblicazione su *Foro it.* 2010, ivi anche per ulteriori indicazioni sui primi commenti al decreto in esame.

² Cfr. Corte di Giustizia 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C 319/08 e C-320/08, Alassini, nella quale, con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori del servizio, la Corte ha precisato che *“il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta ad una normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l’unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l’urgenza della situazione lo impone”*.

diritto all'azione, e ad un rimedio effettivo, garantito dall'art. 24 Cost., e dalle norme sovranazionali (che è l'unico piano sul quale le parti debbono muoversi per provvedere alla tutela dei diritti violati, e che può essere sostituito, a certe condizioni, solo dal ricorso all'arbitrato), col piano della mediazione, che *non è rinuncia alla giurisdizione, o una giurisdizione di tono minore*,³ ma è semplicemente un modo attraverso il quale le parti, in presenza di una lite insorta o che stia per sorgere, risolvono la stessa (in una maniera che può essere coincidente, o diversa, non importa, da quella che deriverebbe dall'applicazione delle norme e dalla conseguente attribuzione del torto e della ragione), cercando un punto di equilibrio tra i propri interessi. Sono gli interessi, del resto, l'elemento che le parti tengono in considerazione nel momento in cui si siedono al tavolo delle trattative per stipulare un qualsiasi contratto: sicché l'unica differenza è che, in questo caso, essendovi già un conflitto tra le parti, viene istintivo pensare a quale sarebbe la soluzione cui arriverebbe il giudice, se, in luogo del contratto, si scegliesse la via della sentenza. Né imporre il tentativo di conciliazione, come accade nelle materie dell'art. 5 del decreto, di per sé modifica questa impostazione, per la considerazione, ovvia, che le parti sono libere di non raggiungere alcun accordo, non perdono le utilità del processo (perché la "domanda" di mediazione produce gli stessi effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione e sulla decadenza, salvo per l'ipotesi in cui quell'effetto debba operare anche nei confronti dei terzi – pensiamo all'interruzione dell'usucapione⁴ – nel qual caso occorrerà procedere

³ Tantomeno una "giurisdizione volontaria", come si legge nel parere della Commissione Giustizia della Camera, reso in data 20 gennaio 2010, dove, forse confondendo i termini con quanto indicato, peraltro anche là in modo improprio, con una traduzione non corretta, al punto 13 del Considerando della direttiva comunitaria 2008/52/CE (*"la mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento"*), si legge che *"il procedimento di mediazione si svolge[rebbe] – a parere della Commissione - secondo le forme dei procedimenti di volontaria giurisdizione"*.

⁴ Se da un lato, infatti, la previsione per cui gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione sono gli stessi della domanda giudiziale dovrebbe consentire il rispetto del principio per cui *"il rinvio dell'art. 1165 c.c. alle norme sulla prescrizione in generale e, in particolare, a quelle dettate in tema di sospensione ed interruzione, incontra il limite della compatibilità di queste con la natura stessa dell'usucapione, con la conseguenza che non è consentito attribuire efficacia interruttiva del possesso se non ad atti*

comunque alla trascrizione della domanda giudiziale, peraltro consentita espressamente dal decreto, all'art. 5, 3° comma), sono garantite dalla tenuta sul piano esecutivo dell'accordo, e il procedimento di mediazione – che non osta alla concessione di provvedimenti urgenti e cautelari – ha la durata contenuta prevista in quattro mesi, nel suo massimo, dall'art. 6, in ossequio all'indicazione della delega.⁵ Il decreto in commento si preoccupa di delineare compiutamente i rapporti col processo, non solo per

che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa, oppure ad atti giudiziali diretti ad ottenere ope iudicis la privazione del possesso nei confronti del possessore che usucapisce" (ex multis, Cass., sez. II, 19 giugno 2003, n. 9845, in *Dir. e giur.*, 2004, 97), dall'altro, però, le regole in tema di circolazione dei diritti fanno sì che con riferimento agli eventuali aventi causa occorra applicare le norme in tema di trascrizione che presuppongono la proposizione della domanda giudiziale, e perciò almeno la notifica della citazione, semmai successivamente non iscritta a ruolo.

⁵ E se è vero che il passaggio obbligato dalla mediazione può avere delle ricadute in termini di spese, questo è conseguenza non già dell'obbligatorietà del tentativo, bensì della scelta compiuta dal legislatore, in ciò parzialmente costretto dalla delega, nel prevedere, all'art. 13 del decreto (che peraltro riprende – se non altro migliorandolo, laddove fa riferimento alla necessità che vi sia corrispondenza *integrale* tra la proposta e la sentenza del giudice, e non richiede che vi sia un giustificato motivo nel rifiuto della proposta – il disposto dell'art. 91 c.p.c.), che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, e condannare la stessa al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, e nello stabilire che la proposta non venga formulata soltanto quando siano le parti a farne *concorde* richiesta al mediatore. La ragione di questa previsione è offerta, nella relazione illustrativa al decreto, nel fatto che si siano voluti introdurre meccanismi di incentivo alla mediazione, e si sia voluto dare una risposta all'eventualità – che sarebbe dimostrata dalla coincidenza tra il contenuto della proposta e il provvedimento che definisce il giudizio – che la giurisdizione venga *"impegnata per un risultato che il procedimento di mediazione avrebbe permesso di raggiungere in tempi molto più rapidi e meno dispendiosi"*. Il che è vero, in un'ottica di contenimento dei costi del sistema giustizia e di rafforzamento della serietà della mediazione, ma (per l'ipotesi in cui la proposta sia frutto dell'iniziativa del mediatore, e non della richiesta concorde delle parti) non toglie, da un lato, che, sul piano del diritto d'azione, si dovrebbe consentire comunque alla parte, che non voglia addivenire ad un accordo, di ricorrere senza penalizzazioni di alcun tipo al giudice per farsi dire quale sarebbe la risposta dell'ordinamento alla ritenuta lesione del proprio diritto; dall'altro, che, se la conclusione dell'accordo è rimessa alla libertà dei contraenti, questa libertà non dovrebbe essere limitata neppure mediante "sanzioni" volte a far pressione indiretta sulla volontà dei paciscenti.

quanto discende dalla previsione di una condizione di procedibilità rappresentata dal tentativo obbligatorio (da legge, da contratto o da statuto⁶), ma anche per ciò che attiene alla possibilità di una conciliazione “delegata”, immaginata dall’art. 5, 2° comma, come possibile anche una volta che la causa sia giunta in grado di appello.⁷ Per il resto, nel rinviare, per quanto attiene agli organismi di mediazione, al regime tributario e alle indennità, nonché alla formazione dei mediatori, al decreto attuativo recentemente emanato, il legislatore delegato tratteggia in poche norme (artt. 3, 4, 1° e 2° comma, 6, 8) un procedimento di mediazione destinato ad accogliere *tutte* le controversie civili e commerciali, aventi ad oggetto diritti di cui le parti possano disporre, in alternativa al quale, con riferimento alla materia dei

⁶ Operante, quest’ultimo, nella materia della cd. conciliazione societaria, che qui viene particolarmente in rilievo, e sulla quale v. *infra*, nel testo.

⁷ Per la verità non si tratta di una conciliazione delegata in senso tecnico, quale è quella affidata al consulente tecnico dalla legge o dal giudice, secondo quanto dispongono gli artt. 198 e 696-bis c.p.c., bensì di un “invito a procedere alla mediazione”, “*valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione, e il comportamento delle parti*”, che tiene conto del fatto che la Direttiva Comunitaria più volte ricordata contempla la possibilità che il procedimento di mediazione venga “*suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale*” (così all’art. 3), e stabilisce che “*l’organo giurisdizionale investito di una causa possa, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia*” e possa “*altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa*” sul ricorso a questo strumento di risoluzione delle controversie, “*se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili*” (così all’art. 5), ponendo agli Stati membri l’obiettivo minimo di fornire i tribunali di “*strumenti efficaci per promuovere attivamente l’utilizzo della mediazione*”, anche considerata la necessità di garantire “*un’equilibrata relazione tra la mediazione ed il procedimento giudiziario*”. Indicazione, questa, che si salda alla previsione contenuta nell’art. 60 della L. 18 giugno 2009, n. 69, in cui tra i principi della delega al Governo vi era quello di prevedere la possibilità che presso i tribunali siano istituiti organismi di conciliazione.

Per un esempio di attuazione *ante tempus* della previsione dell’art. 5, 2° comma, del decreto, e delle modalità con le quali i magistrati invitano le parti a procedere alla mediazione, v. il Progetto Nausicaa (www.progettonausicaa.it/), realizzato su iniziativa dell’Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze, della Facoltà di Giurisprudenza, della Camera di Commercio, dall’Organismo di Conciliazione di Firenze - OCF, e della Regione Toscana, e volto a sperimentare la “conciliazione delegata” (nel senso fatto proprio dal decreto) dagli uffici giudiziari in tutte le controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili, nel distretto della Corte d’Appello di Firenze.

contratti bancari, assicurativi e finanziari, compie la scelta di consentire il ricorso alle discipline specifiche già operanti nella materia in questione (il riferimento è al procedimento previsto dal D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, e a quello istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). Vengono inoltre fatte salve le norme che già prevedono tentativi obbligatori di conciliazione nei settori non contemplati dal decreto (così in materia di telecomunicazioni); inoltre, con riferimento alla conciliazione societaria, viene soppressa la disciplina contenuta negli artt. 38 ss. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, per essere riproposta in forma più generale, ma riportata ai termini previsti per tutte le controversie civili e commerciali dal decreto in commento, attraverso l’inserimento, nell’art. 5, 2° comma, di una previsione (simile, ma non identica, a quella contenuta nell’art. 40, 6° comma, del D.Lgs. 5/03), per la quale “*se lo statuto ovvero l’atto costitutivo dell’ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l’arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6*”.

Si ribadisce così, per le controversie “societarie” (tali dovendosi ritenere, in senso ampio - sulla scorta delle materie un tempo indicate dall’art. 1 D.Lgs. 5/03, oggi parzialmente abrogato⁸ - i rapporti societari, le azioni di responsabilità, il trasferimento delle partecipazioni sociali, i patti parasociali⁹), la facoltà

⁸ A seguito dell’emanazione della L. 18 giugno 2009, n. 69, dapprima, e del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, poi, sono state soppresse, com’è noto, tutte le norme che regolavano il rito societario e quelle in tema di conciliazione. Restano in vita, invece, le previsioni relative all’arbitrato societario, contenute negli artt. da 34 a 37 del decreto, e il cui ambito di applicazione dev’essere ricavato ancora dall’art. 1 del decreto, nonostante anche questa norma sia stata abrogata dall’art. 54, penult. comma, della L. 69/09.

⁹ La nozione di controversia societaria che si ricava dall’art. 1 del decreto oggi abrogato *in parte qua* deve intendersi in senso ampio, a ricomprendere ipotesi di conflitto tra soci - intendendo che la società sia espressione riassuntiva della collettività ed esprima perciò collettivamente i soci -, come conflitto *interno* alla società (nullità della società, impugnativa della delibera assembleare, esclusione del socio); tra soci, come conflitto per così dire *esterno* alla società (conflitti da patto parasociale, conflitti discendenti dalle vicende della circolazione delle quote, dove vi sia una clausola di prelazione nello statuto: per dirla con C. ANGELICI, *Le azioni*, in Commentario Schlesinger, *sub* art. 2355 cod. civ., Milano, 1992, 360 ss., part. 370, anche qui emerge un profilo

di inserire nello statuto una clausola con la quale l'eventuale azione in giudizio, o il giudizio arbitrale, dovranno essere preceduti dall'esperimento di un tentativo di conciliazione, la cui obbligatorietà è di origine convenzionale. Il tutto nella convinzione che in ipotesi come queste, in cui il rapporto tra le parti è destinato a protrarsi nel tempo, sia opportuno consentire che, attraverso la mediazione, i contendenti possano, non solo definire le questioni insorte, ma eventualmente anche procedere ad una ridefinizione della relazione tra essi corrente, in una prospettiva futura.

La previsione dell'art. 5, 5° comma - che generalizza alla clausola di conciliazione contenuta in un qualsiasi contratto, quanto l'art. 40, 6° comma D.Lgs. 5/03 aveva consentito per la clausola inserita nello statuto societario - attribuisce definitivamente alla pattuizione delle parti quell'efficacia vincolante che era sempre stata negata, sul presupposto della indisponibilità dei presupposti processuali in assenza di previsione espressa, quale quella che consente la deroga convenzionale alla giurisdizione o alla competenza, oppure il patto compromissorio, per arbitrato rituale o irrituale.

Accordo e sentenza: le opportunità della conciliazione

Il negozio in cui si traduce la conciliazione ha caratteristiche peculiari.

Trattandosi di un atto che è espressione dell'autonomia negoziale, le parti, con esso, potranno disporre come credono della *res litigiosa* (purché, ovviamente, nei limiti, evocati già dall'art. 1322 cod. civ., dell'ordine pubblico e delle norme imperative, richiamati all'art. 12 del decreto, e posti dall'art. 14 anche come limite naturale alla proposta formulata dal mediatore), potendo anche superare i confini della lite, senza incontrare, diversamente da quanto avviene per il giudice e l'arbitro, l'ostacolo, implicato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a che l'accordo riguardi anche vicende originariamente non ricomprese nella controversia.

Con la conciliazione, pertanto, possono essere poste le basi per una diversa regolamentazione del rap-

parasociale); oppure, ancora, tra soci e amministratori, quando l'azione ha di mira l'illecito gestorio, per il timore di una crisi di legalità nell'operato dell'ente, oppure per il possibile tradursi in crisi economica della disfunzione di gestione, che assurga o meno a vero e proprio illecito (crisi che può evolvere fino all'insolvenza vera e propria dell'impresa).

porto futuro, laddove invece i meccanismi di composizione della lite di tipo "aggiudicativo", come sono quelli che danno vita a una sentenza o a un lodo, sono "costretti" nei binari della distribuzione della ragione e del torto, imposti dall'art. 112 c.p.c., e non possono intervenire a modificare la situazione sostanziale delle parti, se non nel diverso senso, e negli stretti confini, dettati dall'art. 2908 cod. civ. all'emanazione di pronunce costitutive.

Il che non toglie che la determinazione dell'oggetto della lite che si vuole evitare di introdurre, con la proposizione della "domanda" di mediazione, debba essere compiuta in corrispondenza con quel che sarebbe il *petitum* dell'atto introduttivo del giudizio da proporre,¹⁰ non già perché con ciò si intenda trasformare il procedimento di mediazione in un *iter* che si snodi sulla falsariga di un processo di tono minore, ma per l'ovvia constatazione della necessità di consentire alla parte il raggiungimento degli effetti previsti dall'art. 5, 6° comma.¹¹

¹⁰ Ed a questo fine, del resto, l'art. 4 del decreto prevede espressamente che l'istanza debba "*indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa*", in analogia a quanto stabilisce, per l'atto di citazione, l'art. 163 c.p.c. Su questo punto si veda l'esperienza della conciliazione nelle controversie del pubblico impiego, con riferimento alle quali l'art. 66 D.Lgs. 165/01, diversamente dagli artt. 410 ss. c.p.c., ha cura di delineare il contenuto che deve assumere la richiesta del tentativo di conciliazione.

¹¹ L'art. 5, 6° comma, prevede che la domanda di mediazione produca sulla prescrizione e sulla decadenza gli effetti della domanda giudiziale, "*dal momento della comunicazione alle altre parti*". La previsione è importante, soprattutto nella materia societaria, dove frequente è il ricorrere dei termini di decadenza.

Com'è noto, con riferimento alla disposizione simile, anche se non identica, contenuta nell'art. 410 c.p.c., per la quale "*la comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza*", la formula utilizzata dal legislatore aveva sollevato qualche dubbio circa l'esatta individuazione del momento in cui si verifichi l'effetto interruttivo e sospensivo, e la giurisprudenza prevalente - nell'alternativa tra collocare tale effetto al momento della presentazione della richiesta alla commissione, della comunicazione della richiesta alla controparte, e della convocazione delle parti ad opera della commissione - aveva optato per la soluzione intermedia.

Ad evitare equivoci, il legislatore del decreto in commento precisa che l'effetto della domanda giudiziale si produce dal momento della comunicazione "*alle altre parti*", aggiungendo, all'art. 8, 1° comma, che "*all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro*".

La riferibilità alle parti e la natura negoziale dell'atto conclusivo del procedimento di mediazione non escludono la necessità di trovare un raccordo col processo, per l'eventualità che, raggiunto l'accordo, una delle parti non ottemperi spontaneamente a quanto concordato. Raccordo, che il legislatore delegato, in ossequio al principio contenuto alla lett. s) dell'art. 60 L. 69/09, ha compiuto prevedendo in modo espresso, all'art. 12, che il verbale di accordo, una volta omologato (e l'omologa è compiuta non solo con riferimento all'accertamento della regolarità formale, ma anche attraverso la verifica della non contrarietà del contenuto all'ordine pubblico e alle norme imperative), sia titolo per ogni tipo di esecuzione forzata, e consenta l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Una previsione, questa, che, a tacer d'altro, ha il pregio, nel momento in cui la parte si rivolge all'avvocato per decidere se introdurre o meno la lite, di far sì che la stessa non opti per la via giudiziaria *per il solo fatto* di non poter essere altrimenti garantita dall'eventuale inadempimento della controparte all'accordo, o di voler attribuire, attraverso l'iscrizione ipotecaria, natura privilegiata al credito nascente dalla pattuizione, al tempo stesso facendo indiretta pressione sull'altrui volontà di eseguire spontaneamente quanto concordato.

Sul punto dell'utilizzabilità dei risultati della conciliazione in proiezione esecutiva, era già intervenuta la riforma del processo civile del 2005-2006, sia chiarendo che il verbale di conciliazione, quantomeno quello giudiziale, in virtù dell'inserimento tra *"gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva"* di cui all'art. 474, 2° comma, n. 1, c.p.c., è titolo anche per un'esecuzione diversa da quella per espropriazione, sia allargando il novero dei titoli esecutivi alle scritture pri-

tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda", e stabilendo inoltre che *"la domanda e la data del primo incontro [siano] comunicate all'altra parte (...) anche a cura della parte istante"*. Mutuando di nuovo l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro, e considerando il principio per cui *"il lavoratore che abbia interesse ad ottenere una pronta ed efficace sospensione dei termini di decadenza dalla sua richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha l'onere di provvedere a notificare tale richiesta al datore di lavoro, senza attendere la comunicazione dell'ufficio provinciale del lavoro"* (Cass., sez. lav., 22 marzo 2006, n. 6287, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 45), si suggerisce, appunto, che la comunicazione all'altra parte della domanda di mediazione avvenga a prescindere dalla notizia dell'avvenuta fissazione, in un termine che oltretutto non è perentorio, ad opera dell'organismo della data del primo incontro.

vate autenticate, per quanto limitatamente agli obblighi al pagamento delle somme di denaro (e consentendo così alle parti di ricorrere all'autentica notarile delle sottoscrizioni), sia, infine, modificando l'art. 642 c.p.c., per cui il decreto ingiuntivo può essere dichiarato provvisoriamente esecutivo *"se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere"* (e tale è, certamente, l'accordo raggiunto in sede di conciliazione).

Il decreto in discorso, tuttavia, compie un passo ulteriore, nel momento in cui attribuisce espressamente efficacia esecutiva al verbale di conciliazione stragiudiziale, ampliando previsioni analoghe, come quella dell'art. 696 *bis* c.p.c., o altre, riferite a settori specifici dell'ordinamento (la conciliazione societaria e dei contratti di affiliazione commerciale, nonché – ma in questo caso senza alcun riferimento all'esecuzione in forma specifica – la conciliazione in materia di consumo, nelle controversie promosse dalle associazioni *ex art.* 140 Cod. cons., e la conciliazione nelle liti tra utenti e organismi di telecomunicazione). E, oltre a chiarire che il verbale omologato è titolo anche per l'esecuzione in forma specifica, e non solo per l'espropriazione forzata,¹² il decreto prevede che il verbale sia titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, superando così, come già aveva fatto l'art. 696 *bis* c.p.c. con riguardo alla conciliazione raggiunta dinanzi al consulente tecnico, e l'art. 40 D.Lgs. 5/03, per le controversie societarie, la tassatività dell'art. 2818 cod. civ., per il quale solo la sentenza o gli altri provvedimenti giudiziali cui la legge attribuisce tale effetto possono consentire di iscrivere ipoteca sui beni del debitore. In virtù di questa previsione, dunque, il verbale della conciliazione raggiunta in via stragiudiziale offre alle parti un'utilità in più, rispetto allo stesso verbale di conciliazione giudiziale, per il quale non è prevista un'opportunità analoga. Rimane invece esclusa la possibilità di una trascrizione del verbale, quando questo contenga un contratto, o un atto previsto dall'art. 2643 cod. civ., giacché per essa si è voluto espressamente richiedere, raccogliendo un'indicazione proveniente dalla professione notari-

¹² Punto, sul quale è opportuno ricordare quanto, intervenendo prima della riforma, aveva già sottolineato la nota sentenza interpretativa della Corte costituzionale 12 luglio 2002, n. 336, in *Foro it.*, 2004, I, 41 ss., in merito all'art. 612 c.p.c., che, a giudizio della Corte, pur alludendo alla necessità di una sentenza di condanna ai fini dell'esecuzione degli obblighi di fare o non fare, avrebbe consentito il procedimento di esecuzione anche qualora il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione.

le, che la sottoscrizione del processo verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a tanto autorizzato.¹³

La previsione di una “astreinte” (o di una clausola penale?)

Il legislatore del decreto, dunque, in ossequio alle indicazioni contenute nella direttiva comunitaria al punto 19) del Considerando e nel rispetto della legge delega, ha mostrato di volersi preoccupare non poco dell'eventuale inadempimento degli obblighi contenuti nel verbale di conciliazione. Come si diceva, infatti, il piano negoziale su cui muove la mediazione non esclude affatto la necessità che l'accordo raggiunto possa essere disatteso, e che le regole del processo debbano tornare in gioco ancora una volta, a tutela della parte non inadempiente.

Sul medesimo punto, è allora opportuno ricordare anche che, a presidio ulteriore degli obblighi assunti dalle parti, è stata inserita, nel decreto, una previsione (dalla qualificazione incerta, come subito diremo) che, riecheggiando la formulazione dell'art. 614-bis c.p.c., vorrebbe colmare la lacuna della L. 69/09, dal momento che la norma sull'*astreinte*, inserita nel codice di rito, non poteva richiamarsi per il verbale di conciliazione, avendo come presupposto, quella norma, la pronuncia di un provvedimento di condanna, in questo caso viceversa assente.

La scelta compiuta dal legislatore (peraltro abbastanza obbligata) non può considerarsi inequivoca.

La strada seguita è diversa, infatti, da quella dell'art. 140 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, dove, oltre a consentire che il giudice, col provvedimento che definisce il giudizio nel quale rilascia la misura inibitoria dell'illecito, “*fissi un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in*

giudizio, disponga, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto”, si estende la misura coercitiva (che in questo caso va a vantaggio dello Stato e non del creditore) al caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione, a patto che le parti si rivolgano al tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, il giudice disponga il pagamento delle somme di denaro in questione.

Nell'art. 11 del decreto in commento, infatti, si prevede che sia direttamente l'accordo a contemplare il pagamento della somma di denaro che mira a far pressione sulla volontà del debitore, e la terminologia utilizzata per tratteggiare questa pena privata finisce così per evocare quella dell'art. 1382 cod. civ., e della clausola con la quale si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti sia tenuto ad una determinata prestazione pecuniaria.¹⁴

Il che apre ad una alternativa: da un lato ritenere di essere di fronte, appunto, ad una penale, per il fatto

¹⁴ Stante la funzione risarcitoria, e non sanzionatoria, della clausola penale, che pure, com'è noto, è autonoma tanto rispetto all'inadempimento (potendo trovare applicazione tanto in ipotesi di domanda di risoluzione del contratto quanto in quella in cui venga proposta domanda di esecuzione coatta dello stesso) quanto rispetto al danno (atteso che la penale può essere prevista anche in assenza di un concreto pregiudizio economico), l'effetto di un'interpretazione che volesse scorgere nella previsione dell'art. 11 nient'altro che un'applicazione dell'art. 1382 cod. civ. porterebbe ad escludere la possibilità di far valere eventuali richieste risarcitorie legate all'inattuazione dell'accordo. Del resto, neppure l'art. 614-bis scioglieva del tutto il nodo circa la natura coercitiva o anche risarcitoria della misura prevista (tema, questo, che era stato affrontato e risolto in Francia, Paese d'origine dell'*astreinte*, nella prima direzione, con l'affermazione dell'autonomia della misura dai *dommages-intérêts*), visto che menzionava, tra i criteri indicati per la determinazione della somma da parte del giudice, non solo il valore della controversia e la natura della prestazione, ma anche il “*danno quantificato o prevedibile*”, con quella latente sovrapposizione tra funzione risarcitoria e funzione afflittiva della pena pecuniaria, che rappresenta una fonte potenziale di problemi interpretativi, come risulta dall'esperienza dell'art. 18 St. Lav., quarto comma, nel testo novellato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108. Sul punto, v., *si vis*, il mio *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.* 2009, 1306 ss.

¹³ Sulla possibilità di trascrivere invece il verbale di conciliazione giudiziale, per il fatto che lo stesso, in quanto redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato, assumerebbe la forma dell'atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ., v. Cass., sez. I, 15 maggio 1997, n. 4306, in *Vita not.*, 1997, 842. Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie, v. la nota di S. TONDO a Cass. del Regno, sez. III civ., 3 giugno 1931, n. 2131, e a Trib. Firenze, dec. 27 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 3130, dove l'A. svolge rilievi che, con gli opportuni aggiornamenti, possono essere ancora considerati attuali.

che l'autonomia negoziale può creare strumenti risarcitori, ma non sanzionatori. Dall'altro, considerando che, altrimenti, non vi sarebbe stato bisogno di una previsione espressa per consentire alle parti di concordare una clausola penale come quella dell'art. 1382 cod. civ., sostenere che l'art. 11 del decreto sia, nel suo complesso, nell'intenzione del legislatore, sostitutivo dell'art. 614-*bis* c.p.c., il che, con una qualche forzatura, consentirebbe di riconoscere funzione sanzionatoria, e non risarcitoria, alla misura prevista nella norma in commento.

Con riferimento al momento dal quale dovrà considerarsi decorrente il ritardo nell'adempimento, si suggerisce che le parti, e i loro consulenti, al fine di evitare infinite contestazioni sul punto, prevedano nel verbale quale sia il termine per l'attuazione degli obblighi, sulla falsariga di quanto si legge nell'art. 140 Cod. cons., dove però, come ricordato, viene stabilito anche che il pagamento dell'importo in questione sia disposto dal giudice con procedimento in camera di consiglio, previo accertamento dell'inadempimento. Nel caso che ci occupa, invece, manca qualsiasi previsione di accertamento della mancata attuazione degli impegni assunti, per cui, per chi aderisca alla tesi che l'art. 11 sostituisce integralmente, con riferimento al verbale di conciliazione, la previsione dettata dall'art. 614-*bis* c.p.c. per i provvedimenti del giudice, e reputi perciò che, pure in questo caso, l'efficacia esecutiva del verbale possa coprire *anche* la previsione della misura coercitiva (sebbene il credito non sia liquido, e talora neppure "liquidabile" con una semplice operazione aritmetica), si avrà un'ulteriore alternativa tra ritenere che la determinazione della somma da pagare debba essere richiesta al giudice dell'esecuzione (come se si trattasse di "*determinare le modalità dell'esecuzione*", secondo quanto prevede l'art. 612 c.p.c. nel caso dell'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare), oppure – analogamente a quanto avviene nell'ipotesi disciplinata dall'art. 614-*bis*, e in coerenza col paragone tra questa norma e l'art. 11 del decreto - venga effettuata direttamente dal creditore, nell'atto di precetto, rimettendo all'obbligato l'onere di affrontare la questione, in sede di opposizione all'esecuzione.

I profili ricordati da ultimo, con riguardo all'inadempimento del verbale, non devono far dimenticare, ovviamente, che la forza della mediazione sta nella condivisione dei risultati

raggiunti. E che la straordinaria apertura alla conciliazione, stragiudiziale e delegata, voluta dapprima dalla delega, e poi dal decreto, presuppone una volontà di collaborazione tra parti, difensori, mediatore (e giudice, nella previsione del 2° comma dell'art. 5), che rappresenta una delle principali scommesse per il successo dell'istituto e il miglior funzionamento del sistema giustizia nelle liti civili e, per quanto qui maggiormente interessa, per quelle commerciali.