

**DISCUSSIONE DD.DD.LL. N.2329 e 2534
MODIFICHE AL D.LGS. 04.03.2010 N.28**

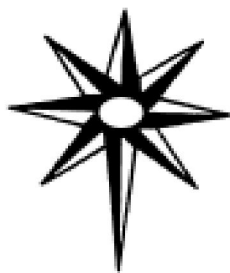
Brevi note illustrative

(Audizione in Commissione Giustizia del Senato - 16 giugno 2011)

I

PREMESSA.

Con l'art. 60 comma 3 della L. n.69/2009 il Parlamento aveva delegato il Governo a legiferare “in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali” enunciando i princìpi e criteri direttivi fra i quali “disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.5”. Nel dichiarato intento di dare attuazione alla suddetta delega nel rispetto della normativa comunitaria, veniva emanato il Decreto Legislativo 04.03.2010 n.28 intitolato “Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”. A seguire veniva quindi emesso il D.M. 18-10-2010 n. 180 “Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e



dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”.

Avverso suddetto D.M. veniva proposto ricorso al Tribunale Amministrativo regionale di Roma, il quale con ordinanza del 9 marzo/12 aprile 2011 n. 3202 riconosceva la fondatezza e la rilevanza di alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti, rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale per le opportune determinazioni.

Il D.Lgs 28/10 prevede fra l'altro all'art. 5 l'obbligatorio “esperimento del procedimento di mediazione prima della proposizione dell'azione giudiziaria” relativamente a tutta una serie di controversie ivi menzionate e l'art. 24 D.Lgs. 28/10 disciplina l'entrata in vigore della predetta norma “decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto” e pertanto a far data da fine marzo 2011.

Con [l'art. 2, comma 16-decies, D.L. 29 dicembre 2010, n. 225](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 26 febbraio 2011, n. 10](#) è stata prorogata di un anno l'applicazione del predetto art. 5 limitatamente alle controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

L'art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede il ‘diritto al ricorso effettivo dinanzi ad un Giudice’ e tale diritto (in quanto presupposto di quelli costitutivi del c.d. ‘equo processo’) appare suscettibile di limitazioni solo se dirette al



raggiungimento di uno scopo legittimo, se proporzionate rispetto alla scopo e tali da non colpire il diritto di accesso al Giudice nella sua essenza.

La Corte di Giustizia con sentenza in data 19 gennaio 2010 ha espressamente riconosciuto al Giudice Nazionale il potere di sindacare la norma legislativa interna che appaia in contrasto con un diritto fondamentale europeo.

II

CRITICITA' DEL D.LGS. 28/10.

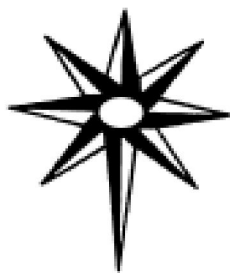
L'Associazione Nazionale Forense, pur manifestando interesse e rispetto per quelle forma alternative di risoluzione delle controversie che da tempo sono studiate ed adottate in altri Stati, ha da subito esternato le proprie critiche alla normativa in questione.

-1) ART.5: OBBLIGATORIETA' DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE.

Le maggiori critiche riguardano in primo luogo la previsione da parte del predetto art.5 dell'obbligo per la parte che voglia introdurre un giudizio relativo alle controversie ivi menzionate di preliminarmente esperire un tentativo di conciliazione presso un organismo di mediazione.

-1A) CONFLITTO FRA MEDIAZIONE ED OBBLIGATORIETA'.

Si è fatto notare che (come scrivono i relatori del d.d.l. n.2534) la



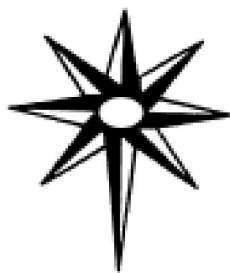
stessa natura ontologica della mediazione “che non si pone l'obiettivo di risolvere un conflitto, ma di aiutare le parti a trovare un linguaggio comune che le aiuti a risolverlo fra loro” confligge insanabilmente con un obbligo delle parti di esperire un siffatto tentativo, impedendo un vero e sincero avvicinarsi delle stesse allo strumento e di fatto vanificandone portata e valori.

-1B) ECCESSO DI DELEGA.

L'obbligo delle parti di esperire previamente al ricorso all'autorità giudiziaria il tentativo di conciliazione, realizzando una condizione di procedibilità della domanda configura un vero e proprio eccesso di delega, in quanto né la sopra citata L.69/09 né la normativa comunitaria dalla stessa richiamata autorizzavano, né tanto meno imponevano, la siffatta obbligatorietà.

-1C) CONTRARIETA' A NORME COSTITUZIONALI ED A NORME COMUNITARIE.

L'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione rappresenta inoltre un concreto ostacolo alla tutela giurisdizionale dei diritti confliggente sia con i principi della nostra Costituzione (Artt. 3, 24, 25 Cost.) che con la normativa comunitaria (art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea) specie se si pone attenzione ai costi, non indifferenti, che la stessa comporta per il cittadino, comportante un aggravio di tempi e spese che può concretamente coartare e ridurre la tutela dei diritti.



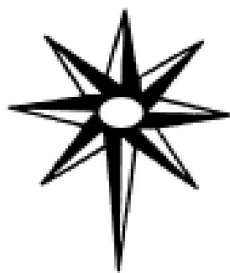
-2) RICADUTE DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE NEL GIUDIZIO (ARTT. 8, 11,13).

Quanto sopra considerato trova ulteriore conferma dall'esame di altre disposizioni del D.lgs.28/10 ed in particolare dell'art.8 comma 5 nonché dell'art. 11 e dell'art. 13 commi 1 e 2.

L'art.8 comma 5 prevede che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice possa desumere argomenti di prova nel successivo giudizio; l'art. 11 prevede che qualora le parti non si concilino il mediatore, anche senza una loro concorde richiesta, possa formulare una proposta scritta che, ai sensi del successivo art. 13, il giudice del successivo giudizio potrà valutare ai fini di statuire in tema di soccombenza nelle spese di causa e del procedimento di mediazione, nonché in merito al pagamento di un'ulteriore somma all'entrata del bilancio dello Stato.

-2A) LA PROPOSTA DEL MEDIATORE NON PUO' ESSERE VALUTATA DAL GIUDICE.

Preliminarmente si rileva che le disposizioni sopra ricordate rappresentano un'inammissibile e, prima ancora illogica, confusione dei piani: non è dato difatti comprendere su quali bassi il giudice, chiamato a decidere secondo diritto, debba e possa valutare una proposta conciliativa formulata su basi anche meta-giuridiche, da un mediatore che può essere privo della necessaria competenza, e fondata su elementi (prove, dichiarazioni) diversi da quelli emersi nel



giudizio e nello stesso non utilizzabili per espressa previsione di legge (art. 10 D.lgs. 28/10).

-2B) CONTRARIETA' A NORME COSTITUZIONALI.

Come è stato correttamente evidenziato dai relatori del d.d.l. n. 2329 il combinato disposto da tali norme introduce di fatto nel nostro ordinamento un vero e proprio quarto grado di giudizio e ciò, oltre che confliggere con l'idea stessa di mediazione, essendo privo di tutta una serie di garanzie e tutele tipiche del procedimento giudiziario cozza insanabilmente con le norme costituzionali e comunitarie che sanciscono e tutelano il diritto alla tutela giudiziaria, il diritto di difesa ed il diritto all'eguaglianza (sia perchè si applicano solo a determinate controversie sia perchè vanificano la sostanziale eguaglianza delle parti incidendo sostanzialmente sui diritti dei più deboli).

-3) MANCANZA DI CRITERI DI COMPETENZA TERRITORIALE, MANCATA PREVISIONE DELL'OBBLIGO DELLA DIFESA LEGALE, ASSENZA DI GARANZIE DI COMPETENZA ED IMPARZIALITA' DEI MEDIATORI.

Le critiche e le preoccupazioni sopra esposte rovano inquietante conferma dall'esame del testo del D.lgs.28/10 e dal correlato decreto attuativo D.M. 18-10-2010 n. 180, laddove emerge la mancanza di qualsiasi criterio di competenza territoriale degli organismi di mediazione (col rischio che un cittadino si veda costretto a



dispendiose trasferte in luoghi affatto collegati alla materia del contendere), la mancata previsione dell'obbligatorietà della difesa tecnica-legale (pur in controversie che riguardano diritti connotati anche da notevole tecnicismo, sui quali le parti, ignoranti della materia, potrebbero disporre in maniera non oculata dei propri diritti o, peggio ancora, stipulare accordi invalidi), la mancata previsione di seri criteri di imparzialità e responsabilità degli organismi di mediazione e di seri criteri di imparzialità, responsabilità e competenza dei mediatori.

Tali aspetti sono come correttamente rilevato dai relatori dei dd.dd.ll. in esame preoccupanti di per sé, ma divengono addirittura terrorizzanti se si pone mente, da un lato, all'obbligo per la parte di avvalersi di tali strumenti e, dall'altro, al costo economico degli stessi (giòva ricordare che il tentativo obbligatorio di conciliazione, già vigente in materia di controversie di lavoro, pur non avendo dato eccellente prova di sé, era comunque sempre un procedimento svolto davanti a commissioni istituite presso uffici pubblici e non comportanti costo alcuno per le parti, oltre a non avere alcun riflesso nel successivo giudizio).

-4) OBBLIGO DI INFORMATIVA A CARICO DELL'AVVOCATO, ANNULLABILITÀ DEL CONTRATTO ED OBBLIGO DI ALLEGAZIONE IN GIUDIZIO DELL'INFORMATIVA SCRITTA.

Una decisa censura merita infine il comma 3 dell'art.4 del



D.lgs.28/10, che prevede l'obbligo per l'Avvocato di informare per iscritto il cliente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, pervenendo a sanzionare con l'annullabilità il contratto fra il cliente e l'Avvocato che non vi abbia provveduto, ed impone di allegare detto documento nel fascicolo di parte del giudizio.

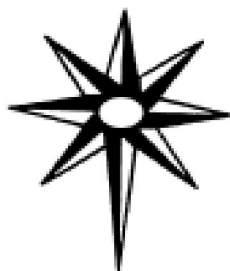
Tale obbligo di informativa (peraltro già deontologicamente previsto) non deve avere riflesso alcuno con il giudizio e deve rimanere questione esclusivamente interna al rapporto professionale fra cliente ed avvocato.

III

CONCLUSIONI CRITICHE AL D.LGS.28/10.

La critica principale che pertanto questa Associazione ha mosso e muove al D.lgs.28/10 è quella di aver voluto piegare uno strumento potenzialmente valido come la mediazione ad un uso meramente deflattivo del contenzioso civile.

Ovviamente con ciò non si vuole asserire che lo Stato non debba preoccuparsi di migliorare la risposta (soprattutto i tempi della stessa) alla domanda di giustizia, ma si ribadisce che ciò non può avvenire frapponendo ostacoli (soprattutto di natura economica) a coloro che intendano ottenere il riconoscimento di un proprio diritto e nella convinzione che solo un efficace risposta giurisdizionale possa costituire il più valido incentivo alla risoluzione stragiudiziale delle controversie.



IV

CONSIDERAZIONI SUI DD.DD.LL. N.2329 e 2534.

Quanto sopra considerato questa Associazione esprime una valutazione positiva dei dd.dd.ll. in esame, in quanto entrambi si prefiggono primariamente di eliminare la principale stortura del D.Lgs.28/10 che è costituita dall'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione e dalla ricaduta che il mancato esperimento dello stesso e la mancata accettazione della proposta conciliativa hanno nel futuro giudizio.

Uguualmente si esprime apprezzamento per l'abrogazione dei periodi secondo quarto quinto e sesto del comma 3 dell'art.4 (relativi all'annullamento del contratto fra Avvocato e cliente in caso di omessa informativa ed alla necessaria produzione i giudizio di suddetta informativa scritta), per l'introduzione della difesa tecnica obbligatoria e per criteri di competenza territoriale (pur derogabili dalle parti, ma solo in epoca successiva all'insorgere della controversia).

Non si ritiene invece condivisibile quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art.11 del d.d.l. 2329 in merito alla menzione della proposta fatta dal mediatore (su concorde richiesta delle parti) o da una sola delle stesse nel verbale di mancata conciliazione e nella sua valutazione nel futuro giudizio ai fini della decisione in tema di regime delle spese di lite.



Tale previsione, difatti costituisce anch'essa un'ingiustificata commistione di due procedimenti (la mediazione ed il giudizio) che sono e devono rimanere ontologicamente distinti in quanto fondati su presupposti, come sopra detto, completamente diversi.

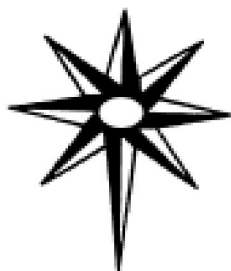
Qualora una parte abbia l'esigenza di costituire in mora l'altra con una proposta transattiva potrà comunque utilizzare il meccanismo dell'offerta formale o quello dell'offerta banco iudicis.

Si apprezza il tentativo insito nell'art. 14 d.d.l. 2329 di garantire imparzialità degli organismi di mediazione, rilevando peraltro l'eccessiva vastità della previsione, che potrebbe condurre ad interpretazioni errate della stessa e si ritiene pertanto che detto disposto dovrebbe essere maggiormente contornato e circostanziato.

Analogamente, si apprezza che con l'art. 5 d.d.l. 2329 si tenti di regolamentare la cd. "conciliazione delegata", ma sul punto si manifesta la preoccupazione che l'invito formulato dal giudice possa costituire da un lato un procrastinare la risposta giudiziaria e dall'altro possa, anche inconsapevolmente, costituire un condizionamento per le parti.

Si ritiene pertanto che andrebbe specificato che, anche in tale evenienza, tanto il rifiuto di aderire all'invito che qualsiasi esito del tentativo di conciliazione non possa in alcun modo condizionare la pronuncia secondo diritto della sentenza.

Si segnala peraltro l'esistenza in alcune realtà locali di protocolli



relativi all'espletamento della c.d. conciliazione delegata e che trattasi di esperienze che dovrebbero essere ad avviso di questa Associazione attentamente monitorate onde pervenire auspicabilmente in futuro ad una codifica della stessa che tenga conto dei pro e contro sul terreno emersi.

Infine si segnala l'estrema urgenza di approvare una normativa che abroghi l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 5 D.Lgs 28/10 (come previsto da entrambi i dd.dd.II. in esame) per tutti i motivi sopra ricordati.

Roma, 16 giugno 2011

Associazione Nazionale Forense