



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE

Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi

nr. 26. Aldo
Stesuri

Commissione
Conciliazione

i quaderni



S.A.F. FONDAZIONE

dei Dottori Commercialisti di Milano



Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi

nr. **24.** Aldo
Stesuri

Commissione
Conciliazione

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Luigi Martino, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Franco Dalla Sega, Felice Martinelli, Luigi Martino, Guido Marzorati, Cesare Minola, Renzo Nisi, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Stefania Totaro.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Giro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Cesare Gerla, Luigi Martino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Gian Battista Stoppani, Alesandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Conciliazione:

Delegato del Consiglio: Marcello Guadalupi.

Presidente della Commissione: Stefano Pavletic.

Componenti: Michele Sisto Carabellese, Adriano Carena, Morena Carniti, Monica Cavenago, Vittoria Centomo, Carola Colombo, Cristiano Del Torre, Piero Gazzarrini, Marco Guantieri, Fabrizio La Rosa, Morena La Tanza, Annalisa Longhi, Fabio Mariani, Andrea Moiraghi, Pietro Biagio Monterisi, Daniela Barbara Morlacchi, Massimo Oldani, Laura Pigoli, Luisa Maria Porrini, Renzo Radicioni, Massimo Rizza, Giovanni Rossi, Vincenzo Strigaro, Giovanni Volonterio, Marco Bernardino Zampetti.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Premessa	5
1. La natura della conciliazione e i suoi rapporti con il processo civile..7	
1.1. La natura della conciliazione	7
1.2. I rapporti tra la conciliazione e il processo civile	12
2. Il progressivo sviluppo della conciliazione nel nostro ordinamento..19	
2.1. La conciliazione in materia di telecomunicazioni	19
2.2. La conciliazione in materia di franchising.....	22
2.3. La conciliazione in materia di tutela del risparmio.....	25
2.4. La conciliazione nel nuovo codice del consumo	30
2.5. La conciliazione nelle controversie dei patti di famiglia	32
2.6. La conciliazione amministrata: le esperienze in Italia	34
2.7. La conciliazione medica	35
3. La generalizzazione della conciliazione come condizione di procedibilità del processo: dalla conciliazione societaria alla recente legislazione sulla conciliazione.....	37
3.1. Aspetti generali della conciliazione societaria	37
3.2. Il procedimento	45
3.3. L'albo dei conciliatori	48
3.4. I poteri delle parti e del conciliatore	52
3.5. La definizione del procedimento.....	54
4. La legge delega in materia di conciliazione e l'espandersi del modello della conciliazione societaria	57
4.1. La legge delega n. 69/2009	57
4.2. Il decreto legislativo 28 ottobre 2009	60

Articolo 1 • Definizioni	60
Articolo 2 • Controversie oggetto di mediazione.....	61
Articolo 4 • Accesso alla mediazione	62
Articolo 5 • Condizione di procedibilità e altri rapporti con il processo.....	63
Articolo 6 • Durata	66
Articolo 7 • Effetti sulla ragionevole durata del processo	66
Articolo 8 • Procedimento	67
Articolo 9 • Dovere di riservatezza.....	67
Articolo 10 • Inutilizzabilità e segreto professionale	68
Articolo 11 • Conciliazione	68
Articolo 12 • Efficacia esecutiva ed esecuzione	69
Articolo 13 • Spese processuali	69
Articolo 14 • Obblighi del mediatore	70
Articolo 15 • Mediazione nell'azione di classe.....	71
Articolo 16 • Organismi di conciliazione e registro. Albo dei formatori.....	71
Articolo 17 • Regime fiscale. Indennità.....	72
Articolo 18 • Organismi presso Tribunali.....	73
Articolo 19 • Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio.....	74
Articolo 20 • Credito d'imposta	74
Articolo 21 • Informazioni al pubblico.....	74
Articolo 22 • Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo.....	74
Articolo 23 • Abrogazioni	75
Articolo 24 • Disposizione transitorie e finali.....	75
Conclusioni.....	77

PREMESSA

Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009 introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il cd. diritto comune della conciliazione.

La scelta normativa del legislatore più recente è tesa a favorire in massima parte i meccanismi conciliativi.

Dopo molteplici interventi parziali, si apre ora la via della generalizzazione dei meccanismi conciliativi .

Lo studio che ci appresta a condurre prende avvio dalla complessità del fenomeno della conciliazione e si dirige, in primo luogo, alla ricerca della più giusta collocazione sistematica dell'istituto della conciliazione rispetto ad altri istituti contigui quali l'arbitrato e la transazione.

Così ribadita l'autonomia del fenomeno della conciliazione, l'analisi è rivolta alle figure particolari di conciliazione e, poi, alle maggiori novità contenute nel progetto di legge delegata.

Si studiano, di conseguenza, il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione, il limite di durata massima di quattro mesi del procedimento di mediazione, le peculiarità del procedimento di mediazione, con particolare attenzione alla fase introduttiva, e i rapporti tra il procedimento di mediazione ed il procedimento arbitrale.

Ci si propone, pertanto, di contribuire attraverso l'analisi che ci si accinge ad avviare allo sviluppo delle conoscenze relative alla conciliazione, onde fornire un valido strumento a tutti gli operatori del settore conciliazione.

1. LA NATURA DELLA CONCILIAZIONE E I SUOI RAPPORTI CON IL PROCESSO CIVILE

1.1. La natura della conciliazione

In attuazione della legge delega n. 366 del 2001, nella parte in cui attribuisce al Governo il potere di “prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi costituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia” (art. 12, co. 4), e coerentemente con l’obiettivo che caratterizza l’intera riforma del diritto societario, di ampliamento del ruolo dell’autonomia privata, il legislatore delegato aveva dettato negli artt. 38 ss. del d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 una compiuta disciplina della conciliazione stragiudiziale, sotto il profilo degli organi deputati a gestirla, degli incentivi volti a promuovere tale forma di risoluzione delle controversie, e delle regole procedurali applicabili, strutturandola in termini di (tendenziale) facoltatività (art. 38, co. 1).

L’istituto della conciliazione è stato successivamente oggetto di un ulteriore intervento legislativo, allo stato non ancora completo, ad opera della legge n. 69 del 2009, la quale delega il Governo a disciplinare in via generale la conciliazione.

Tale legge è in corso di attuazione, ma si può già segnalare che il Consiglio dei Ministri ha approvato in data 28 ottobre 2009 uno schema di decreto legislativo avente ad oggetto proprio l’attuazione dell’art. 60 della l. 69/2009 che ha abrogato la conciliazione societaria rinviando alla disciplina prevista dal nuovo decreto legislativo (art. 23 d.lgs. 28 ottobre 2009).

L’intento del legislatore è sempre stato quello di realizzare un effetto deflattivo del contenzioso, battendo strade diverse rispetto al tentativo obbligatorio di conciliazione strutturato in termini di condizione di procedibilità della domanda e di sopperire alla scarsa incisività della tutela

giurisdizionale in materia civile e commerciale⁽¹⁾.

In linea generale, lo strumento della conciliazione⁽²⁾ si inserisce nel quadro dei metodi di risoluzione delle controversie collocandosi in

⁽¹⁾ LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 1203, ritiene in ogni caso che “la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest’ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflativo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l’apparato pubblico non riesce a far fronte”. La considerazione si fonda sul *principio di sussidiarietà* in base al quale l’intervento autoritativo-giurisdizionale, deve essere considerato come l’ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si dovrebbe ricorrere in mancanza di raggiungimento dello scopo delle altre. Sul valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale dei metodi di ADR cfr. già CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in *Foro It.*, 2003, V, 172 ss. L’incapacità delle Stato a rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia è individuata come una tra le cause del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione della controversia: TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, *ivi*, 2000, 447 ss.

⁽²⁾ Sul tema si segnalano, ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.* 1994, II, 111 ss.; AA.VV. *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie* a cura di P. Bernardini, Milano, 2001, *passim*; PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. del dir. Agg.* IV, Milano, 2000, 327 ss.; BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig IV disc. priv. sez. civ.*, III, 203 ss.; ROSSI, voce *Conciliazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; BUONFRATE, LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.* 1999, 375 ss.; CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.; ID., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 694 ss.; LA CHINA, *Riflessioni in libertà su ADR, arbitrato, conciliazione*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova, 1997, I, 165 ss.; COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 318 ss.; SCHLOSSER, <<Alternative dispute resolution>> (uno stimolo alla riforma per l’Europa?), in *Riv. dir. proc.* 1987, 1005 ss.; SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.; DANOVÌ, *Le ADR e le iniziative dell’Unione Europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 326 ss.; DELFINO, L’<<ombudsman>> come modello di <<alternative dispute resolution>> nel settore privato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 247 ss.; DE PALO, GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999, *passim*. Da ultimi sul tema cfr.: LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* (<<Alternative Dispute Resolution>>), in *Foro it.* 2003, V, 163 ss.; NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1017 ss.; DI ROCCO, SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Giuffrè, 2003, *passim*; AA.VV. *La via della conciliazione* a cura di S. Giacomelli, Ipsoa, 2003, *passim*.

posizione intermedia tra l'arbitrato, mezzo tipico di composizione eteronoma, in cui la soluzione della controversia è rimessa al giudizio dell'arbitro, e la transazione, mezzo di composizione autonoma e diretta delle controversie, che non richiede l'intervento di un terzo imparziale⁽³⁾.

Gli strumenti autonomi di risoluzione delle controversie, infatti, si caratterizzano per il fatto che sono gli stessi destinatari delle regole di condotta ad individuarle in modo per loro vincolante, in tal modo risolvendo la controversia: e ciò accade necessariamente attraverso un atto negoziale, più precisamente un contratto; mentre gli strumenti eteronomi si caratterizzano per il fatto che è un terzo a porre tali regole, con un atto ovviamente vincolante per le parti. Il terzo a sua volta può essere un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della sua posizione istituzionale (il giudice); oppure un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della volontà delle parti stesse (l'arbitro).

Si ritiene in ogni caso che la conciliazione si collochi in una posizione intermedia tra i due poli⁽⁴⁾: è diversa dall'arbitrato, perché la controversia viene composta dagli stessi litiganti e non da un terzo estraneo, ma è anche diversa dalla transazione, in quanto questa si perfeziona con il mero incontro della volontà delle parti, senza altri soggetti, mentre la conciliazione richiede la presenza e l'intervento attivo del terzo⁽⁵⁾.

Proprio quest'ultimo aspetto costituisce una caratteristica fondamentale della conciliazione: la presenza attiva di un soggetto terzo,

⁽³⁾ Per LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 1203, "se cerchiamo di individuare i vantaggi e gli svantaggi della risoluzione autonoma delle controversie rispetto alla risoluzione eteronoma, spesso vediamo addotte – a favore della soluzione autonoma – motivazioni di natura relazionale o psicologica: nel senso che l'una sarebbe conflittuale e l'altra no; che l'una preserverebbe i rapporti fra le parti e l'altra li interromperebbe; e così via. Senza voler negare che talora effettivamente ciò si verifichi, non pare però che il reale vantaggio della soluzione autonoma su quella eteronoma possa individuarsi in fattori così labili, poco misurabili e tutto sommato anche un po' apodittici".

⁽⁴⁾ Secondo LUISO, *La conciliazione, op.cit.*, 1204, "la conciliazione costituisce una *species* del *genus* «risoluzione autonoma delle controversie», e può essere definita come un procedimento, attraverso il quale le parti cercano di individuare il contenuto dell'atto consensuale risolutivo della controversia attraverso la presenza, nel procedimento stesso, di un terzo – il conciliatore – che ha il compito di aiutare le parti ad individuare il contenuto dell'atto in questione. Il conciliatore, dunque, svolge lo stesso ruolo che, nelle reazioni chimiche, svolge il catalizzatore".

⁽⁵⁾ MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it, § 10.

che aiuta le parti ad individuare il contenuto dell'atto necessario a conciliare le reciproche opposte posizioni.

Laddove la controversia concerne diritti disponibili, la scelta delle parti di ricorrere alla conciliazione deve essere senz'altro salutata con favore: è ben noto come il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nelle controversie risulti spesso traumatico per coloro che di quelle controversie sono parte.

Se la controversia attiene a diritti non disponibili, in apparenza non si potrebbe ricorrere allo strumento conciliativo, in quanto le parti non hanno, per definizione, il potere di definire autonomamente la controversia; tuttavia anche in questi casi la conciliazione può svolgere un ruolo utilissimo e precisamente quello di convincere le parti a tenere comportamenti idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco, evitando pertanto che vengano posti in essere comportamenti illeciti o comunque inopportuni⁽⁶⁾.

Il conciliatore, difatti, dovrebbe astenersi quando l'oggetto del giudizio della conciliazione societaria è una materia per la quale è necessario l'intervento del P.M. nel giudizio.

Si ha, ad esempio, intervento obbligatorio del P.M., in materia di procedimento giudiziario di iscrizione nel registro delle imprese delle modifiche statutarie quando non vi abbia provveduto il notaio ex art. 2436, co. 4 c.c.

La conciliazione essendo espressione dell'autonomia delle parti non può, avere ad oggetto diritti indisponibili.

Nell'ordinamento italiano vi sono diverse ipotesi di procedimenti conciliativi; cominciando dal diritto processuale civile, si parla di tentativo di conciliazione nella prima udienza di trattazione del processo civile ordinario (art. 181, comma 1, c.p.c.), sia di fronte al tribunale in composizione monocratica, sia di fronte al tribunale in composizione collegiale nei casi previsti dalla legge, ed anche dinanzi al giudice di pace (art. 320, comma 1, c.p.c.); il tentativo di conciliazione è obbligatorio nel processo del lavoro, ed è previsto e disciplinato dall'art. 410 c.p.c. (in questo particolare caso, trattandosi di diritti per certi versi indisponibili, l'organo dinanzi al quale si deve svolgere il tentativo di conciliazione è la commissione di conciliazione); nel procedimento di separazione personale dei coniugi, l'art. 708 c.p.c. dispone che il Presidente del tribunale sente i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente,

⁽⁶⁾ In questo senso vedi ancora LUISSO, *La conciliazione*, *op.cit.*, 1206.

procurando di conciliarli; vi sono poi svariate altre ipotesi nelle quali vi sono i tentativi obbligatori di conciliazione⁷⁾.

La conciliazione è un procedimento completamente volontario, anche nell'ipotesi in cui è prevista come passaggio processuale obbligato, fondandosi sulla partecipazione consensuale delle parti e sulla loro espressa accettazione dell'eventuale accordo che dall'incontro scaturirà; anche l'eventuale imposizione per legge di un tentativo obbligatorio di conciliazione, che come abbiamo notato poc'anzi è previsto da diverse norme dell'ordinamento italiano, non incrina in alcun modo la volontarietà del procedimento di conciliazione. Le parti sono infatti libere di abbandonare il "tavolo" negoziale in qualsiasi momento, e non subiranno per questo alcun pregiudizio.

Il procedimento conciliativo si svolge, inoltre, in maniera del tutto informale: non vi sono (cioè) norme che impongono di seguire determinati protocolli o precise regole di gestione⁸⁾. Non vi è una formale istruttoria, anche se questo non impedisce al conciliatore di esaminare documenti; l'istituto è poi caratterizzato da notevole riservatezza, nel senso che nulla di quanto decidono le parti viene rivelato ai terzi se non nei limiti resi necessari dall'attuazione dell'intesa raggiunta.

Se la conciliazione riesce, di essa si forma processo verbale che è vincolante per le parti e costituisce titolo esecutivo (art. 185, comma 2, c.p.c.); le statuizioni contenute nel verbale di conciliazione risolvono la controversia. Il relativo atto negoziale, pur non costituendo una figura specificamente disciplinata, può essere assimilato alla rinuncia, alla transazione e al riconoscimento, con conseguente applicabilità delle corrispondenti normative e altresì dei principi generali in tema di negozi giuridici e contratti: ne deriva l'impossibilità, per le parti, di ricorrere all'istituto della conciliazione quando l'oggetto del contendere attenga ad un rapporto o ad un'obbligazione contrari a norme imperative, all'ordine

⁷⁾ Si vedano, in particolare: art. 46, legge 3 maggio 1982, n. 203, in materia di controversie agrarie; artt. 65-66 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in materia di controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni; art. 10 legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di controversie relative a contratti di subfornitura; art. 194-bis legge 22 aprile 1941, n. 633, così come modificato dall'art. 35 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in materia di diritto d'autore.

⁸⁾ Secondo DI ROCCO, *Procedimento conciliativo e figura del conciliatore*, in *Diritto e pratica delle società* 2004, 17, ciò vale anche quando il conciliatore sia un giudice, in quanto, in tale ipotesi, il giudice si deve "spogliare temporaneamente del ruolo di titolare del potere di *ius dicere* per svolgere quello di mero coadiutore e certificatore dell'attività negoziale delle parti".

pubblico o al buon costume⁽⁹⁾.

Nessun effetto produce invece l'esito negativo del tentativo di conciliazione, salva l'eventuale rilevanza che il procedimento conciliativo possa avere per quanto riguarda le spese ed i danni della successiva fase giurisdizionale⁽¹⁰⁾.

1.2. I rapporti tra la conciliazione e il processo civile

Negli ultimi decenni si è assistito ad un progressivo allargamento del fenomeno dei metodi di composizione delle controversie alternativi, i c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*, rispetto all'ordinario processo di cognizione avanti l'ordinaria giurisdizione.

Le cause possono rinvenirsi principalmente nell'incapacità dello Stato di fornire adeguati ed efficienti strumenti di composizione delle controversie, a fronte delle ben note e radicate problematiche che affliggono l'intero sistema giustizia statale.

Per quanto tra i metodi di ADR rientrano istituti tra loro eterogenei, un ruolo di spicco è occupato dalla conciliazione, intesa come l'accordo con cui le parti compongono una controversia insorta tra loro, alla presenza di un terzo. Fondamentale, in materia, è la distinzione tra conciliazione avanti il giudice statale o un terzo da questi designato, ovvero la conciliazione avanti un terzo che non è il giudice, e non è neppure da questi designato.

⁽⁹⁾ Così DI ROCCO, *Procedimento conciliativo* cit., 14.

⁽¹⁰⁾ Si distingue, peraltro, il caso in cui vi sia stato il rifiuto di partecipare al procedimento conciliativo da quello in cui il procedimento medesimo si sia concluso con una proposta del conciliatore. Nel primo caso, se il rifiuto proviene da colui che sarà soccombente nel processo giurisdizionale, la conseguenza potrà essere la condanna dello stesso ai danni ex art. 96, comma 1, c.p.c.; se il rifiuto proviene invece da chi sarà vittorioso nel processo, il giudice potrà compensare le spese, o anche condannarlo a pagare, in tutto o in parte, le spese alla parte soccombente.

Nel secondo caso, il giudice dovrà comparare le posizioni assunte dalle parti con la sua decisione, e valutare quale di esse aveva assunto la posizione più vicina a quello che è stato l'esito del procedimento. Se la parte vittoriosa ha rifiutato la proposta del conciliatore che, in sostanza, le avrebbe dato quanto ha poi ottenuto dalla sentenza, il giudice potrà compensare le spese o anche condannare la parte a pagare, in tutto o in parte, le spese alla parte soccombente; se a rifiutare la proposta del conciliatore, che avrebbe dato alla controparte quello che ha poi ottenuto nel processo giurisdizionale, è stata la parte soccombente, potrà esservi la condanna per responsabilità aggravata ex art. 96, comma 1, c.p.c.

Gli aspetti strutturali della conciliazione giudiziale⁽¹¹⁾ possono così delinearsi:

- non conciliabilità della controversia su diritti indisponibili;
- non conciliabilità della controversia da parte del difensore non autorizzato;
- nullità dell'atto privo di sottoscrizione della parte;
- conclusione automatica del processo;
- impugnazioni proprie del tipo di negozio giuridico impiegato.

Pertanto, la conciliazione costituisce una *species* del *genus* “risoluzione autonoma delle controversie”, e può essere definitiva come un procedimento, attraverso il quale le parti cercano di individuare il contenuto dell'atto consensuale risolutivo della controversia attraverso la presenza, nel procedimento stesso, di un terzo – il conciliatore – che ha il compito di aiutare le parti ad individuare il contenuto dell'atto in questione.

Nell'ordinamento italiano vi sono diverse ipotesi di procedimenti conciliativi; cominciando dal diritto processuale civile, si parla di tentativo di conciliazione nella prima udienza di trattazione del processo civile ordinario (art. 183, comma 1, c.p.c.), sia di fronte al tribunale in composizione monocratica, sia di fronte al tribunale in composizione collegiale nei casi previsti dalla legge, ed anche dinanzi al giudice di pace (art. 320, comma 1, c.p.c.); il tentativo di conciliazione è obbligatorio nel processo del lavoro, ed è previsto e disciplinato dall'art. 410 c.p.c. (in questo particolare caso, l'organo dinanzi al quale si deve svolgere il tentativo di conciliazione è la commissione di conciliazione); nel procedimento di separazione personale dei coniugi, l'art. 708 c.p.c. dispone che il Presidente del tribunale sente i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, procurando di conciliarli; vi sono poi svariate altre ipotesi nelle quali vi sono i tentativi obbligatori di conciliazione⁽¹²⁾.

L'art. 320 c.p.c., nel disciplinare l'udienza di trattazione davanti al Giudice di pace, dispone che l'interrogatorio libero delle parti in tale

⁽¹¹⁾ Cfr. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 203.

⁽¹²⁾ V. in particolare: art. 46, legge 3 maggio 1982, n. 203, in materia di controversie agrarie; artt. 65-66 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in materia di controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni; art. 10 legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di controversie relative a contratti di subfornitura; art. 194-bis legge 22 aprile 1941, n. 633, così come modificato dall'art. 35 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in materia di diritto d'autore.

udienza è finalizzato in modo preminente al tentativo di conciliazione; entrambe tali attività sono obbligatorie e non più rimesse alla valutazione discrezionale del giudice, parallelamente a quanto disposto dall'art. 183 primo comma c.p.c. Il primo compito dell'organo giudicante è dunque quello di assumere le informazioni essenziali per comprendere i motivi della controversia, e gli opposti interessi che muovono le parti, allo scopo di proporre una soluzione che ponga termine alla lite.

Se la conciliazione riesce se ne redige processo verbale, che, grazie al richiamo espresso all'art. 185 c.p.c., costituisce titolo esecutivo.

Di fronte al giudice ordinario, invece, il tentativo di conciliazione viene esperito alla prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ. fissata dal G.I. all'udienza di prima comparizione.

L'udienza di trattazione, come oggi ci appare, è il frutto di uno sforzo diretto a modellare il disposto del novellato art. 183 cod. proc. civ. sul testo dell'art. 420 cod. proc. civ. che disciplina la discussione nell'udienza del rito del lavoro.

Anzitutto va rilevato che per effetto di un'importante innovazione introdotta con legge n. 353 del 1990, le parti hanno l'onere di comparire personalmente alla suddetta udienza: nel senso che la parte deve adempiere personalmente all'onere e non mediante il proprio difensore.

Questa disposizione assolve a due importanti finalità tra loro collegate: da un lato attraverso l'interrogatorio libero della parte – come già previsto dall'art. 420 cod. proc. civ. – l'acquisizione di elementi utili ai fini della decisione come previsto dall'art. 117 cod. proc. civ.; dall'altro l'effettuazione del tentativo obbligatorio di conciliazione al fine di chiudere la vertenza mediante un accordo tra le parti che scongiuri la prosecuzione del processo (tentativo peraltro rinnovabile in qualsiasi momento dell'istruzione, come sancisce l'art. 185 cod. proc. civ.).

In relazione alla natura personale della comparizione delle parti il comma secondo dell'esaminato articolo, consente alle stesse di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale che – sempre in analogia con quanto disposto dall'art. 420 cod. proc. civ. – deve essere a conoscenza dei fatti di causa e deve essere munito del potere di conciliare e transigere la controversia; poteri questi da attribuirsi a mezzo di apposita procura.

L'analogia con la disciplina del processo del lavoro è ancora più marcata laddove la norma prevede che la mancata comparizione delle parti costituisce comportamento valutabile dal giudice ai sensi degli art. 116 comma 2° cod. proc. civ.. E proprio da questa disposizione si può dedurre la volontà del legislatore di gravare le parti, come nel processo del

lavoro, dell'onere di comparizione personale che si distingue nettamente dal dovere di partecipare alle udienze, poiché vale solo per la prima udienza e riguarda la parte personalmente.

L'onere della comparizione personale della parte è palesemente finalizzato all'esperimento del tentativo di conciliazione, che ovviamente presuppone in capo alle parti la disponibilità dei diritti in contestazione e che, come già menzionato, può in ogni caso essere rinnovato in qualsiasi momento dell'istruzione.

Deve in ogni caso rilevarsi che al di fuori della speciale materia propria del processo del lavoro, caratterizzata da notevole personalizzazione del rapporto e da una certa tipizzazione delle controversie, nella prassi del rito ordinario difficilmente la presenza delle parti ha offerto al giudice elementi significati al fine dell'esperimento del tentativo di conciliazione; l'obbligatorietà dell'istituto si è risolta, nella maggior parte dei casi, in un inutile formalità.

In ogni caso, qualora la conciliazione abbia esito positivo, la stessa produce effetti processuali sia con riguardo alla fine del processo in corso, che si verifica immediatamente ed ipso iure, senza la necessità di una formale dichiarazione di estinzione; sia con riguardo al fatto che la legge attribuisce al documento nel quale la conciliazione viene consacrata efficacia di titolo esecutivo, giusta il dettato dell'art. 185 c.p.c.

Di particolare interesse, nell'ambito della conciliazione endoprocessuale, è la figura della c.d. conciliazione delegata, che consiste nella possibilità per il giudice, ove non sussista alcuna opposizione delle parti, di sospendere per breve tempo il processo invitando le parti stesse ad esperire il tentativo di conciliazione presso un soggetto iscritto in un apposito registro. Questa modalità di conciliazione, prevista nel c.d. Progetto Vaccarella ma non introdotta dal nuovo rito societario, ha trovato ampia applicazione in Inghilterra ed in Francia, con risultati estremamente positivi.

Le dichiarazioni inserite nel verbale di fallita conciliazione, giusta il dettato dell'art. 40, co. 3 (si veda ora il nuovo decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima pubblicazione), non possono essere utilizzate nell'eventuale giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono costituire oggetto di prova testimoniale⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ V. però LUISO, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, p. 237, secondo cui le dichiarazioni inutilizzabili sono quelle a contenuto confessorio, in quanto le proposte di una parte non accettate dall'altra non hanno in sé

L'unico riflesso che il verbale in questione produce è quello previsto dal successivo co. 5, secondo cui “la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione delle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.”⁽¹⁴⁾.

La valutazione in questione, precisa la stessa norma, deve essere effettuata confrontando le posizioni assunte dalle parti con il contenuto della sentenza che definisce il giudizio davanti a sé⁽¹⁵⁾, al fine di escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, il quale può essere altresì condannato, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente.

Tale dettato normativo, che intende promuovere la conciliazione disincentivando atteggiamenti ad essa ostili non fa che applicare sia in ordine alle spese sia in ordine ai danni il principio di causalità, addossandoli a colui che ha dato causa al processo giurisdizionale, rifiutando un'offerta conciliativa rivelatasi poi coincidente con il contenuto della sentenza.

In particolare, nel caso di fallimento della conciliazione dovuto alla mancata partecipazione di colui che sarà poi soccombente nel processo giurisdizionale, il giudice può condannare tale soggetto al risarcimento danni per responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c.

Se, invece, la mancata partecipazione è della parte che risulterà infine vittoriosa nel processo giurisdizionale, il giudice potrà compensare le spese, o anche condannarla al rimborso, in tutto o in parte, delle spese sostenute dalla parte soccombente.

probatoria, essendo proposte contrattuali e non dichiarazioni di scienza. Sull'inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni delle parti, cfr. inoltre ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 727 s.

⁽¹⁴⁾ Nello stesso senso v. l'art. 16, co. 2, in tema di conciliazione giudiziale nella parte in cui prevede che, “ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative”.

⁽¹⁵⁾ Beninteso, il verbale di fallita conciliazione deve essere sempre redatto, anche quando il conciliatore non abbia formalizzato la sua proposta in quanto ciò non gli è stato richiesto dalle parti. Ai fini dell'applicazione della particolare disciplina sulle spese di cui all'art. 40, co. 5, (su cui v. *infra* nel testo), rilevano infatti le posizioni assunte dalle parti e non la proposta del conciliatore. Diversamente ragionando si lascerebbe alle parti la scelta se applicare o meno, nel successivo ed eventuale processo, una sanzione processuale, il che evidentemente non rientra nella loro disponibilità: così GHIRGA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, cit., § 7.

Nel caso di esito negativo dipendente da mancato accordo, il giudice deve effettuare una valutazione comparativa tra le posizioni assunte dalle parti, di cui reca traccia il verbale di fallita conciliazione, e la sua sentenza, onde verificare quale “offerta conciliativa” sia più vicina al contenuto della sentenza.

Se la parte vittoriosa all’esito del processo ha rifiutato l’offerta conciliativa dell’altra parte, raggiungendo peraltro con la sentenza un risultato analogo a quello che avrebbe ottenuto in sede conciliativa, il giudice può compensare le spese o, in totale deroga al principio di soccombenza, può condannare la parte vittoriosa a pagare, in tutto o in parte, le spese della parte soccombente.

Nell’ipotesi inversa, ossia di rifiuto da parte del soccombente in giudizio dell’offerta conciliativa, poi sostanzialmente recepita dalla sentenza, il giudice può addirittura condannare tale soggetto per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell’art. 96 c.p.c.

2. IL PROGRESSIVO SVILUPPO DELLA CONCILIAZIONE NEL NOSTRO ORDINAMENTO

Lo strumento della conciliazione è stato oggetto di numerose leggi speciali che ne hanno disciplinato ed esteso l'ambito di applicazione, contribuendo a rafforzare la cittadinanza di tale istituto nel nostro ordinamento.

2.1. La conciliazione in materia di telecomunicazioni

La conciliazione in materia di telecomunicazioni è disciplinata dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, che istituisce l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni e contiene norme sui sistemi di telecomunicazione e radiotelevisivo.

Il comma 11 dell'art. 1 della predetta legge impone l'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione per alcune controversie attinenti alla materia delle telecomunicazioni e della radiotelevisione.

Si tratta quindi di una conciliazione stragiudiziale obbligatoria che, secondo la lettera dell'art. 1, co. 11, l. 249/97, impedisce l'accesso alla tutela giurisdizionale finché la conciliazione non è conclusa – il che non significa raggiungimento dell'accordo – e sospende i termini per agire in giudizio finché non sia scaduto il termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

La validità della conciliazione obbligatoria è, tuttavia, discussa ed è stata recentemente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale per sospettata violazione del principio di uguaglianza, del diritto di difesa e del principio del giudice naturale precostituito per legge⁽¹⁶⁾.

Il Giudice delle leggi non ha, tuttavia, preso posizione sul merito della questione rimessagli in quanto l'ordinanza di remissione era viziata ma ha

⁽¹⁶⁾ Ordinanza n. 125/2006, su www.altalex.com.

rilevato che il giudice rimettente non ha tentato una interpretazione della norma conforme alla Costituzione, cercando di attribuire al tentativo obbligatorio di conciliazione il valore di condizione di mera procedibilità dell'azione, dimostrando così di propendere per questa soluzione.

Secondo questa interpretazione il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non impedirebbe l'accesso alla tutela giurisdizionale ma lo ritarderebbe per il tempo necessario a concludere la procedura di conciliazione.

Occorre peraltro aggiungere che, durante lo svolgimento della conciliazione, i termini processuali sono sospesi in modo da evitare che l'attore sia danneggiato dal protrarsi della procedura che non potrà protrarsi oltre trenta giorni dalla proposizione dell'istanza.

L'ambito di applicazione della conciliazione in materia di telecomunicazioni è esteso, secondo l'art. 1, co. 11, l. 249/97, a tutte le *“controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro”*.

Il procedimento di conciliazione è puntualmente regolato, in conformità della l. 249/97 dall'allegato A alla Delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 182/02/CONS del 19 giugno 2002.

Tale delibera è stata emanata non solo in virtù dell'art. 1, co. 11, l. 249/97 ma anche nel rispetto dei criteri minimi adottati dalle istituzioni dell'Unione europea per la regolamentazione delle procedure non giurisdizionali a tutela dei consumatori e degli utenti, come previsto dall'art. 1, co. 12, l. 249/97.

Gli organismi di conciliazione sono, secondo la Delibera, gli organismi che svolgono procedure di conciliazione per la risoluzione delle controversie insorte tra consumatori e professionisti, conformemente anche ai principi di cui alla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE.

In particolare, il tentativo di conciliazione obbligatorio dovrà essere esperito presso il Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom) competente.

La competenza territoriale dovrà essere individuata sulla base dei seguenti criteri:

⁽⁵⁾ L'accordo che si conclude con la sottoscrizione da parte solo di una minoranza dei creditori, e magari con uno soltanto, non potrà ottenere l'omologazione e sarà privo delle garanzie connesse.

- per le controversie riguardanti reti telefoniche fisse si avrà riguardo al luogo in cui è ubicata l'utenza telefonica;
- per le controversie riguardanti reti telefoniche mobili si avrà riguardo al luogo in cui l'utente ha la residenza o il domicilio.

La competenza del Corecom non è, tuttavia, esclusiva, in quanto all'art. 12 della Delibera si legge che *“gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE”*.

La procedura ha inizio con la presentazione al Corecom di un'istanza contenente alcuni elementi a pena d'inammissibilità riguardanti l'identificazione dell'istante, della controparte e dell'utenza telefonica.

Nell'istanza devono essere sinteticamente indicati i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti e comunicati i precedenti tentativi di composizione della controversia.

L'istanza deve naturalmente essere sottoscritta e consegnata o inviata al Corecom.

L'assistenza di un legale è facoltativa.

Verificata l'ammissibilità della domanda il Corecom invita le parti a presentarsi al tentativo di conciliazione. All'udienza di conciliazione le parti compaiono personalmente oppure a mezzo di persona munita di procura generale o speciale idonea a conciliare o transigere la controversia e il responsabile del procedimento procede al tentativo di conciliazione, che può perfezionarsi in una sola udienza o essere differito su richiesta anche di una sola delle parti.

L'art. 10 della Delibera impone la riservatezza delle dichiarazioni effettuate dalle parti all'udienza di conciliazione in quanto, salvo diverso accordo, *“nessuna di esse, in occasione di altro procedimento arbitrale o di un giudizio promosso dinanzi all'Autorità giudiziaria o a qualsiasi altra Autorità indipendente, può utilizzare le dichiarazioni e le offerte di composizione fatte dall'altra parte durante la procedura”*.

Se la conciliazione ha esito positivo, se ne redige verbale in cui si indicano i punti controversi e si prende atto dell'accordo. Il verbale si perfeziona con la sottoscrizione delle parti e del responsabile del procedimento o da un suo delegato che ne certifica l'autografia.

Se la conciliazione non riesce, si redige comunque un verbale nel quale si dà atto del tentativo di conciliazione e nel quale le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano.

Il procedimento di conciliazione, così come configurato nella Delibera,

conosce anche una fase successiva o, se si vuole, un secondo grado, poiché le parti congiuntamente o solo l'utente possono deferire la controversia all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni secondo la competenza attribuitagli dall'art. 18 d.p.r. 19 settembre 1997, n. 318 e secondo il regolamento contenuto nella Delibera dell'Autorità stessa n. 148/01/CONS del 28 marzo 2001.

La procedura davanti all'Autorità deve essere definita entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, anche se il termine può essere abbreviato a sessanta giorni su richiesta motivata.

La norma si pone così in contrasto con l'art. 1, co. 11, l. 249/97, secondo il quale il procedimento obbligatorio di conciliazione deve concludersi in trenta giorni. La conseguenza del protrarsi del procedimento oltre tale termine, a seguito della proposizione dell'istanza di secondo grado, può avere serie ripercussioni sui termini per proporre l'azione processuale perché l'art. 1, co. 11, l. 249/97 ne dispone la sospensione al massimo per trenta giorni.

L'esperimento della conciliazione impedisce al fornitore del servizio di telecomunicazione di sospendere il servizio se non per il mancato pagamento del servizio o qualora sussistano gravi motivi quali la frode o l'insolvenza (art. 5 Delibera 182/02/CONS).

L'utente può far valere il proprio diritto alla prosecuzione del rapporto chiedendo un'apposita tutela al Dipartimento garanzie e contenzioso dell'Autorità purché la conciliazione sia iniziata o sia in corso.

2.2. La conciliazione in materia di franchising

La disciplina in materia di affiliazione commerciale c.d. franchising è stata introdotta dalla legge 6 maggio 2004, n. 129. Essa, in primo luogo, fornisce una definizione del contratto di affiliazione commerciale e, nel contempo, ne detta i contenuti essenziali.

L'art. 1 della l. 129/04 enuncia che *“l'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”*.

Il contratto di franchising deve essere stipulato per iscritto a pena di

nullità e, come ogni altro contratto, può contenere una clausola specifica di ADR con la quale le parti sottraggono alla giurisdizione ordinaria tutte o alcune delle controversie che potranno sorgere dal contratto medesimo.

La l. 129/04 attribuisce espressamente alle parti del contratto di affiliazione la facoltà di stabilire che prima di adire l'autorità giudiziaria o di ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nella cui competenza territoriale ha sede l'affiliato (art. 7).

Si dispone, altresì, che il procedimento di conciliazione sia regolato dalle norme sulla conciliazione societaria di cui agli artt. 38, 39 e 40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 28 ottobre 2009.

L'art. 23 di tale decreto, ha, tuttavia, abrogato la conciliazione societaria di cui agli artt. 38, 39 e 40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e si applicheranno le norme contenute nel nuovo decreto.

La recente riforma del processo civile che ha abrogato il c.d. rito societario ha conservato l'arbitrato e la conciliazione societaria (art. 54, l. 69/09) poi abrogate dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore.

La medesima riforma di cui alla l. 69/2009, all'art. 60, contiene una delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali che detta un serie di principi e criteri direttivi finalizzati, anche secondo le raccomandazioni dell'Unione Europea, ad assicurare uniformità, correttezza e facilità nell'accesso a queste forme alternative di risoluzione delle controversie.

La conciliazione in materia di affiliazione commerciale si pone quindi all'interno di un quadro normativo complesso, destinato a cambiare a seguito dell'esercizio, da parte del Governo, della delega legislativa attribuitagli dal Parlamento.

È possibile, tuttavia, *de iure condendo*, svolgere alcune osservazioni generali sulla conciliazione in tema di *franchising*.

Si tratta, anzitutto, di un tipo di conciliazione stragiudiziaria facoltativa, la cui previsione è interamente demandata alla volontà dell'affiliante e dell'affiliato in sede contrattuale.

Come anticipato, la disciplina del procedimento conciliativo è demandata interamente alla conciliazione societaria, a seguito del rinvio operato dall'art. 7 della l. 241/2009.

Il medesimo articolo stabilisce, altresì, che l'organismo competente per la conciliazione è la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura individuata in base alla sede dell'affiliato. Si intravede, quindi,

un *favor* del legislatore verso l'affiliato ossia il soggetto che esercita l'attività messaggi a disposizione dell'affiliante e che, presumibilmente, rappresenta il soggetto più debole del rapporto.

S'impone, dunque, un'analisi di compatibilità della disciplina sulla conciliazione stragiudiziale societaria alla conciliazione in materia di *franchising*.

Anzitutto, l'art. 38 d.lgs. 5/2003 (a seguito dell'abrogazione della conciliazione societaria da parte del decreto 28 ottobre 2009, i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto) stabilisce che la conciliazione societaria può essere esercitata da organismi pubblici e privati che siano iscritti all'apposito registro tenuto dal Ministro della Giustizia.

Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono costituire organismi di conciliazione che hanno diritto all'iscrizione nell'apposito registro (art. 4 d.m. 23 luglio 2004, n. 222).

Ne consegue che le Camere di commercio possono istituire organismi di conciliazione specializzati in contratti di affiliazione commerciale che hanno diritto ad ottenere l'iscrizione presso il registro ministeriale e, così, essere abilitate a fornire il relativo servizio conciliativo.

Ci si può chiedere se la competenza delle Camere di commercio in tema di *franchising* sia inderogabile, stante il dictat della disposizione di cui all'art. 7 l. 129/04.

La disposizione va letta nel complesso delle norme che disciplinano la conciliazione in materia civile e commerciale e in ossequio all'intento del legislatore di uniformare la disciplina di settore, come dimostrato dalla l. 69/2009.

Tra i principi e criteri direttivi ai quali dovrà attenersi il Governo nell'esercizio della delega in tema di conciliazione si legge, infatti, che la mediazione dovrà essere svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione e che la mediazione sia regolata anche mediante l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (si rinvia con l'entrata in vigore del decreto 28 ottobre 2009 alle corrispondenti disposizioni in esso contenute).

Come si vede dal complesso normativo, l'unico requisito richiesto, al fine di esercitare validamente il servizio, è che l'organismo di conciliazione ottenga l'iscrizione presso il registro ministeriale.

Ne consegue che la conciliazione, in qualsiasi campo, può essere effettuata da organismi pubblici e privati iscritti al registro.

Non avrebbe senso pertanto limitare l'esercizio della conciliazione in

materia di *franchising* alle Camere di commercio perché queste, secondo la legge, non hanno delle competenze in più rispetto ad altri organismi privati o pubblici in quanto l'iscrizione al registro garantisce che tutti gli organismi iscritti siano in grado di adempiere professionalmente l'incarico affidatogli dalle parti.

La gestione della conciliazione in materia di affiliazione commerciale anche da parte di organismi diversi dalle Camere di commercio sarebbe consentito, inoltre, dal rinvio dell'art. 7 l. 129/2004 agli artt. 38 e ss. d.lgs. 5/2003 (si rinvia in materia di mediazione e conciliazione alle disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

In conclusione, quindi, l'affiliante e l'affiliato possono stabilire che la conciliazione stragiudiziale avente ad oggetto le controversie nascenti dal contratto di *franchising* sia gestita da uno qualsiasi degli organismi iscritti all'apposito registro, compresi, naturalmente, gli organismi delle Camere di commercio.

Quanto al procedimento di conciliazione occorrerà, nel silenzio della legge, aver riguardo ai regolamenti di procedura approvati dai medesimi organismi, i quali dovranno essere redatti nel rispetto dell'art. 40 d.lgs. 5/03 (si rinvia alle disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) che detta i seguenti principi generali:

- riservatezza del procedimento;
- imparzialità del conciliatore e sua idoneità a svolgere l'incarico;
- divieto di utilizzare le informazioni raccolte durante la conciliazione nel successivo ed eventuale giudizio o come oggetto di prova testimoniale;
- il verbale della raggiunta conciliazione, una volta omologato dal Tribunale, diviene titolo esecutivo.

Occorrerà tener conto, altresì, dei principi e criteri direttivi stabiliti dall'art. 60 l. 69/2009 i quali stabiliscono, tra gli altri, la durata massima di quattro mesi del procedimento e il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione.

2.3. La conciliazione in materia di tutela del risparmio

La materia dei servizi d'investimento e di risparmio è disciplinata dalla legge 262 del 2005, la quale all'art. 27 prevede una delega al Governo in

materia di procedure di conciliazione.

In virtù della delega è stato emanato il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, il quale istituisce la procedura di conciliazione nelle *“controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l’adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela”*.

La conciliazione è devoluta alla Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob ed è disciplinata dalla Consob stessa con regolamento.

La Camera di conciliazione mette a disposizione degli interessati un elenco di professionisti deputati a svolgere le conciliazioni e può avvalersi di altri organismi di conciliazione.

Tali organismi, secondo la regola generale, devono ottenere l’iscrizione presso il registro tenuto dal Ministro di Giustizia, ai sensi dall’articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (si rinvia alle future disposizioni contenute nel decreto 28 ottobre 2009 in materia di mediazione e conciliazione) e dell’art. 4 del d.m. 23 luglio 2004, n. 222.

La Camera di conciliazione, così come costituita dal regolamento Consob, risulta essere un organismo di emanazione di un soggetto pubblico, privo di personalità giuridica e che, per legge, deve avvalersi di risorse e strutture individuate dalla Consob, insediato presso gli uffici delle sedi della Consob (art. 3, comma 4 del regolamento).

L’iscrizione nell’elenco dei conciliatori è subordinata a domanda alla Camera e al possesso dei requisiti di professionalità ed onorabilità indicati all’articolo 4, comma 4, lettere a) e b), del decreto ministeriale 23 luglio 2004, n. 222.

I conciliatori devono possedere requisiti di qualificazione professionale che possono derivare da una triplice posizione soggettiva: o docenti universitari in materie giuridiche od economiche, o per mera anzianità, vale a dire, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie da almeno quindici anni, nonché magistrati in quiescenza, ovvero per vera qualificazione professionale a seguito di partecipazione a corsi di formazione organizzati da enti pubblici, università, ovvero enti privati accreditati, sulla base di uno standard minimo di 40 ore di formazione, di cui 16 di pratica e 4 di valutazione (art. 4), per un numero massimo di trenta partecipanti.

I conciliatori devono, altresì, possedere requisiti di onorabilità derivanti dal non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione, né avere riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi;

non essere stati interdetti, in via perpetua o temporanea, dai pubblici uffici; non essere stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza e non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

Il regolamento prevede che non è ammessa l'iscrizione a più di due organismi oltre a quello della Consob, pena la perdita dei requisiti per la permanenza all'interno dell'elenco.

Il ricorso alla Camera di conciliazione presso la Consob non deve considerarsi esclusivo, potendo gli investitori rivolgersi ad altri organismi competenti purché siano iscritti nell'apposito registro ministeriale.

Ciò si desume dall'art. 4, comma 2, d.lgs. 179/2007, il quale, sancendo l'improponibilità della conciliazione presso la Consob qualora la medesima controversia sia stata già devoluta ad altro organismo di conciliazione, ammette implicitamente l'alternatività tra la conciliazione presso la Consob e altri organismi conciliativi.

Si desume, altresì, dall'art. 4, comma 8, d.lgs. 179/2007, il quale, attribuendo alla Consob la facoltà di designare un diverso organismo di conciliazione, nega implicitamente l'esclusività della conciliazione presso la Consob.

Il funzionamento della Camera di conciliazione è regolato dalla Consob, di concerto con la Banca d'Italia, a garanzia dell'imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori.

È garantita la riservatezza del procedimento e, secondo i principi generali, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le violazioni degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

L'attivazione della procedura si concretizza attraverso il deposito presso la Camera di conciliazione e di arbitrato di una domanda, il cui contenuto è stato definito all'art. 8, comma 1, del regolamento, la quale deve essere stata previamente comunicata all'intermediario con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione, dopo di che deve essere depositata nel termine di trenta giorni, unitamente con il pagamento delle spese di avvio del procedimento.

La domanda di conciliazione non può essere proposta in mancanza della proposizione di un reclamo all'intermediario, ovvero laddove non sia decorso il termine di novanta giorni dalla presentazione del reclamo stesso, senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le propri

determinazioni.

È garantita la celerità del procedimento che deve essere concluso nel termine massimo di sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione.

La Camera deve provvedere, nel termine di cinque giorni dal deposito, a valutare l'ammissibilità dell'istanza, invitando l'investitore a integrarne o correggerne il contenuto entro un congruo termine.

L'intermediario, che ha già ricevuto l'istanza di conciliazione da parte dell'investitore, ai sensi dell'art. 8, comma 2 del regolamento, a seguito di formale invito da parte della Camera di conciliazione e di arbitrato, deve aderire al tentativo di conciliazione entro cinque giorni dal deposito dell'istanza, ovvero delle richieste integrazioni e correzioni, mediante il deposito di un atto di replica da redigersi in base alle modalità indicate dal quarto comma dello stesso art. 8 del regolamento.

In caso di mancata adesione dell'intermediario al tentativo di conciliazione, la Camera ne dà formale attestazione all'investitore; per contro, in caso di adesione da parte dell'intermediario, la Camera di conciliazione e di arbitrato provvede alla nomina del conciliatore ed a comunicare il relativo nominativo alle parti.

Ai sensi dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 179 del 2007, che richiama espressamente il secondo comma dell'art. 40 del d.lgs. n. 5 del 2003 (si rinvia alle disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore), nell'ipotesi in cui il tentativo di conciliazione abbia esito negativo, alla luce di un mancato accordo delle parti, e solamente nel caso in cui queste ne facciano espressa richiesta, il procedimento si conclude con una proposta effettuata dal conciliatore rispetto alla quale ciascuna di esse indica la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali sarebbe disposta a conciliare.

Ai sensi dell'art. 40, comma 8 e dell'art. 14 del regolamento Consob, la conciliazione, in caso di esito positivo, si conclude con un verbale sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Tale verbale è suscettibile di ottenere efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, mediante omologazione con decreto da parte del presidente del tribunale del circondario ove ha avuto luogo il tentativo di conciliazione, sulla base del procedimento previsto dall'art. 8 del d.m. n. 222 del 2004.

L'art. 3 d.lgs. 179/2007, in conformità alla l. 262/2005, prevede uno strumento aggiuntivo di tutela degli investitori nei confronti degli intermediari: l'indennizzo.

Se, infatti, il procedimento di conciliazione si conclude con il

riconoscimento della violazione da parte degli intermediari degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori, il conciliatore può riconoscere un indennizzo a favore dell'investitore per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal predetto inadempimento.

È fatto comunque salvo il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito.

Sempre nell'ambito della tutela della clientela delle banche e degli intermediari finanziari di cui al Testo Unico Bancario è opportuno segnalare la nascita, nel febbraio 2007, del Conciliatore Bancario Finanziario, su iniziativa dei primi dieci gruppi bancari con il coordinamento dell'Associazione Bancaria Italiana.

Il Conciliatore Bancario è un'associazione che mette a disposizione della clientela bancaria una serie di servizi finalizzati alla più rapida soluzione delle controversie sorte con gli intermediari, accomunati dall'estraneità all'autorità giudiziaria ordinaria.

In particolare il Conciliatore Bancario raggruppa i tre principali servizi di soluzione alternativa delle controversie: l'Ombudsman - Giurì Bancario, la conciliazione e l'arbitrato.

Per quanto concerne specificamente il servizio di conciliazione, il Conciliatore Bancario ha costituito l'Organismo di conciliazione bancaria, iscritto al n. 3 del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (si rinvia alla nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

L'accesso a questo servizio di ADR è regolato nel dettaglio dal Regolamento di procedura per la conciliazione, emanato dallo stesso Organismo di conciliazione e in vigore dal 1° febbraio 2009.

Il regolamento si conforma al d.m. 23 luglio 2004, n. 222 e disciplina sia i requisiti dei singoli conciliatori che il procedimento di conciliazione.

La conciliazione bancaria si applica dunque a tutte le controversie inerenti le materie di cui al d.lgs. n. 385/1993 e, più in generale, a tutte le vertenze legate al rapporto contrattuale tra intermediario e cliente.

L'accesso alla conciliazione può avvenire su iniziativa di entrambe le parti e il procedimento deve concludersi entro sessanta giorni dalla data della prima riunione.

Sul contenuto delle dichiarazioni fornite dalle parti nel corso delle singole riunioni il regolamento garantisce il massimo riserbo e la più

completa riservatezza tanto che l'art. 5 vieta qualsiasi verbalizzazione o registrazione di quanto dichiarato nel corso della conciliazione ad esclusione solamente del verbale conclusivo del procedimento nel quale si attesta l'avvenuta conciliazione o i punti sui quali le parti hanno raggiunto un accordo su proposta del conciliatore.

Anche se il regolamento tace sul punto occorre attribuire al verbale di conciliazione, una volta omologato dal Presidente del tribunale in cui ha sede l'organismo, valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale perché così dispone l'art. 60 l. 69/2009 e lo schema di decreto legislativo approvato dal Governo.

2.4. La conciliazione nel nuovo codice del consumo

Il Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) prevede alcune ipotesi della conciliazione stragiudiziale amministrata per la salvaguardia dei diritti dei consumatori.

L'art. 140, co. 2 (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) prevede il tentativo facoltativo di conciliazione.

Il co. 2 dell'art. 140 d.lgs. n. 206/2005, difatti, stabilisce la possibilità per le associazioni, nonché i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2 di attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141.

La procedura deve, tuttavia, concludersi entro sessanta giorni.

Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, è depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

Il processo verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

Negli ultimi anni si è sviluppata anche la *conciliazione paritetica* in diversi settori che sono stabiliti da Protocolli di Intesa sottoscritti da importanti aziende (Telecom Italia S.p.A., Poste Italiane, etc.) e le associazioni dei consumatori ed utenti.

La conciliazione paritetica è, tuttavia, uno strumento di conciliazione

interna all'azienda ed è composta da due conciliatori cioè da un rappresentante del consumatore – utente e da un rappresentante dell'azienda.

La legge finanziaria del 2008 ha, tuttavia, previsto una particolare ipotesi di azione collettiva risarcitoria⁽¹⁷⁾.

Le associazioni dei consumatori e degli utenti sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

Sono legittimate ad agire anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela in esame devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva.

Se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria.

La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva.

È fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva.

⁽¹⁷⁾ CAPONI, *Strumenti di tutela collettiva nel processo civile: l'esempio tedesco*, in AA.VV., *Le azioni collettive in Italia, Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Milano, Franco Angeli, 2007, 66.

Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine dei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo.

In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni (si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

2.5. La conciliazione nelle controversie dei patti di famiglia

La Legge 14 febbraio 2006 n. 55, ha introdotto nel codice civile l'istituto giuridico dei patti di famiglia nel capo, il V- *bis*, nell'ambito del titolo IV del libro II dello stesso codice, artt. 768-*bis* – 768-*octies* c.c.

La nuova disciplina è stata introdotta proprio per disciplinare la deroga parziale al divieto dei patti successori disciplinati nell'art. 458 c.c. il quale nella parte iniziale è stato anche modificato per l'inevitabile esigenza di coordinamento normativo alla luce della nuova disciplina.

L'art. 768-*bis* c.c. definisce il patto di famiglia come un contratto con cui l'imprenditore trasferisce la propria azienda in tutto o in parte ad uno o più discendenti e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti. A pena di nullità il contratto deve essere concluso per atto pubblico.

Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che

sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore.

Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 e ss.; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura.

I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti.

Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione.

Il patto può essere impugnato dai partecipanti ai sensi degli articoli 1427 e seguenti.

L'azione si prescrive nel termine di un anno.

All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'articolo 768-*quater*, aumentata degli interessi legali. L'inosservanza delle disposizioni del primo comma costituisce motivo di impugnazione ai sensi dell'articolo 768-*quinquies*.

L'art. 768-*septies* c.c. stabilisce, invece, che il contratto può essere sciolto o modificato dalle medesime persone che hanno concluso il patto di famiglia nei modi seguenti:

- 1) mediante diverso contratto, con le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo;
- 2) mediante recesso, se espressamente previsto nel contratto stesso e, necessariamente, attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio.

Ai sensi dell'art. 768-*octies* c.c. le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (vi veda ora il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) cioè ad un ente pubblico o privato iscritta nell'apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia.

In tali casi la procedura conciliativa da seguire è quella prevista per la conciliazione societaria disciplinata dagli artt. 38, 39, 40 d.lgs. n. 5/2003

(si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

2.6. La conciliazione amministrata: le esperienze in Italia

Si ha conciliazione amministrata quando le parti accettano la proposta di un ente che offre al pubblico una procedura conciliativa attraverso la pubblicità del regolamento di servizio e del tariffario.

L'istituzione e la parte addivengono ad un accordo attraverso un contratto di amministrazione della conciliazione.

La pubblicità del regolamento e i servizi conciliativi offerti dell'istituto avviene attraverso l'offerta al pubblico e il rapporto tra le parti si conclude, quindi, quando l'ente di conciliazione viene a conoscenza che la proposta è stata accettata dalle parti ai sensi dell'art. 1326 c.c.

È considerata conciliazione amministrata anche quella offerta dalle Camere di Commercio che rappresentano gli istituti che hanno incentivato il ricorso a tale procedura conciliativa in Italia.

La Legge n. 580/1993 intitolata *Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura* ha stabilito all'art. 4 co. 2 che le camere di commercio singolarmente o in forma associata possono promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti.

Anche la legge sulla subfornitura delle attività produttive all'art. 10 l. 192/1998 ha stabilito le controversie relative ai contratti di subfornitura sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580.

Un'esperienza di procedura conciliativa amministrata si ravvisa anche nel settore turistico.

L'art. 4 co. della legge n. 135/2001 *Riforma della legislazione nazionale del turismo* ha stabilito che le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, singolarmente o in forma associata ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, costituiscono le commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti inerenti la fornitura di servizi turistici.

È fatta salva la facoltà degli utenti, in caso di conciliazione per la risoluzione di controversie con le imprese turistiche, di avvalersi delle

associazioni dei consumatori.

La conciliazione societaria trova fondamento normativo Titolo VI del decreto n. 5/2003, agli artt. 38 - 40, intitolato *“Della conciliazione stragiudiziale”* (si veda ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Essa è stata annoverata nell’ambito delle forme extraprocessuali amministrative di risoluzione delle controversie, mantenendo in ogni caso un significativo collegamento con il processo societario vero e proprio.

La *ratio* del ricorso a tale strumento di conciliazione amministrata è quella di effettuare un effetto deflattivo del contenzioso.

L’art. 38 d.lgs n. 5/2003 (si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) disciplina che gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all’articolo 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia.

2.7. La conciliazione medica

L’incremento nel nostro Paese degli errori medici in campo oncologico con le conseguenti richieste del risarcimento del danno non patrimoniale, sta attualmente comportando il ricorso da parte degli operatori sanitari a forme di mediazione affidate a soggetti estranei all’organizzazione giudiziaria.

La mediazione in materia sanitaria trova origine già nell’art. 3 d.l. C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233 (*Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse*) e successive modifiche effettuate dalla Legge 15 gennaio 1955, n. 15 e dalla Legge 21 ottobre 1957, n. 1027 che attribuisce al Consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio il potere di interpersi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari e per altre questioni inerenti all’esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse.

Il disegno di legge n. 1598/2007 (*Disposizioni in materia di sicurezza delle strutture sanitarie e gestione del rischio clinico, nonché di attività libero professionale*

intramuraria e di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale) all'art. 3 stabilisce che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano adottano, presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere universitarie, policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, nei limiti delle risorse finanziarie, umane e strumentali complessivamente disponibili, misure organizzative atte a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del servizio sanitario nazionale, fermo restando il contenimento delle spese connesse al contenzioso.

Le Regioni e le Province autonome verificano annualmente, con riferimento agli ultimi tre esercizi, il concreto conseguimento dei obiettivi di contenimento della spesa.

Le misure previste nel primo comma sono, tuttavia, adottate tenendo conto di determinati principi e criteri direttivi e cioè della previsione della non obbligatorietà della conciliazione, quale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie e della garanzia della imparzialità, professionalità, celerità delle procedure e adeguata rappresentatività delle categorie interessate.

Sempre in materia di mediazione sanitaria l'Ordine dei medici chirurghi e degli Odontoiatri di Roma insieme ad alcune compagnie di assicurazione e ad un Centro Studi Assicurativi hanno istituito uno "Sportello di Conciliazione" che ha come obiettivo di risolvere i conflitti sorti tra i cittadini e i sanitari.

Lo "Sportello Conciliazione", che ha sede presso l'ordine dei Medici chirurghi e degli odontoiatri di Roma, conferisce ad un apposito ente il tentativo di conciliazione.

Il tentativo di conciliazione può essere richiesto dai cittadini che sono stati pregiudicati da errori diagnostici e terapeutici.

I cittadini possono avanzare un risarcimento del danno per un importo non superiore a Euro 25.000.

L'ordine dei Medici di Roma offre ai cittadini un servizio gratuito di conciliazione.

I cittadini sopportano le spese legali del loro difensori.

Il costo dell'intera procedura è a carico dell'Ordine dei Medici di Roma e dell'assicurazioni che aderiscono a tale iniziativa⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ VACCA, *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'Ordine dei Medici di Roma*, in *I contratti*, n. 10/2007, 933.

3. LA GENERALIZZAZIONE DELLA CONCILIAZIONE COME CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ DEL PROCESSO: DALLA CONCILIAZIONE SOCIETARIA ALLA RECENTE LEGISLAZIONE SULLA CONCILIAZIONE

3.1. Aspetti generali della conciliazione societaria

L'introduzione, nell'ambito delle controversie societarie, di un modello di risoluzione alternativa delle controversie testimonia la rilevanza della conciliazione stragiudiziale quale strumento per rispondere ad una crescente domanda di giustizia, cui l'autorità giudiziaria non pare in grado di far fronte.

La composizione delle controversie in sede stragiudiziale, infatti, permette ad un certo numero di liti di trovare una soluzione prima del ricorso al giudice, consentendo di alleviare il carico della giustizia ordinaria attraverso l'impiego delle scarse risorse disponibili nel sistema per la risoluzione di quei conflitti che necessitano effettivamente di una definizione in sede giudiziaria.

La conciliazione delle liti in materia societaria è disciplinata dal Titolo VI del decreto n. 5/2003, agli artt. 38-40, intitolato "*Della conciliazione stragiudiziale*", ed è stata quindi collocata nell'ambito delle forme extraprocessuali amministrative di risoluzione delle controversie (si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Alla procedura conciliativa è stata tuttavia attribuita natura volontaria, sganciandosi così da precedenti esperienze disciplinate dal nostro ordinamento, che ne prevedono l'obbligatorietà.

Il tentativo di conciliazione non è, così, obbligatorio, come avviene invece nel rito del lavoro ex art. 410 c.p.c.

Per quanto in forma semplificata⁽¹⁹⁾, dunque, il meccanismo della conciliazione stragiudiziale è stato ricalcato sul modello del processo del

⁽¹⁹⁾ Così BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in *Riv. arb.* 2004, 230.

lavoro, con la differenza, appunto, che il tentativo di conciliazione non è obbligatorio ma è azionato su istanza di parte⁽²⁰⁾.

Tuttavia, nell'ambito della riforma, qualche profilo di obbligatorietà in tema di conciliazione stragiudiziale fa ancora capolino.

L'art. 40, co. 6, stabilisce, infatti, che ove il contratto ovvero⁽²¹⁾ lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione⁽²²⁾ e il

⁽²⁰⁾ Ciò in ragione del fatto che il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro ha mancato il fine per il quale era stato previsto: le parti non sono facilmente disposte a conciliare prima del processo, e se ciò avviene è grazie all'intervento dei legali e non di un terzo; il tentativo di conciliazione non sortisce effetti nemmeno di fronte al giudice alla prima udienza ex art. 420 c.p.c.; infine, il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro ha la sola utilità di formalizzare transazioni già raggiunte dalle parti, per esclusivo merito loro o dei loro legali, ed affrancare così il datore di lavoro dalle conseguenze previste dall'art. 2113 c.c. Sulla base di queste considerazioni, il legislatore ha ritenuto di non dover assimilare totalmente il tentativo di conciliazione stragiudiziale del nuovo processo societario a quello previsto per il rito del lavoro: posto che quest'ultimo non ha raggiunto pienamente gli scopi che con esso ci si prefiggeva di raggiungere, si è ritenuto di servirsi del modello del rito del lavoro ma modificandolo e prendendone ispirazione, ma senza riportarlo integralmente; in questo senso anche MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione*, cit., § 12.

⁽²¹⁾ Ci si è chiesti in che modo debba essere interpretato il termine "ovvero", contenuto all'inizio della norma qui riportata. Se si ritiene che il termine "ovvero" abbia un significato disgiuntivo, posto che la clausola di conciliazione debba essere correttamente inserita soltanto nello statuto il riferimento al contratto è ad ogni contratto che la società vada a stipulare con i terzi: tuttavia questa interpretazione non sembra accettabile, anche in ragione del tenore letterale dello stesso articolo. Ritenendo invece che il termine "ovvero" non è da intendersi in senso disgiuntivo, la clausola di conciliazione è vincolante a prescindere dal tipo di atto nel quale sia stata inserita: sembra essere questa l'interpretazione accettabile. A nostro parere, ritenere che una clausola di conciliazione sia vincolante solo se inserita nell'atto costitutivo della società sembra snaturare quello che è poi lo spirito della clausola stessa: finirebbe per operare solo a metà, e dunque non si vede per quale motivo si debba inserire una clausola che finisce per essere operante solo in parte. Appare dunque preferibile ritenere che la clausola di conciliazione sia operativa e vincolante a prescindere dall'atto in cui essa è inserita: dunque, che si trovi nell'atto costitutivo o nello statuto è del tutto indifferente per l'operatività della clausola di conciliazione.

⁽²²⁾ *Contra* CUOMO ULLOA, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 1065, che afferma che "questa tesi è certamente apprezzabile per la volontà di circoscrivere gli aspetti maggiormente coercitivi della nuova disciplina, ma non sembra trovare un valido appiglio normativo nel testo che, sia ai fini dell'applicazione del meccanismo sanzionatorio, sia ai fini degli altri effetti connessi alla effettuazione del tentativo, non fa alcuna distinzione a seconda della presenza o meno della clausola: l'inserimento della clausola ha dunque il solo effetto di impedire momentaneamente il ricorso alla via giurisdizionale, e non quello di creare un tipo di conciliazione diverso".

tentativo non risulti esperito, la parte convenuta (direttamente) in giudizio può eccepire la violazione dell'obbligo contrattualmente assunto⁽²³⁾ (si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Il giudice, dal canto suo, ove si convinca della fondatezza dell'eccezione, sospende il processo ed assegna alle parti un termine compreso fra trenta e sessanta giorni per la proposizione dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero a quello indicato dal contratto o dallo statuto. Se entro questo termine l'istanza per la conciliazione non è depositata, la parte interessata alla prosecuzione del processo può riassumerlo entro sei mesi. Analogamente il processo può essere riassunto se la conciliazione non riesce, ovvero se, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione, il procedimento conciliativo non sia ancora concluso.

Dunque, se non viene esperito il tentativo di conciliazione, pur in presenza di una clausola statutaria in tal senso, il giudice del merito dispone la sospensione del procedimento (per un termine massimo di 60 giorni), al fine di promuovere il tentativo di conciliazione⁽²⁴⁾. Da qui la vincolatività processuale del tentativo di conciliazione stragiudiziale previsto da apposita clausola contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in presenza dell'apposita clausola contrattuale o statutaria può desumersi altresì dalle conseguenze

⁽²³⁾ BORGHESI, *op.cit.*, 229, afferma che “non mi pare quindi esatto quanto si legge in alcuni dei primi commenti alla riforma, e cioè che quello in esame sarebbe «un tentativo di conciliazione stragiudiziale facoltativo, con l'eccezione dell'ipotesi disciplinata dall'art. 40, comma 6, in cui il tentativo di conciliazione, qualora sia previsto dal contratto o dallo statuto, è obbligatorio». Non è infatti possibile, all'interno della disciplina di cui al decreto n. 5/2003, distinguere tra conciliazione stragiudiziale obbligatoria e facoltativa, dato che tale disciplina si riferisce ad un unico tipo di tentativo, che è quello reso obbligatorio dalla comune volontà delle parti. E se proprio si sente l'esigenza di classificarlo, si deve far rientrare nel *genus* di quelli facoltativi, perché è la sola volontà delle parti ad imporlo, ma con qualcosa in comune con quelli obbligatori, se si bada agli effetti che l'accordo produce”.

⁽²⁴⁾ BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione e il nuovo processo societario*, in *Diritto e pratica delle società* 2004, 50, ritiene che la conseguenza di carattere processuale sancita dalla norma sia piuttosto lieve: non si ha infatti irricevibilità della domanda giudiziale, bensì semplicemente una sospensione del procedimento in corso, peraltro non necessaria ma subordinata all'eccezione sollevata dalla parte interessata tempestivamente, vale a dire nella prima difesa.

pregiudizievoli previste dall'art. 40, comma 5, in caso di mancata partecipazione al tentativo di conciliazione stragiudiziale (Si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Quest'ultima norma, infatti, prevede che la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore possono essere valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, ciò anche ai sensi dell'articolo 96 c.p.c.

Pertanto, se il tentativo di conciliazione viene reso facoltativo, in aderenza al principio di libertà - essenziale in forme di composizione che richiedono partecipazione attiva delle parti - con la conseguente rinuncia all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, la nuova disciplina consente alle parti di rendere obbligatorio l'esperimento della procedura conciliativa mediante apposita clausola contrattuale o statutaria; la conciliazione stragiudiziale diviene quindi obbligatoria se il contratto o lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione - cosicché qualora il tentativo di conciliazione non risulti esperito, parte convenuta potrà eccepire in giudizio la violazione dell'obbligo contrattualmente assunto.

Deve in ogni caso, altresì, osservarsi che, una volta imposto convenzionalmente l'obbligo, le parti potranno però sempre rinunciarvi successivamente ed agire in giudizio. La presenza della clausola di conciliazione, che rende temporaneamente improcedibile l'azione, può essere eccepita solo dalla parte, senza possibilità di rilievo di ufficio da parte del giudice.

L'intento della riforma può quindi riassumersi nel favorire il sorgere di pluralità di organismi di conciliazione, sempre più efficienti e capaci, con auspicabile effetto finale deflattivo piuttosto che nella creazione di un filtro precontenzioso generalizzato.

Le caratteristiche principali della procedura delineata dal legislatore delegato possono individuarsi nell'imparzialità del terzo, nella riservatezza che caratterizza la procedura, ed infine nella possibilità che l'accordo così raggiunto acquisti l'efficacia di titolo esecutivo.

Tale disciplina ha portata fortemente innovativa ed è caratterizzata dalla scelta del legislatore delegato di privilegiare l'autonomia privata rispetto all'intervento pubblico e autoritativo.

Infatti, il legislatore delegato ha optato per lasciare all'autonomia dei singoli enti pubblici e privati la possibilità di istituire organismi di conciliazione e di regolamentarne il procedimento, piuttosto che disciplinare compiutamente i soggetti e il procedimento di conciliazione.

Trattasi dunque di conciliazione c.d. amministrata, in quanto è previsto che i litiganti si rivolgano ad apposito organismo deputato alla gestione del procedimento dotato di requisiti attestati dalla p.a. che provvederà alla nomina del terzo e alla gestione dell'intero procedimento.

L'art. 38, co. 1, dunque, prevedendo che, nelle materie di cui all'art. 1, d.lgs. 5/03 (si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) questo possa essere gestito da organismi costituiti, in condizioni di concorrenza paritaria, da "enti pubblici o privati", si discosta dai precedenti interventi legislativi intesi ad incoraggiare in ambito conciliativo l'utilizzazione esclusiva di organismi istituiti da enti pubblici, quali, in primo luogo, le commissioni conciliative istituite presso le camere di commercio ai sensi dell'art. 2, co. 4, l. 29 dicembre 1993, n. 580.

Indipendentemente dal soggetto che li abbia istituiti, gli organismi di conciliazione devono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia⁽²⁵⁾ (art. 38, co. 1, ult. parte; si rinvia alle nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore), previo deposito del regolamento di procedura e, se si tratta di organismi istituiti da enti privati, delle tabelle delle indennità spettanti (art. 38, co. 3; si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Ai sensi dell'art. 38, co. 2, ult. parte, le camere di commercio che abbiano già costituito al loro interno gli organismi in questione hanno diritto ad ottenerne l'iscrizione nel registro (art. 38, co. 2, ult. parte; si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore), senza che il Ministero competente possa spiegare alcun tipo di controllo.

Gli altri soggetti - enti privati o enti pubblici diversi dalle camere di commercio - sono assoggettati, invece, al potere discrezionale del Ministro della Giustizia, che deve innanzitutto valutare se essi diano "garanzie di serietà ed efficienza" e, dunque, se siano abilitati a costituire organismi di conciliazione, che possono essere iscritti nell'apposito registro ed abilitati allo svolgimento dell'attività.

⁽²⁵⁾ BARTOLOMUCCI, *Serietà ed efficienza per l'accreditamento degli organismi*, in *Diritto e pratica delle società* 2004, 25, sottolinea come "proprio nella logica liberale sottesa a questa normativa, la previsione di un registro nazionale sia in certo qual modo stridente; meglio sarebbe stato affidare alle sole regole del mercato l'offerta dei servizi di conciliazione, proprio in un regime di concorrenza paritaria, or ora richiamata, tra organismi pubblici e organismi privati".

Come si può notare, la conciliazione non è stata affidata ad un organo qualunque: la legge stabilisce precisi requisiti che devono essere posseduti dagli organismi di conciliazione. Innanzitutto, devono essere enti pubblici o privati e devono dare garanzie di serietà ed efficienza; in secondo luogo, devono essere iscritti in apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.

In ogni caso, deve ritenersi che la mancata iscrizione nel registro, per un ente che eserciti egualmente l'attività di conciliazione, non comporti come conseguenza l'illegittimità dell'attività svolta, ma piuttosto l'impossibilità di avvalersi della particolare disciplina della conciliazione societaria, in particolare per quanto concerne le agevolazioni fiscali previste dall'art. 39 (si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) e la possibilità che il verbale di conciliazione acquisti efficacia di titolo esecutivo – o che quello di mancata conciliazione rilevi ai fini della ripartizione delle spese nel successivo giudizio, secondo quanto disposto dall'art. 40.

Si è visto che la gestione dei conciliatori è affidata, dalla legge, ad enti di diritto pubblico o privato che offrano garanzie di serietà ed efficienza: a tali enti viene riconosciuto una sorta di ruolo istituzionale, specifico ed autonomo. Dunque, la conciliazione in materia societaria è da considerarsi necessariamente amministrata, in quanto non è riconosciuta la possibilità di ricorrere a conciliatori non incardinati in apposite strutture, né ad organismi che non siano stati riconosciuti.

Gli organismi di conciliazione devono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia; le Camere di commercio che abbiano istituito organismi di conciliazione ai sensi dell'art. 4 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, sono iscritte di diritto nel registro previsto dall'art. 38, comma 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Ciò in virtù del fatto che, se da un lato gli organismi di conciliazione, per operare, hanno bisogno dell'iscrizione al registro (che ha carattere costitutivo), dall'altro gli organismi istituiti dalle Camere di commercio sono ammessi senza alcun controllo sull'esistenza dei requisiti richiesti agli altri soggetti pubblici e privati, la cui esistenza in capo alle Camere di commercio è presunta.

Nel sistema ideato dall'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009) di prossima entrata in vigore, si è voluto andare oltre l'affidamento delle procedure di conciliazione alle Camere di commercio, arrivando a disciplinare un complesso sistema di accreditamento di alcuni organismi – pubblici e privati – che possono

gestire i servizi di conciliazione in condizioni di serietà ed efficienza: ciò al fine di fornire le massime garanzie possibili a coloro che intendono avvalersi dello strumento conciliativo.

Ma cosa si intende per “garanzie di serietà ed efficienza”?

Con l'entrata in vigore dei summenzionati decreti ministeriali n. 222 e 223, si è scelto di valutare le garanzie di serietà ed efficienza in base all'organizzazione delle attività dell'istituto o dell'ente: il decreto ministeriale prevede una serie di indicazioni circa le verifiche che il responsabile del Registro nazionale deve compiere in merito all'organizzazione degli organismi e/o degli enti.

Posto che gli organismi che intendono ottenere l'iscrizione nel registro devono depositare, in uno alla domanda di iscrizione, il proprio regolamento di procedura (e le sue eventuali e successive revisioni), è evidente che il deposito del regolamento è il criterio di indagine e di selezione adottato dal Ministero per concedere l'iscrizione, ed è altrettanto evidente che l'iscrizione nel registro non può essere richiesta dai singoli conciliatori, ma dagli organismi di conciliazione.

Inoltre, l'accreditamento è subordinato anche alla presentazione delle tariffe di conciliazione: tali tariffe dovranno essere approvate dal Ministero della giustizia, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, con apposito regolamento.

Va precisato che le indennità spettanti agli organismi di conciliazione possono essere rideterminate ogni tre anni, in relazione alla variazione ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi nel triennio precedente (art. 39, comma 4, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5; si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

È inoltre previsto che l'organismo debba avere la necessaria consistenza dell'organizzazione di persone e mezzi, e un giusto grado di compatibilità ed adeguatezza, anche sotto il profilo patrimoniale. Non solo: il numero dei conciliatori non deve essere inferiore a sette, e gli addetti alla segreteria devono essere almeno due.

Oltre alle modalità di nomina, i regolamenti devono prevedere anche i meccanismi di ricusazione o sostituzione del conciliatore ad opera della parte che voglia denunciare la mancata imparzialità del soggetto nominato.

In merito alle Camere di commercio, si è detto che, ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (si vedano le disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 in quanto applicabili) quelle che abbiano costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'art. 4 della legge

29 dicembre 1993, n. 580, hanno diritto all'iscrizione nel registro dei conciliatori tenuto presso il Ministero della giustizia: ciò sembra essere una sorta di riconoscimento all'impegno del sistema camerale, che già da diverso tempo ha iniziato a svolgere un ruolo fondamentale nella composizione delle controversie.

Le Camere di commercio, specie negli ultimi anni, con il coordinamento centrale dell'Unioncamere stanno via via adottando nuove regole comuni, tariffe comuni e codici deontologici dei conciliatori comuni: è un contributo indubbiamente molto importante per la buona riuscita delle procedure di conciliazione delle controversie.

Si è posta la questione se le Camere di commercio debbano essere sottoposte al regime degli altri enti che possono ottenere l'iscrizione al registro, ma la risposta deve essere negativa, atteso che il riconoscimento del diritto soggettivo all'iscrizione è stato sancito *una tantum* direttamente dalla legge, il che ne comporta l'irrevocabilità salvo mutamenti legislativi che possano avvenire in un secondo momento.

Sembra poi quantomeno improbabile che le Camere di commercio (e segnatamente quegli organismi da esse costituiti ai sensi dell'art. 4 della legge 29 dicembre 1993, n. 580) possano perdere quei requisiti di terzietà ed indipendenza (peraltro legati strutturalmente ed indissolubilmente alla natura di enti pubblici di regolazione del mercato assunta dalle Camere di commercio) ad esse connaturati, sulla base dei quali il legislatore ha ritenuto di concedere il riconoscimento automatico.

Si potrebbe procedere alla sospensione solo nell'ipotesi in cui il responsabile venga a conoscenza di eventi che, se conosciuti precedentemente, avrebbero impedito l'iscrizione dell'organismo al registro e alla cancellazione solo se non si siano gestite almeno cinque procedure nel corso di un biennio: ipotesi ambedue piuttosto improbabili.

Ne deriva che le Camere di commercio hanno sempre più un ruolo fondamentale nella composizione delle controversie, e sembra che il sistema camerale italiano sia, al momento, l'unico, tra gli organismi da annoverare quali enti pubblici, l'unico già in grado di offrire una rete organizzata, costituita e sempre più omogenea su tutto il territorio nazionale⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ In questo senso BARTOLOMUCCI, *Serietà ed efficienza* cit., 31.

3.2. Il procedimento

Quanto al procedimento di conciliazione, l'art. 40 del d.lgs. 5/2003 (si vedano le disposizioni contenute nel decreto legislativo 28 ottobre 2009 in quanto applicabili) ne detta un'articolata disciplina, comprensiva anche degli effetti della domanda (co. 4) e del verbale di conciliazione (co. 8), nonché delle conseguenze nel successivo processo del comportamento tenuto dalle parti nel procedimento conciliativo, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione (co. 5).

La procedura di conciliazione può essere attivata:

- su istanza proposta da una delle parti (art. 38, comma 1);
- su istanza congiunta (art. 38, comma 1);
- per l'operare della clausola di conciliazione contenuta nello statuto o nel contratto (art. 40, comma 6).

Il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 (si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) demanda la disciplina del procedimento di conciliazione ai singoli regolamenti di procedura, che ciascun ente di diritto pubblico o privato che abbia costituito organismi di conciliazione avrà adottato e depositato unitamente alla domanda di iscrizione nel registro tenuto dal Ministero della Giustizia., secondo quanto previsto dal 3° comma dell'art. 38 (ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Il procedimento di conciliazione, affidato ad un organo imparziale, le cui modalità di nomina devono essere indicate nei regolamenti di procedura, è improntato al principio di riservatezza, di celerità, all'imparzialità del conciliatore e alla sua idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico.

Con riguardo al principio di riservatezza, l'art. 40, co. 1 (ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore), dispone, infatti, che “i regolamenti di procedura debbono prevedere la riservatezza del procedimento”, e il successivo co. 3 stabilisce a presidio della riservatezza medesima che “le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento non possono essere utilizzate, salvo quanto previsto dal co. 5, nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo, né possono costituire oggetto di prova testimoniale”.

Il vincolo di riservatezza del procedimento, previsto quale primo principio al cui devono adeguarsi i procedimenti di conciliazione, assume una duplice valenza.

Da un lato, infatti, il conciliatore, le parti e tutti coloro che intervengono nel procedimento si impegnano a non divulgare a terzi

estranei i fatti e le circostanze apprese nel corso del procedimento, così come la stessa esistenza della controversia oggetto del tentativo di conciliazione, ben potendo la divulgazione di tali elementi danneggiare le parti che partecipano al procedimento.⁽²⁷⁾

Dall'altro, in merito ai rapporti interni tra le parti, sussiste il divieto di utilizzo delle informazioni apprese nel corso del procedimento nel successivo giudizio, promosso in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione.

Tale divieto consente alle parti di esprimere liberamente le proprie posizioni nel corso del procedimento, facilitando così la composizione della lite senza timore che quanto dichiarato in quella sede possa essere utilizzato dall'avversario nell'eventuale successiva fase giudiziale.

A corollario di tale divieto di diffusione e utilizzazione delle informazioni apprese nel corso del procedimento di conciliazione, vi è altresì il dovere di astenersi dal far emergere in sede contenziosa tali informazioni, attraverso, per l'esempio, l'indicazione dei soggetti che vi hanno partecipato come testimoni, che possano quindi riferire in giudizio i fatti e le circostanze di cui sono venuti a conoscenza nel corso del tentativo di conciliazione.

Come già menzionato, dunque, l'art. 40, terzo comma (ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore), stabilisce che le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale⁽²⁸⁾.

Si ritiene, peraltro, che questo divieto di utilizzo delle dichiarazioni rese dalle parti trovi applicazione nel solo giudizio che venga eventualmente promosso a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione: ne deriva che il divieto di cui al comma 3 non vale in altri procedimenti tra le stesse

⁽²⁷⁾ La riservatezza del procedimento è opponibile non soltanto ai terzi, ma anche, in determinate circostanze, a chi è parte della procedura (ad esempio, con comunicazioni riservate al solo conciliatore ed espressamente qualificate tali dalle parti); così BORGHESI, *op.cit.*, 238.

⁽²⁸⁾ Osserva al riguardo LUISO, in *La via della conciliazione*, cit., 237, che le dichiarazioni che il legislatore afferma inutilizzabili, "sono con ogni probabilità quelle a contenuto confessorio, dato che le proposte avanzate da una delle parti e non accettate dall'altra non hanno comunque in sé efficacia probatoria, essendo appunto proposte contrattuali e non dichiarazioni di scienza".

parti su oggetti diversi, né in un eventuale successivo giudizio tra le parti ed il conciliatore⁽²⁹⁾.

Il divieto di utilizzo delle dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione, in caso di fallimento di questo, è dunque da ricollegarsi al principio di riservatezza del procedimento stesso: escludendo che le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione fallito abbiano efficacia probatoria, si vuole salvaguardare la spontaneità del comportamento tenuto dalle parti nel corso della procedura di conciliazione⁽³⁰⁾.

Del principio di celerità reca traccia, invece, il richiamato art. 40, co. 1, nella parte in cui prevede che “i regolamenti di procedura debbono prevedere (...) modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano (...) l’idoneità al (...) sollecito espletamento dell’incarico” si veda il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Per l’attuazione di questo principio gli enti hanno fissato regole che impongono al conciliatore di astenersi dall’acceptare incarichi in cui, per le parti coinvolte o per la natura della controversia, non sia in grado di garantire un atteggiamento imparziale, indipendente e neutrale, così come regole che impongono l’obbligo di comunicare alle parti qualsiasi circostanza tale da ingenerare dubbi sulla sussistenza di questi requisiti.

L’idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell’incarico viene poi garantita attraverso meccanismi di designazione di conciliatori competenti e non eccessivamente gravati da altri impegni, così da consentire l’efficace svolgimento, in tempi rapidi, del tentativo di conciliazione.

In ordine all’istanza di conciliazione stragiudiziale, al fine di incentivare l’esperimento del tentativo, che – come si è detto – è (tendenzialmente) facoltativo, l’art. 40, co. 4, la equipara, sul piano degli effetti sostanziali e processuali, alla domanda giudiziale, disponendo che “dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l’avvenuta ricezione, l’istanza di conciliazione (...) produce sulla prescrizione i

⁽²⁹⁾ Così CUOMO ULLOA, *op.cit.*, 1067, che precisa che l’unico modo per cui il divieto potrebbe trovare applicazione in un eventuale successivo giudizio tra le parti ed il conciliatore sarebbe un’applicazione analogica della norma, peraltro discutibile in quanto trattasi di una norma eccezionale.

⁽³⁰⁾ BORGHESI, *op.cit.*, 238. Va peraltro sottolineato come la portata del divieto sia molto ridotta dalla previsione dell’utilizzabilità delle dichiarazioni delle parti ai fini del riparto delle spese di causa; tuttavia questa eccezione non deve andare oltre i limiti fissati, e cioè le dichiarazioni delle parti non possono essere utilizzate se non per stabilire la ripartizione delle spese di causa.

medesimi effetti della domanda giudiziale. La decadenza è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale [o arbitrale] deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale (...) [di fallita conciliazione] presso la segreteria dell'organismo di conciliazione" (ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

L'istanza di conciliazione determina quindi sia l'effetto interruttivo istantaneo di cui all'art. 2943 c.c., sia l'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945, co. 2, c.c., sicché la prescrizione non corre fino al momento in cui si conclude il procedimento di conciliazione, con il deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'organismo di conciliazione adito.

Gli effetti in questione, però, a differenza di quanto previsto per la domanda giudiziale, non decorrono dal deposito dell'istanza presso l'organismo di conciliazione, bensì dal momento successivo della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione.

Quanto alla decadenza, l'affermazione che l'istanza di conciliazione produce su di essa un effetto impeditivo permanente, nel senso cioè che, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione, dal momento del deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo adito inizia a decorrere un nuovo termine decadenziale, appare coerente con la scelta compiuta dal legislatore della riforma in ordine alla prescrizione. Non può tacersi, però, l'innovatività di tale soluzione rispetto alla regola codicistica, secondo cui una volta impedita la decadenza, il diritto rimane soggetto soltanto alle disposizioni che regolano la prescrizione (art. 2697 c.c.).

3.3. L'albo dei conciliatori

Nell'analisi di quelli che sono i compiti e le caratteristiche del conciliatore, deve in primis osservarsi che la conciliazione in sé è un procedimento relativamente semplice, nel quale due o più soggetti in lite tra loro cercano di trovare una soluzione alla loro controversia con l'aiuto di un terzo, appunto il conciliatore; ciò non significa però che il conciliatore possa essere chiunque e non debba possedere determinati requisiti.

Il conciliatore ha un compito che in realtà è assai complesso: deve infatti conciliare le parti in lite, eventualmente proponendo egli stesso una

soluzione. Si può dire che il conciliatore abbia un ruolo di diplomatico⁽³¹⁾, che ha l'incarico di comprendere gli interessi e le preoccupazioni di ciascuna delle parti in lite, per poi assisterle nell'individuare possibili soluzioni condivise e soddisfacenti.

Il conciliatore deve essere un soggetto imparziale, cioè non favorire una parte a discapito dell'altra. È vero che in taluni casi potrà accadere che il conciliatore non sia del tutto indipendente rispetto alle parti, per essere stato scelto, ad esempio, in virtù di un legame personale o familiare con le stesse, ma dovrà comunque agire e sembrare imparziale rispetto ad esse⁽³²⁾.

L'imparzialità è stata espressamente prevista dall'art. 40, comma 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in quanto non è un carattere imprescindibile per il conciliatore come lo è per l'arbitro, sia esso rituale o irritale (ora dal decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Per evitare in ogni caso che vi possano essere situazioni di parzialità, proprio in considerazione della non applicabilità delle norme relative ai giudici ed agli arbitri⁽³³⁾, quasi tutti i regolamenti di conciliazione predisposti da enti o istituzioni che forniscono questo tipo di servizi pongono delle precise statuizioni a garanzia delle parti che scelgono di avvalersi dell'opera di un conciliatore, quali l'imposizione al conciliatore di comunicare qualsiasi circostanza che, in relazione ad una determinata controversia, ne possa inficiare l'imparzialità o l'indipendenza, ovvero possa ingenerare nelle parti la sensazione di mancanza di neutralità.

Nel caso in cui l'organo di conciliazione sia monocratico (la legge non specifica se si debba trattare di singoli o di collegi, per cui tutto lascia pensare che siano le parti a scegliere se avvalersi di un organo conciliativo monocratico o collegiale), il conciliatore deve essere indipendente: non può assumere diritti od obblighi connessi con quelli oggetto della conciliazione, ma deve altresì sottoscrivere, prima dell'inizio del tentativo di conciliazione, una dichiarazione di indipendenza, che deve rispecchiare la situazione in essere durante tutto il corso del procedimento. Ne deriva che, se nel corso del procedimento, vengono a crearsi mutamenti nella situazione di indipendenza del conciliatore, questi lo deve comunicare.

⁽³¹⁾ La definizione è di DI ROCCO, *Procedimento conciliativo* cit., 20.

⁽³²⁾ CUOMO ULLOA, *op.cit.*, 1056, fa notare come “il decreto, nel disciplinare la conciliazione stragiudiziale, fa sempre riferimento al «conciliatore», lasciando così intendere una preferenza (...) per una conciliazione monocratica, e non – come invece il legislatore ha fatto in altri settori – per organismi di tipo collegiale”.

⁽³³⁾ BORGHESI, *op.cit.*, 235.

Non solo: per sancire ulteriormente l'indipendenza del conciliatore, gli è fatto divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

Anche l'organismo di conciliazione deve essere neutrale ed indipendente, nel senso che non può assumere diritti ed obblighi connessi con gli affari trattati dai conciliatori che operano presso di sé o presso altri enti od organismi iscritti nel registro.

Oltre all'obbligo di imparzialità, il conciliatore ha anche l'obbligo di riservatezza: dovrà cioè mantenere riservate le informazioni che assume o acquisisce nel corso del procedimento di conciliazione. Anche questo obbligo è garantito dagli enti o istituzioni di cui poc'anzi si è detto, che inseriscono precise garanzie in merito nei propri regolamenti di conciliazione.

Entrambe le caratteristiche sono senz'altro intuitive: è indubbio che un conciliatore, dovendo appunto comporre un contrasto, deve essere *super partes* (un conto è comparare gli interessi di ciascuna delle parti del conflitto, un altro è appoggiare uno degli interessi, più o meno palesemente), e debba altresì mantenere riservate le informazioni di cui sia venuto a conoscenza per ragioni connesse allo svolgimento del suo incarico.

Al conciliatore è richiesta altresì una adeguata preparazione professionale, al fine di evitare di porre in essere comportamenti scorretti o inopportuni; per questo motivo ci si è chiesti se il conciliatore debba essere un soggetto proveniente dal mondo professionale forense o, in generale, legale.

Il conciliatore non deve essere necessariamente un soggetto con conoscenze giuridiche, ma una buona preparazione legale di base può essere un ottimo punto di partenza per ottenere la miglior soluzione possibile alla controversia; è vero che non sempre la controversia è riconducibile a questioni meramente legali, ma è altrettanto vero che un conciliatore che abbia conoscenze giuridiche può rappresentare una notevole garanzia per le parti, dal punto di vista della completezza, della validità e dell'efficacia di un eventuale accordo che queste sottoscrivano⁽³⁴⁾.

In vista del miglior risultato possibile in base alla natura specifica della controversia, che può avere ad oggetto controversie che richiedono specifiche competenze e conoscenze giuridiche ma anche controversie che richiedono invece competenze diverse, di tipo tecnico, economico o

⁽³⁴⁾ In questo senso DI ROCCO, *Procedimento conciliativo* cit., 22.

magari anche psicologico, le parti devono poter scegliere, tra gli organismi di conciliazione, quello che offra le competenze professionali più adeguate al caso concreto. Inoltre, gli enti devono imporre ai conciliatori una formazione adeguata nelle tecniche di conciliazione, sempre al fine di fornire alle parti che lo richiedono il miglior servizio possibile.

In merito ai requisiti professionali, i decreti ministeriali n. 222 e 223 del 23 luglio 2004 dettano alcuni criteri, stabilendo ad esempio che i conciliatori devono essere:

- professori universitari in discipline economiche o giuridiche;
- avvocati iscritti all'albo da almeno quindici anni;
- magistrati in quiescenza.

In alternativa, devono essere in possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi tenuti presso università o enti pubblici⁽³⁵⁾.

Secondo il dettato normativo, dunque, la professionalità del conciliatore, oltre che derivare dalla frequenza di un apposito percorso formativo, disciplinato dall'art. 10, comma quinto, del summenzionato Regolamento ministeriale n. 222, è attribuita anche ai professori universitari in discipline economiche o giuridiche, ai professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie, con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, nonché ai magistrati in quiescenza.

Perplessità in ordine alla ragionevolezza di tali criteri sono state espresse da più parti in dottrina; se da un lato, si osserva, è vero che la complessità del processo formativo di un conciliatore non può essere limitata dalla frequenza di corsi *ad hoc*, dall'altro lato non si può neppure divenire conciliatori grazie unicamente ad una sorta di "anzianità di servizio". Invero, l'equazione esperto professionista, economista o giurista che sia, uguale buon conciliatore potrebbe rivelarsi potenzialmente dannosa per l'intero sistema.

Meglio sarebbe stato, pertanto, individuare nel percorso formativo del conciliatore un punto di partenza per l'inizio di un'attività che, nel tempo, deve necessariamente fondersi con l'esperienza concreta e quotidiana

⁽³⁵⁾ BORGHESI, *op.cit.*, 234, che fa notare come si sia cercato di ottenere il massimo risultato con il minimo di spesa: addirittura, ha rilevato come i corsi di conciliazione di livello base tenuti da Unioncamere abbiano una durata non inferiore a 32 ore di lezione, e si verifica pertanto un'assoluta sproporzione tra i requisiti descritti nel testo, che richiedono tutti ai conciliatori di aver superato selezioni piuttosto severe, e quello della partecipazione a corsi di formazione, in verità assai modesti.

della conciliazione, senza mai perdere di vista l'opportunità del continuo approfondimento delle tecniche.

Oltre che i requisiti di qualificazione professionale, l'art. 4 del Regolamento ministeriale elenca dettagliatamente anche i requisiti di onorabilità al cui rispetto il conciliatore è sempre tenuto.

Di particolare rilievo, per il conciliatore, è poi l'art. 6 del Regolamento, laddove si prevede che lo stesso dichiara per iscritto la propria disponibilità a svolgere il servizio in esclusiva per un determinato organismo. Si può presumere, quindi, che esista da un lato l'obbligo per gli organismi di avere dei conciliatori che prestino la propria opera soltanto per essi, dall'altro il dovere, ex art. 3 del medesimo regolamento, a carico di chiunque presti la propria attività come conciliatore, di non offrire la propria opera a favore di più di tre organismi di conciliazione.

Infine, gli artt. 14, 15 e 16 dettano importanti disposizioni in tema di responsabilità del conciliatore, il quale è tenuto ad eseguire personalmente la propria opera, mantenendo la riservatezza sulle informazioni acquisite nel corso della procedura, senza poter percepire alcun compenso direttamente dalle parti.

3.4. I poteri delle parti e del conciliatore

Se, come si è detto, la nuova disciplina della conciliazione societaria si caratterizza per l'intento di privilegiare l'autonomia privata rispetto all'intervento pubblico, deve però sottolinearsi che la scelta di privilegiare l'autonomia e la libertà delle parti non è stata perseguita fino in fondo, in particolare in merito al procedimento di conciliazione ed ai suoi rapporti con il successivo, eventuale giudizio.

Il legislatore delegato, infatti, pur in assenza di alcuna specifica indicazione sul punto da parte della legge delega, ha previsto che nel successivo giudizio si debba tener conto delle posizioni assunte dalle parti davanti al conciliatore, ai fini della decisione sulle spese, così condizionando la libertà delle parti.

Una volta che la procedura è stata instaurata, infatti, queste ultime non potranno più agire in totale autonomia e senza vincoli di sorta, atteso che il loro comportamento verrà valutato dal giudice per la liquidazione delle spese del giudizio.

In proposito, si deve preliminarmente porre una distinzione: vi sono, infatti, due diversi modelli di conciliazione, l'uno "valutativo" e l'altro "facilitativo".

La conciliazione, nella sua veste originaria, aveva appunto carattere valutativo: l'autonomia e la libertà delle parti era ulteriormente limitata dalla previsione dell'obbligo, per il conciliatore, di formulare una proposta di definizione della lite in caso di mancato accordo, proposta rispetto alla quale le parti erano tenute a prendere posizione.

Tale carattere valutativo imposto alla procedura, si poneva in contrasto con la tendenza generale verso modelli di conciliazione "facilitativa", in cui il conciliatore si limita a collaborare con le parti alla ricerca di una soluzione condivisa.

L'introduzione, ad opera dell'art. 4, comma 1, lett. t), d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (che ha modificato il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in talune parti), nel comma 2 dell'art. 40 dell'espressione "se le parti lo richiedono", ha completamente trasformato il carattere della conciliazione, rendendola di tipo "facilitativo": il conciliatore non assume un ruolo propositivo, bensì si limita a facilitare il dialogo tra le parti, utilizzando allo scopo gli strumenti e le tecniche di cui dispone (strumenti e tecniche che possono derivare dalla formazione e attitudine personale del conciliatore, oltre che dagli stili e dalle strategie che egli possiede)⁽³⁶⁾. Dall'entrata in vigore del decreto 28 ottobre 2009 si dovrà tener conto del rinvio operato alle disposizioni contenute nel decreto.

Il modello "facilitativo" sembra essere quello che maggiormente valorizza lo spirito volontaristico della procedura e che meglio di altri è in grado di connotare in termini innovativi la figura del conciliatore rispetto a quella del giudice o dell'arbitro.

Nel modello "facilitativo" non è rilevante la fondatezza delle pretese, ma la soddisfazione degli interessi: con tale tipo di conciliazione, si cerca di individuare quali sono i veri interessi delle parti, al di là delle pretese formalizzate in termini giuridici. Se tali interessi sono disomogenei, e quindi possono essere ambedue soddisfatti, l'accordo assume il contenuto proprio di un contratto di scambio: la controversia è risolta in termini tali, da soddisfare (almeno parzialmente) ambedue gli interessi sottostanti.

Il legislatore non sembra aver prescelto questo modello, in quanto ha disposto che il conciliatore, in caso di mancato accordo delle parti, formula egli stesso una sua proposta, sulla quale ciascuna delle parti deve prendere posizione tuttavia ci sembra più corretto ritenere che, in linea di massima, il modello adottato è quello "facilitativo", salvo che le parti

⁽³⁶⁾ Così CUOMO ULLOA, *op.cit.*, 1058; BORGHESI, *op.cit.*, 236.

diversamente stabiliscano nella clausola (sia essa statutaria o contrattuale) o che non riescano a raggiungere l'accordo.

Quanto al ruolo del conciliatore, è noto che quest'ultimo non dovrà giudicare la controversia, ma aiutare le parti ad individuare una soluzione alla stessa sulla base di una valutazione delle opposte soluzioni, compiuta dunque più in termini di convenienza che in termini di analisi della fattispecie di diritto. A detta soluzione le parti devono pervenire sentendola come propria, e in ogni caso deve consentire una composizione della controversia nell'ambito della quale non sia possibile individuare un vincitore e un soccombente. Anche qualora al conciliatore venga richiesto di valutare le pretese delle parti e addivenire ad una proposta di accordo, a tale accordo le parti devono comunque pervenire in base al loro libero convincimento e conseguente adesione.⁽³⁷⁾

3.5. La definizione del procedimento

Nell'ipotesi di esito positivo della conciliazione, è prescritta la redazione di un (separato) processo verbale, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Tale verbale può essere omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione, previo controllo della sua regolarità formale, e in tal caso costituisce titolo esecutivo per ogni tipo di esecuzione forzata anche in forma specifica, nonché titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (art. 40, co. 8; si veda ora il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

L'affermazione esplicita della possibilità di intraprendere l'esecuzione in forma specifica sulla base di un verbale di conciliazione stragiudiziale omologato⁽³⁸⁾, sulla scia di una recente sentenza (interpretativa di rigetto) della Corte costituzionale⁽³⁹⁾, colma finalmente una lacuna del sistema, eliminando le incertezze interpretative sorte con riguardo agli artt. 474, co.

⁽³⁷⁾ Così M.F. GHIRGA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del diritto societario*, in *www.judicium.it*, § 7.

⁽³⁸⁾ Analogamente cfr. l'art. 16, co. 2, d.lgs. n. 5 del 2003, a proposito del verbale di conciliazione giudiziale.

⁽³⁹⁾ Si tratta di Corte cost. 12 luglio 2002, n. 336, in *Riv. es. forz.*, 2003, p. 137 ss., con note di AMADEI e NORELLI, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 c.p.c. nella parte in cui escluderebbe che l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare possa avvenire in forza di un verbale di

2, n. 3, e 612 c.p.c., e rappresenta un significativo incentivo per le parti a percorrere la via della conciliazione stragiudiziale, proprio in vista della possibile equiparazione (agli effetti esecutivi) del verbale di conciliazione alla sentenza di condanna.

Per l'ipotesi dell'esito negativo del tentativo di conciliazione i co. 2, 3 e 5 dell'art. 40 (si veda ora il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore) dettano una disciplina alquanto particolareggiata e differente nei contenuti a seconda che la mancata conciliazione dipenda dal mancato accordo in sede di conciliazione, ovvero dalla mancata adesione di una delle parti all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Nel primo caso è stabilito che, se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione si conclude con una proposta (finale) del conciliatore, in relazione alla quale ciascuna parte è tenuta a prendere posizione e comunque a indicare le condizioni ultime alle quali è disposta a conciliare.

Tale previsione è il frutto di una modifica da ultimo introdotta dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. Nella stesura originaria della norma, infatti, la formulazione da parte del conciliatore di una proposta finale era prevista in ogni caso di mancato accordo, indipendentemente da qualsiasi richiesta di parte (in senso critico su tale originaria previsione, v. Audizione ABI presso le Commissioni giustizia e finanze della Camera dei deputati, Roma, 27 novembre 2002, in *Riv. dir. soc.*, 2002, p. 1615 s.). Tale modifica, che subordina al consenso delle parti manifestato nel corso del procedimento conciliativo la formalizzazione della proposta del conciliatore, intende ridimensionare l'affermazione secondo cui il legislatore della riforma, nell'introdurre la conciliazione stragiudiziale amministrata, avrebbe chiaramente optato per il modello "valutativo" di attività del conciliatore in luogo di quello meramente "facilitativo".

Di tali condizioni e della proposta finale del conciliatore viene dato atto in un apposito verbale di fallita conciliazione, del quale può essere rilasciata copia alle parti che ne fanno richiesta (art. 40, co. 2, prima parte; si veda ora il decreto legislativo 28 ottobre 2009 di prossima entrata in vigore).

Nel secondo caso, invece, quando l'esito negativo della conciliazione dipende dalla mancata adesione di una delle parti al procedimento

conciliazione giudiziale, in quanto per diritto vivente, in virtù dei principi costituzionalmente garantiti, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per le obbligazioni di cui all'art. 612 c.p.c.

conciliativo, il conciliatore deve limitarsi a dare atto di tale comportamento in un apposito verbale (di fallita conciliazione), del quale è da ritenersi, sulla base di un'interpretazione estensiva della disposizione appena richiamata, che la parte (che aveva esperito il tentativo) possa ottenere copia.

4. LA LEGGE DELEGA IN MATERIA DI CONCILIAZIONE E L'ESPANDERSI DEL MODELLO DELLA CONCILIAZIONE SOCIETARIA

4.1. La legge delega n. 69/2009

La legge 18 giugno 2009, n. 69, che modifica il processo civile, all'art. 60 c.p.c., ha previsto una delega in favore del Governo, affinché lo stesso, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, emani uno o più decreti legislativi *“in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale”*.

La legge delega, che dovrà orientare l'esecutivo nell'emanazione di tali decreti, conterrà numerosi principi e criteri direttivi i quali prevedono: -) che la mediazione sia svolta da organismi professionali ed indipendenti *“stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione”*; -) che presso il Ministero della Giustizia sia istituito un Registro degli organismi di conciliazione al quale gli organi affini istituiti presso le Camere di commercio potranno iscriversi di diritto; -) che i consigli degli ordini degli avvocati potranno dar vita a tali organismi i quali dovranno operare all'interno dei Tribunali; -) che il conciliatore possa avvalersi di esperti e consulenti iscritti negli appositi albi.

La legge di riforma, inoltre, detta un principio che coinvolge direttamente l'avvocato, e cioè il dovere dello stesso di informare il proprio cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, dell'opportunità di rivolgersi agli istituti di conciliazione e, qualora l'assistito intenda intraprendere la via conciliativa, il dovere del difensore di ricorrere a tali organismi.

L'art. 60 della legge di riforma ha previsto che il procedimento di conciliazione non potrà avere durata superiore a quattro mesi, che il relativo verbale costituirà titolo ai fini dell'esecuzione e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, e che dovrà essere previsto un regime di incompatibilità che garantisca l'imparzialità, l'indipendenza e la neutralità del conciliatore.

La nuova legge di riforma apporta, altresì, delle modifiche agli articoli

91, 92 e 96 c.p.c. in tema di spese e, indirettamente, in tema di conciliazione.

L'art. 91 c.p.c. è interessato dalla novellazione del primo comma, in cui il secondo verrebbe sostituito dal seguente: *“se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa tempestivamente formulata, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92”*.

L'ultimo intervento di riforma ha, poi, specificato che le spese di lite da considerare sono quelle maturate dopo la formulazione della proposta di conciliazione.

Secondo il nuovo art. 92 c.p.c., il Giudice può compensare parzialmente o per intero le spese, non soltanto nell'ipotesi di soccombenza reciproca, o di *“altri giusti motivi esplicitamente indicati nella motivazione”*, ma anche qualora ricorrano *“altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione”*. Sembrerebbe, pertanto, che vi sia un restringimento delle ipotesi in cui il giudice può compensare le spese.

La legge di riforma aggiunge all'art. 96 c.p.c. un ultimo comma con il quale si dà al giudice la possibilità di determinare anche d'ufficio in via equitativa la somma che la parte soccombente deve pagare a titolo di condanna alle spese.

I primi commenti sono chiari e netti nell'individuare quale finalità della novella la volontà del legislatore di indurre le parti a concludere una conciliazione, sotto l'esplicita minaccia di esser condannati alle spese nel caso in cui, dopo aver opposto un rifiuto alla proposta conciliativa, la causa è vinta negli stessi termini della proposta conciliativa: naturalmente con l'eccezione che il preventivo rifiuto fosse sorretto da un giustificato motivo⁽⁴⁰⁾.

Le modifiche approvate dal Parlamento sollevano, peraltro, qualche perplessità.

In primo luogo sembrerebbe che il legislatore abbia preso quale punto di riferimento soltanto il punto di vista dell'attore, nel momento in cui si dice che la causa è vinta negli stessi termini di quella proposta⁽⁴¹⁾; ben

⁽⁴⁰⁾ BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, § 1.

⁽⁴¹⁾ Il nuovo testo dell'art. 91 dovrebbe così suonare: *“Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92”*.

sarebbe possibile, al contrario, muovere anche dalla prospettiva del convenuto che, dopo aver opposto il proprio rifiuto alla proposta conciliativa, “perde negli stessi termini di essa”. In effetti, anche in questa ipotesi si è dinnanzi ad un soggetto che ha procrastinato il procedimento sino a giungere ad una decisione non difforme da quello che sarebbe stato il contenuto della conciliazione.

Un altro possibile punto di attrito concerne il rilievo che, immutati gli artt. 183 e 185 c.p.c., non è detto che nel processo vi sia sempre una proposta di conciliazione.

La disposizione quindi non è del tutto felice per collocazione e formula, ma è innovativa e capace di essere utilizzata sia in funzione deflattiva, sia in vista della riduzione degli indennizzi ex legge Pinto.

Il collegamento ordinario e incondizionato alla pronuncia di condanna alla rifusione delle spese ai sensi dell'art. 91 c.p.c., rispetto alla quale la condanna al risarcimento sembra porsi in termini di consequenzialità, l'indicazione testuale “in ogni caso” e la previsione della pronuncia d'ufficio consentono:

a) di escludere che la norma riguardi danni la cui rifusione è già domandata nel giudizio;

b) di ritenere che si tratti della possibilità di risarcire il pregiudizio anche non patrimoniale che la parte vittoriosa subisce ordinariamente a causa della ingiustificata instaurazione del processo e del suo protrarsi nel tempo;

c) di riconoscere il diritto al risarcimento in relazione al fatto obiettivo della soccombenza, addirittura indipendentemente dalla valutazione della colpa anche lieve della controparte (salvo valorizzare in senso contrario l'espressione “può”);

d) di assegnare al danno da lite temeraria di cui all'art. 96, primo e secondo comma, un'area di operatività ulteriore, quella del c.d. danno processuale punitivo.

Credo sia possibile ritenere che il danno, riconoscibile con ricorso a valutazioni di tipo presuntivo e liquidabile in via di equità, possa essere ricollegato all'impiego di risorse, energie e tempo per l'approntamento delle difese, non compensato dalla pronuncia di condanna alla rifusione degli oneri economici che la parte deve sostenere in favore del difensore e alla durata del processo.

Quanto alla prima voce di danno, potrebbe ipotizzarsi il riconoscimento di una somma determinata in percentuale sulle spese, valutati comunque gli oneri connessi alle consultazioni con il difensore, alla ricerca di documenti etc.

Per la seconda, invece, il riferimento migliore sarebbe quello al “tariffario” CEDU (euro 1000,00-1500,00 per anno di durata della controversia), con l’effetto vantaggioso dell’assorbimento dell’interesse all’ottenimento dell’indennizzo pubblico, che rimarrebbe soltanto per le ipotesi di eccessiva durata in concreto non rifeuse dal soccombente.

4.2. Il decreto legislativo 28 ottobre 2009

Appare utile ora analizzare le principali novità che saranno introdotte dal d.lgs. 28 ottobre 2009 con la precisazione che esso costituisce solamente uno schema di decreto suscettibile di modifiche in sede parlamentare.

Detto provvedimento svela anzitutto la sua portata generale e il suo obiettivo sistematico di introdurre una disciplina generale della conciliazione, in ossequio al dettato della legge delega.

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il d.lgs. 28 ottobre 2009 che concerne la mediazione per le controversie civili e commerciali in attuazione dell’art. 60 della legge 19 giugno n. 69.

Il decreto legislativo è diviso in cinque capi: Capo I “*Disposizioni generali*”, Capo II “*Del Procedimento di mediazione*”, Capo III “*Organismi di Conciliazione*”, Capo IV “*Disposizione in materia fiscale e informativa*” e il Capo V “*Abrogazioni, Coordinamenti e disposizioni transitori*”.

Si illustra di seguito il commento agli articoli del decreto legislativo in esame.

Articolo 1 • Definizioni

L’art. 1 del decreto in esame prevede alcune definizioni per rendere più comprensivo il testo dello stesso.

L’articolo in esame, innanzitutto, alla lettera a) definisce che cosa si intende per mediazione.

Per attività di mediazione si intende quella svolta da un terzo imparziale volta 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 di risoluzione della stessa.

I mezzi per giungere alla definizione della controversia sono irrilevanti, ma assume sempre rilievo il principio di imparzialità e terzietà del giudice.

La lettera b) definisce il concetto di conciliazione intesa come la

conciliazione della controversia a seguito lo svolgimento della mediazione.

La lettera c) dell'art. 1 stabilisce che per organismo a svolgere il procedimento di mediazione si intende un ente pubblico o privato privo dell'autorità di imporre alle parti una soluzione della controversia.

L'ultima lettera d) del decreto in esame stabilisce che il registro degli organismi di conciliazione è istituito con decreto del Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della Giustizia 23 luglio 2004, n. 222.

Nel provvedimento, infatti, si introduce per la prima volta la differenza tra mediazione e conciliazione definendo la prima come l'attività diretta alla composizione della lite e la seconda come il risultato dell'attività di mediazione.

Analizzando più a fondo tale distinzione, alla luce della normativa comunitaria, si scopre, tuttavia, che la mediazione non rappresenta un nuovo procedimento stragiudiziale diverso dalla conciliazione come è stata fin ora intesa, ma identifica lo stesso procedimento di conciliazione, utilizzando, per così dire, il lessico europeo.

La direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, nell'ambito della disciplina della mediazione in materia civile e commerciale, con l'obiettivo di promuovere da parte degli Stati membri l'adozione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, definisce la mediazione come il procedimento strutturato dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore.

A ben vedere, questo procedimento corrisponde perfettamente alla nostra conciliazione, sicché bisogna concludere che il legislatore nazionale delegato abbia voluto deliberare sulla conciliazione tenendo conto della recente normativa europea definendo mediazione ciò che prima era conciliazione non senza però staccarsi del tutto dal lessico nostrano tanto che con il termine conciliazione si è voluto comunque indicare il raggiungimento dell'accordo a seguito dell'attività del mediatore.

Articolo 2 • Controversie oggetto di mediazione

L'art. 2 del decreto in esame stabilisce quali sono le controversie oggetto di mediazione.

L'accesso alla mediazione per la mediazione di una controversia civile e commerciale è riservata a chiunque.

Oggetto della mediazione per la definizione di una controversia civile e commerciale possono essere solo materie che vertono su diritti disponibili.

Il presente decreto, tuttavia, non preclude non solo le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, ma neanche le procedure di reclamo stabilite dalla carta dei servizi.

Articolo 3 • Disciplina applicabile e forma degli atti

L'art. 3 del decreto legislativo 28 ottobre 2009 stabilisce la disciplina applicabile e la forma degli atti.

Trova applicazione al procedimento di mediazione il regolamento scelto dalle parti.

La *ratio* di tale articolo è stata quella di evitare l'ingerenza dell'autorità statale nell'attività di mediazione riservata all'autonomia delle parti.

Il co. 2 dell'art. 3 decreto in esame stabilisce quali prerogative deve garantire il regolamento per lo svolgimento di un procedimento di mediazione equo.

La potestà regolamentare degli organismi deve essere ancorata al principio della riservatezza disciplinato in modo esaustivo nell'art. 9 del presente decreto, nonché al principio dell'imparzialità e dell'idoneità del mediatore al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Il co. 3 dell'art. 3 inoltre prevede la forma libera degli atti del procedimento di mediazione. Gli atti del procedimento, infatti, non sono vincolati ad alcuna formalità.

Il co. 4 dell'art. 3 è stato introdotto in ossequio al principio stabilito dall'art. 60 co. 3 lett. i) della legge delega che prevede la possibilità di esercitare la mediazione secondo le modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo.

Articolo 4 • Accesso alla mediazione

Un'altra importante novità che sarà introdotta dal d.lgs. 28 ottobre 2009, se sarà confermato in Parlamento, riguarda l'attuazione del dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione così come prescritto dall'art. 60 della legge delega.

Si introduce, quindi, anche per l'avvocato, una sorta di obbligo del consenso informato, come quello già gravante sui medici.

L'allegazione del consenso informato in giudizio si collega alla natura

processuale della conciliazione, o mediazione, che costituisce, ai sensi dell'art. 5 d.lgs., una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'art. 4 stabilisce la modalità di accesso al procedimento di mediazione.

Il procedimento di mediazione inizia con il deposito della domanda presso l'organismo di conciliazione iscritto nell'apposito registro di cui all'art. 16.

Il decreto legislativo in esame, tuttavia, non stabilisce un criterio di competenza e le parti sono, tuttavia, liberi di proporre domanda conciliativa presso l'organismo conciliativo ritenuto idoneo.

Il co.1 dell'art. 4 poi introduce il criterio della prevenzione stabilito per la litispendenza nel processo civile.

Qualora, difatti, vi siano più domande relative alla stessa controversia, il procedimento di mediazione si svolgerà innanzi all'organismo presso cui è stata depositata la prima domanda e per il principio di prevenzione si deve tener conto della necessaria ricezione della comunicazione della domanda depositata.

Il legislatore ha, poi, stabilito gli elementi individuatori della domanda che deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

L'ultimo comma dell'articolo in esame stabilisce gli obblighi informativi cui è tenuto il difensore a fornire al proprio assistito.

Già dal primo contatto con il cliente il difensore è tenuto ad informarlo della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali che ne derivano.

Il difensore ha l'obbligo di fornire l'informazione al suo assistito per iscritto, a pena di nullità del contratto concluso con quest'ultimo.

L'informazione deve essere, tuttavia, in forma scritta e deve essere sottoscritta dall'assistito il quale è tenuto ad allegarla all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

Se, tuttavia, il giudice verifica e rileva la mancata allegazione del documento informativo mette a conoscenza la parte della possibilità di chiedere la mediazione.

Articolo 5 • Condizione di procedibilità e altri rapporti con il processo

L'art. 5 stabilisce sia la mediazione come condizione di procedibilità in alcune materie, sia il rapporto sussistente tra il procedimento di mediazione e l'eventuale processo civile riguardo alla medesima controversia.

Il tentativo di mediazione è simile a quello previsto nell'art. 410 c.p.c. che riguarda il tentativo obbligatorio di conciliazione.

La mediazione è di tre tipi: obbligatoria, facoltativa e demandata dal giudice.

Il primo comma dell'art. 5 del decreto in esame stabilisce una mediazione di natura obbligatoria.

Il co. 1 dell'art. 5 del decreto in esame ha previsto la condizione di procedibilità obbligatoria per alcune materie.

Il soggetto, difatti, che intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione comodato, affitto aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari ha l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione stabilito nel presente decreto o nel decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 in materia di conciliazione e arbitrato presso la CONSOB ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128 - bis del testo unico delle legge in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385 per le materie ivi regolate.

Per queste materie il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'eccezione di improcedibilità può essere eccepita dalla parte convenuta a pena di decadenza nel primo atto difensivo o può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza.

Il Giudice, tuttavia, qualora rilevi che la mediazione non è stata tentata o che non è decorso il termine massimo per il suo completamento, fissa una nuova udienza dopo la scadenza del termine massimo per la mediazione, onde consentire lo svolgimento.

Il Giudice procede allo stesso modo quando la mediazione non è stata esperita assegnando un termine alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Il co. 1 dell'art. 5 stabilisce, tuttavia, dei limiti di estensione del presente comma.

Tale procedura di mediazione come condizione di procedibilità non si applica alle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo e al titolo X del Codice delle assicurazioni private del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209.

Il co. 2 dell'art. 5 del decreto in esame prevede la mediazione demandata dal giudice imposta anche dalla direttiva comunitaria 2008/52/Ce.

Il giudice invita le parti, a risolvere il conflitto davanti agli organismi conciliativo quando la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il

comportamento delle parti lo consentano.

L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o quando udienza non è prevista prima della discussione della causa.

Se le parti accolgono l'invito del Giudice, lo stesso fissa la successiva udienza dopo 120 giorni concessi alle parti per trovare una soluzione conciliativa.

Se la conciliazione non è stata ancora esperita assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Il co. 3 dell'art. 5 del decreto in esame stabilisce che la mediazione non può pregiudicare la parte che ha interesse ad ottenere un provvedimento urgente o cautelare.

Il co. 4 dell'art. 5 del decreto legislativo illustra una serie di procedimenti per i quali non si applicano le disposizioni sulla condizione di procedibilità e per i quali la mediazione del giudice non opera come preclusione.

Per tali procedimenti il tentativo obbligatorio di mediazione appare controproducente rispetto alla tutela sommaria della tutela giurisdizionale.

La condizione di procedibilità della mediazione non si estende, infatti, ai procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione e ai procedimenti di convalida o di sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c. (lett. a, b).

Tali procedimenti sommati anche se il contraddittorio è differito rappresentano degli utili strumenti per far ottenere al creditore un titolo esecutivo.

Sono esclusi anche dall'applicazione della condizione di procedibilità i procedimenti possessori fino all'adozione dei provvedimenti interdittali (lett. c).

I procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata sono esclusi per il rapporto che sussiste con l'esecuzione forzata.

Non si applica la condizione di procedibilità neanche ai procedimenti in camera di consiglio.

È escluso dal campo di applicazione l'azione civile esercitata nel processo penale. In tali casi subordinare alla condizione di mediazione l'azione civile pregiudicherebbe la proposizione della costituzione di parte civile.

Il co. 5 dell'art. 5 del decreto in esame stabilisce il caso in cui il

contratto o lo statuto della società prevedono una clausola di mediazione o conciliazione simile all'ormai abrogato art. 40 del d.lgs. n. 5/03.

Se il tentativo non risulta esperimento, il giudice, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza di 120 giorni.

La domanda di mediazione è presentata innanzi all'organismo indicato nel contratto o nello statuto se è iscritto nel registro. In caso in cui manca tale iscrizione la domanda deve essere presentata da un altro organismo comunque iscritto. Alle parti, tuttavia, è riconosciuto la facoltà di concordare successivamente al contratto e allo statuto, l'individuazione del diverso organismo iscritto.

Il co. 6 dell'art. 5 del decreto in esame eguaglia l'istanza di mediazione alla domanda giudiziale per la decorrenza dei termini di prescrizione e dell'impedimento della decadenza.

Gli effetti sulla prescrizione e decadenza si producono a decorrere della ricezione della comunicazione alle altre parti.

Per evitare che la domanda di mediazione venga utilizzata per scopi abusivi al solo scopo di differire la scadenza del termine decadenziale, il co. 6 dell'art. 5 del presente decreto stabilisce che la domanda di mediazione impedisce la decadenza una sola volta.

Il comma 7 dell'art. 5 del decreto in esame stabilisce le estensioni di tali procedimenti davanti agli arbitri, in quanto compatibili.

Il legislatore ha, in tal modo, voluto incentivare il ricorso alla procedura di mediazione anche rispetto al procedimento arbitrale.

Articolo 6 • Durata

L'art. 6 del decreto in esame stabilisce la durata della mediazione in ossequio alla legge - delega (art. 60 co. 3 lett. q). Il termine della durata del procedimento di mediazione è di quattro mesi che decorre dal deposito della domanda di mediazione o nel caso della mediazione demandata dal giudice, del termine fissato per il deposito della domanda di mediazione.

Il termine per la durata del procedimento di mediazione è più ampio rispetto al termine della sospensione volontaria del processo.

Articolo 7 • Effetti sulla ragionevole durata del processo

La domanda di mediazione comporta un periodo di sospensione del processo.

L'art. 7 del decreto in esame, tuttavia, esclude che il periodo di sospensione al computo del termine oltre al quale la durata del processo sia da considerarsi irragionevole secondo quanto stabilito dalla legge 24 marzo 2001, n. 89.

Articolo 8 • Procedimento

L'art. 8 del decreto in esame stabilisce il procedimento di mediazione.

Il responsabile dell'organismo, all'atto della presentazione della domanda di mediazione, nomina un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda dandone comunicazione all'altra parte con qualsiasi mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

Qualora le controversie richiedano specifiche conoscenze tecniche l'organismo conciliativo nominerà uno o più conciliatori con tali caratteristiche.

Ove, ciò, non possa accadere il 4° comma dell'art. 8 del decreto in esame stabilisce che il mediatore potrà avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

Il procedimento di mediazione, tuttavia, si svolge senza alcuna formalità presso la sede dell'organismo di conciliazione.

Assume importanza al fine di delineare gli obiettivi del mediatore il co. 3 dell'art. 8 del decreto in esame, il quale stabilisce che il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole della risoluzione della controversia.

Il decreto in esame è fortemente ispirato alla definizione bonaria delle controversie insorte tra le parti senza ricorrere al sistema avversariale.

Articolo 9 • Dovere di riservatezza

L'art. 9 disciplina il dovere di riservatezza che incombe a chi presta la propria opera o il proprio servizio al personale dell'organismo di conciliazione.

L'obbligo di riservatezza a cui è tenuto il personale interno all'organismo è dovuto rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione.

L'obbligo della riservatezza del mediatore si estende anche nei confronti delle parti rispetto alle dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate tenute.

Articolo 10 • Inutilizzabilità e segreto professionale

L'art. 10 stabilisce il segreto professionale del mediatore e l'istruzione probatoria.

Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale.

È esclusa, tuttavia, che sulle dichiarazioni e informazioni la prova testimoniale.

A maggiore tutela della riservatezza sulle dichiarazioni rese nel procedimento l'art. 10 d.lgs. citato introduce il segreto professionale del mediatore sulle dichiarazioni e sulle informazioni conosciute nel procedimento sulle quali il mediatore non potrà essere tenuto a deporre né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità.

Al mediatore, tuttavia, si estendono, le norme sul segreto professionale disciplinato nell'art. 200 c.p.p. e si applicano altresì le garanzie per il difensore dell'art. 103 c.p.p.

Articolo 11 • Conciliazione

L'art. 11 del decreto in esame stabilisce la fase conclusiva del procedimento di mediazione.

La mediazione può sfociare in tre risultati differenti.

Il primo risultato è quello della conclusione in senso positivo della mediazione.

In tali casi se l'accordo è raggiunto in senso amichevole tra le parti il mediatore forma processo verbale sottoscritto dalle parti al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo.

Se manca il consenso delle parti l'accordo non è raggiunto e il mediatore formula una proposta di conciliazione dopo averle informate delle conseguenze delle spese processuali.

L'accordo amichevole raggiunto a seguito della proposta del mediatore può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'adempimento degli obblighi ivi previsti.

Tale forme di *astreintes* convenzionali sono inserite dalle parti per rendere più impegnativo l'accordo.

La proposta di conciliazione è comunicata alle parti in forma scritta e le parti fanno pervenire al mediatore sempre in forma scritta ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta.

Nel caso in cui le parti non provvedano a fornire comunicazione nel

temine suindicato la proposta si ha per rifiutata.

In caso di esito positivo e se tutte le parti aderiscono alla proposta si forma processo verbale il quale viene sottoscritto da tutte le parti compreso il mediatore.

Il mediatore ha, tuttavia, il compito di certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.

In caso di esito negativo della conciliazione, il mediatore forma processo verbale contenenti l'indicazioni della proposta e delle ragioni del mancato accordo.

Anche in caso di esito negativo il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore che ha il compito di certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.

Il mediatore, nel processo verbale, deve dare anche atto dell'assenza di una delle due parti al procedimento di mediazione.

Successivamente, il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo conciliativo.

Alle parti, se richiedono il documento del processo verbale, viene rilasciato la copia dello stesso.

Articolo 12 • Efficacia esecutiva ed esecuzione

L'art. 12 riguarda l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione.

Prima dell'omologa del verbale deve verificarsi se il contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative.

Successivamente, il verbale è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo conciliativo.

Nelle controversie transfontaliere, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

Il verbale di conciliazione, tuttavia, ha valore di titolo esecutivo per procedere all'espropriazione forzata, all'esecuzione in forma specifica e all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Articolo 13 • Spese processuali

L'art. 13 riguarda le spese processuali nel caso in cui la parte abbia rinunciato al procedimento di mediazione e abbia intrapreso il giudizio ordinario.

L'art. 13 è molto significativo, in quanto dallo stesso si evince come il legislatore abbia incentivato il ricorso allo strumento conciliativo come

mezzo di risoluzione alternativo alla giurisdizione ordinaria.

In ossequio all'art. 60 co. 3, lett. p) la parte che abbia rifiutato la proposta e abbia intrapreso il giudizio ordinario può vedersi addossata le spese legali.

Se, difatti, il provvedimento che definisce il giudizio ha uguale contenuto della proposta, il giudice esclude la restituzione delle spese di mediazione della parte vincitrice che abbia rifiutato la proposta, cioè riferibili al periodo successivo alla formazione della stessa.

La parte vincitrice è, altresì, condannata dal giudice al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente per il periodo relativo al procedimento di mediazione, nonché al pagamento di una somma di denaro, a titolo di sanzione pecuniaria processuale, in misura corrispondente all'entità del contributo unificato dovuto per quella tipologia di causa.

Il co. 1 dell'art. 13 del decreto in esame fa riferimento al provvedimento che definisce il giudizio per comprendere anche i provvedimenti di qualsiasi forma decisoria e non solo i provvedimenti che si concludono con una pronuncia definitiva.

L'art. 13 si applica anche alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto.

Si applicano alla mediazione, tuttavia, gli artt. 92 e 96 c.p.c. in tema di condanna alle spese per i singoli atti e responsabilità aggravata del difensore.

Il giudice, qualora ricorrano gravi ed eccezionali ragioni, anche quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta, può escludere la restituzione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto dall'esperto.

Il co. 3 dell'art. 13 del decreto stabilisce che la disciplina delle spese processuali non si applica ai procedimenti davanti agli arbitri atteso che ad essi è riservata una propria disciplina.

Articolo 14 • Obblighi del mediatore

L'art. 14 stabilisce gli obblighi del mediatore per garantire l'imparzialità dello stesso.

È fatto divieto, infatti, al mediatore e ai suoi ausiliari di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati esclusi quelli strettamente connessi alla prestazione dell'opera o del servizio.

Al mediatore, in ossequio al principio dell'imparzialità, è fatto divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

Il compito del mediatore è, altresì, vincolato ad alcuni obblighi per garantire la sua imparzialità e indipendenza.

Il mediatore, infatti, deve sottoscrivere per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule stabilite dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente stabiliti nel medesimo regolamento.

Il mediatore ha anche il dovere informativo di mettere a conoscenza immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione.

Le proposte di conciliazione devono essere formulate nel rispetto del principio dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Il mediatore deve poi corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

La sostituzione del mediatore avviene con una semplice istanza della parte e su di essa provvede il responsabile dell'organismo di mediazione.

Articolo 15 • Mediazione nell'azione di classe

L'art. 15 regola si riferisce alla mediazione nell'azione di classe e regola i rapporti tra questi due istituti.

L'art. 5 co. 1 del decreto in esame non stabilisce l'azione di classe come condizione di procedibilità della domanda.

L'art. 140 co. 9 del codice al consumo stabilisce che le disposizioni del presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni e che non abbiano esercitato l'azione collettiva.

In tali casi per essere la mediazione considerata come mediazione di classe, si deve attendere alla scadenza del termine per permettere l'adesione degli appartenenti alla classe medesima ai sensi dell'art. 140 co. 9 del codice del consumo.

Articolo 16 • Organismi di conciliazione e registro. Albo dei formatori

L'art. 16 assume un'importanza fondamentale, in quanto regola la costituzione dell'organismo di conciliazione e la procedura necessaria per l'iscrizione nel registro dei mediatori.

Tale procedura era prevista dall'ormai abrogato art. 5 del d.lgs. n. 5/2003, riferita alla conciliazione societaria.

L'art. 16 co. 1 del presente decreto stabilisce che il procedimento di mediazione può essere gestito da enti pubblici e privati seri ed efficienti.

Per esercitare tale funzione è necessario essere iscritti in un apposito registro.

L'art. 16 prevede l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali che è disciplinata da appositi decreti ministeriali.

Sono regolati anche da appositi decreti ministeriali la formazione del registro, la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti.

L'iscrizione nel registro avviene attraverso il deposito presso il Ministero della Giustizia della domanda di iscrizione, nonché il proprio regolamento di procedura e comunica le eventuali variazioni.

Il regolamento dell'organismo, al quale devono essere allegate le tabelle di indennità degli organismi costituiti, deve contenere le procedure telematiche utilizzate dall'organismo per garantire la sicurezza delle comunicazioni e la riservatezza dei dati.

Il controllo sul registro è riservato dal Ministero della Giustizia e per la sezione per la tratta in sezione degli affari in materia di consumo anche dal Ministero dello sviluppo economico.

L'art. 16 del decreto in esame prevede anche la costituzione dell'albo dei formatori per la mediazione al fine di garantire la professionalità dei soggetti formatori.

I criteri per l'iscrizione all'albo dei formatori, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione sono regolate dal decreto ministeriale.

Articolo 17 • Regime fiscale. Indennità

L'art. 17 introduce il regime fiscale relativo al procedimento di mediazione e le indennità spettanti al mediatore.

Al fine di incentivare il ricorso al procedimento di mediazione e in ossequio all'art. 60 co. 3 della legge 19 giugno 2009 n. 69 è stata prevista un'esenzione fiscale quasi integrale.

Tutti gli atti, infatti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dell'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

È prevista solo un'esenzione parziale per il verbale di accordo, in quanto è previsto un limite di esenzione dell'imposta di registro pari a Euro 51.646.

Le agevolazioni fiscali rientrano nelle finalità del Ministero della Giustizia e sono finanziate con la parte di risorse affluite al Fondo Unico Giustizia.

Il comma 4 dell'art. 17 del decreto in esame stabilisce i parametri necessari per determinare le indennità e rinvia alla normativa secondaria per la determinazione di tale indennità.

Con il decreto ministeriale di cui all'art. 16 co. 2 sono, infatti, determinati l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici e il criterio di calcolo, i criteri per l'approvazione delle tabelle, delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati, le maggiorazioni massime dell'indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione e le riduzioni minime dell'indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità. La norma affronta, poi, il caso in cui le parti meno abbienti accedono al procedimento di mediazione e sono in possesso delle condizioni previste per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 76 Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002 n. 115.

La norma prevede che tali soggetti sono esonerati dal pagamento dell'indennità spettante all'organismo di conciliazione.

Tale esonero delle parti è subordinato al deposito presso l'organismo di conciliazione una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà per la prova dei requisiti necessari per l'esonero la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore.

L'ammontare dell'indennità può essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione accertata dall'Istituto Nazionale di Statistica, dell'indice dei prezzi al consumo.

Articolo 18 • Organismi presso Tribunali

L'art. 18 del decreto in esame stabilisce la facoltà per i Consigli degli Ordini degli Avvocati di istituire organismi presso ciascun Tribunale, il quale si avvale di un proprio personale e dei locali messi a disposizione del Presidente del Tribunale.

L'art. 18 del decreto in esame attua, in tal modo, l'art. 60 co. 3, lettera e) della legge delega.

Gli organismi di conciliazione presso i tribunali sono iscritti al registro attraverso il deposito di una semplice istanza e, comunque, l'iscrizione è subordinata al controllo da parte dell'amministrazione che detiene il registro di appositi requisiti per l'esercizio della procedura conciliativa.

Articolo 19 • Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio

L'art. 19 del presente decreto stabilisce, come per i consigli degli ordini degli avvocati, anche per i consigli degli ordini professionali, l'istituzione per le materie riservate alla loro competenza, sempre previa autorizzazione del Ministero della Giustizia, organismi speciali, utilizzando il proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilità.

Anche tali organismi speciali e quelli istituiti alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono iscriversi nel registro dei mediatori attraverso una semplice istanza.

Il legislatore ha, quindi, con questi accorgimenti incentivato il ricorso a tale strumento di mediazione come mezzo alternativo alla tutela giurisdizionale.

Articolo 20 • Credito d'imposta

L'art. 20 del decreto in esame prevede, in ossequio all'art. 60 della legge 19 giugno 2009 n. 69, il riconoscimento del credito d'imposta alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi di conciliazione.

Il credito d'imposta deve essere indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi.

Articolo 21 • Informazioni al pubblico

Secondo tale articolo il Ministero della Giustizia si impegna per mezzo del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio e anche attraverso gli strumenti telematici e apposite campagne pubblicitarie a divulgare informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi che svolgono tale attività.

In tal modo i cittadini verranno messe a conoscenza di tale strumento di mediazione per la risoluzione bonaria delle controversie.

Articolo 22 • Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo

L'art. 22 del decreto in esame prevede un coordinamento tra la

mediazione e il Decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 che disciplina l'antiriciclaggio di denaro proveniente da attività criminose.

L'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69 ha introdotto all'art. 10 co. 2 del Decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 dopo il numero 5) il punto 6) relativo alla mediazione e stabilendo che l'obbligo di segnalazione si estende anche alla mediazione come previsto per le altre categorie indicate nello stesso decreto.

Articolo 23 • Abrogazioni

L'art. 23 co. del decreto legislativo in esame abroga la conciliazione societaria regolata dagli artt. 38 – 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 e stabilisce che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.

L'art. 23 co. 2 stabilisce, tuttavia, che rimangono in vigore le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione. Tali procedimenti sono quelli disciplinati ad esempio dagli artt. 410 c.p.c. e dall'art. 46 della legge 3 maggio 1982 n. 203.

Il legislatore ha previsto la salvezza di tali procedimenti per la natura peculiare ad esso riservata.

Con l'estensione della nuova normativa anche alla mediazione in relazione alle controversie civili e commerciali che hanno ad oggetto diritti disponibili, la disciplina della conciliazione societaria è annoverata nella nuova figura di mediazione.

Articolo 24 • Disposizione transitorie e finali

L'ultimo articolo del decreto in esame stabilisce il dies a quo dell'efficacia delle condizioni di procedibilità di cui all'art. 5 co. 1 del decreto in esame.

Le condizioni di procedibilità produrranno effetti entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi iniziati a decorrere dalla data di entrata in vigore di tale decreto.

CONCLUSIONI

La conciliazione stragiudiziale e i mezzi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) sono strumenti che consentono di ovviare all'inadeguatezza della giustizia ordinaria.

La conciliazione, nelle sue diverse forme, è un istituto di grande rilievo e in continua espansione.

La recente espansione è stata incentivata anche dall'attuale approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, del decreto legislativo 28 ottobre 2009, in tema di mediazione e conciliazione.

Le procedure conciliative stanno vivendo una fase di grande diffusione soprattutto in ambito stragiudiziale, nella prospettiva di coadiuvare l'autorità giudiziaria ed al fine di consentire il transito della lite in sede giudiziale solo quando ciò sia veramente inevitabile.

Con riferimento all'ambito fallimentare, occorre menzionare l'esperienza del Tribunale di Milano, Sez. Fallimentare, che ha elaborato un Protocollo di comportamento d'intesa con i principali gruppi bancari, secondo il quale le azioni revocatorie nei confronti delle banche devono essere precedute da un procedimento conciliativo finalizzato alla disamina congiunta degli importi realmente revocabili, onde evitare *tout court* iniziative giudiziarie oppure contenere, per quanto possibile, l'oggetto delle medesime.

È evidente la volontà di porre in essere uno strumento idoneo a prevenire o quantomeno ridurre il contenzioso con gli istituti di credito.

Il Protocollo prevede che il curatore comunichi alla banca le risultanze documentabili in suo possesso relative ai rapporti intercorsi tra la banca e il fallito ed oggetto di possibili azioni revocatorie e, contestualmente, chieda copia dell'eventuale ulteriore documentazione relativa a tali rapporti e che non sia già acquisita al fallimento, purché si tratti della medesima documentazione rispetto alla quale la procedura avrebbe diritto ad ottenere l'esibizione in sede giudiziale.

Le parti sono, quindi, chiamate ad un esame congiunto della menzionata documentazione, in modo che siano approfonditi, in

contraddittorio, i diversi profili giuridici e di fatto e sia individuata una possibile soluzione transattiva della lite, la quale, se accettata dalla banca, deve successivamente essere sottoposta dal curatore alla valutazione del tribunale per le autorizzazioni di legge.

Il Protocollo, per l'esame congiunto della documentazione, prevede un termine massimo di sei mesi, fatta salva la possibilità di proroga per i casi più complessi.

Se l'esame congiunto non consente di pervenire ad un accordo e, quindi, alla composizione in via amichevole della controversia, il curatore espone al Giudice il contenuto dell'esame compiuto in contraddittorio con la banca e le condizioni della mancata conciliazione chiede l'autorizzazione per le necessarie iniziative giudiziarie.

Occorre, altresì, riferire brevemente di un'importante iniziativa attuata presso il Tribunale di Milano. Il "Progetto Conciliamo" è nato da un'iniziativa della Corte d'Appello di Milano, ed è volto, *in primis*, alla sensibilizzazione dei cittadini a riguardo dello strumento conciliativo nonché all'approntamento di uno strumento strutturalmente snello e funzionale che possa costituire una valida alternativa alla via giudiziale.

Tale progetto ha trovato l'avallo di numerosi soggetti come la Camera Arbitrale di Milano, gli Ordini provinciali di commercialisti e avvocati e l'Associazione per lo sviluppo delle agenzie di conciliazione, i quali hanno, all'uopo, sottoscritto un protocollo d'intesa.

Il progetto ha natura sperimentale ed assegna un ruolo fondamentale al difensore delle parti, il quale deve provvedere ad informare il proprio assistito circa l'esistenza di tale strumento di conciliazione stragiudiziale. La procedura di conciliazione può prendere l'avvio attraverso due differenti modalità, e cioè a mezzo di domanda diretta oppure congiunta delle parti. Nel primo caso, la domanda è rivolta direttamente da una parte nei confronti dell'organo di conciliazione, il quale provvederà a sua volta a prendere contatto con l'altra parte, a vagliare la sua disponibilità conciliativa e ad avviare la procedura. Nel secondo caso, invece, il procedimento inizia a seguito di domanda rivolta da una parte nei confronti dell'altra, la quale disporrà di un periodo di quindici giorni per prestare o meno il proprio consenso all'avvio dello strumento conciliativo.

In modo non dissimile da quanto avviene per gli arbitrati amministrati, è stato predisposto un tariffario suddiviso per scaglioni in modo da parametrare al valore della lite il compenso dei conciliatori, il quale può variare da un minimo di 40 Euro sino ad un massimo pari a 10.000 Euro.

In data 17 novembre 2008 si è tenuta la cerimonia di apertura della sede del "Progetto Conciliamo", sita all'interno del Tribunale di Milano,

ed, in ultimo, si segnala che, solamente nel primo mese di vita, l'organo ha avviato più di trenta procedure le quali, quasi nella totalità dei casi, si sono concluse con esito positivo ed entro tempi molto ristretti e che, mediamente, si attestano attorno ai quarantacinque giorni.

Come è stato autorevolmente osservato, l'importanza della conciliazione emerge, anzitutto, ex se: *“la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno”*⁽⁴²⁾.

Non si può fare a meno di considerare, tuttavia, che la conciliazione nel nostro ordinamento assume un rilievo sempre maggiore anche in ragione della situazione di congestione che affligge gli uffici giudiziari.

Questa è una considerazione che si fonda sul *principio di sussidiarietà*, alla luce del quale l'intervento autoritativo-giurisdizionale, deve essere considerato come l'ultima tra le *chances* a disposizione, alla quale si dovrebbe ricorrere in mancanza di raggiungimento dello scopo per altra via.

Il valore aggiunto che la conciliazione possiede rispetto alla giustizia civile statale, del resto, è nota e sovente enfatizzata anche dalla dottrina⁽⁴³⁾, che ravvisa proprio nell'incapacità dello Stato a rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia una delle principali cause del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie⁽⁴⁴⁾.

L'attuale conciliazione societaria italiana è ancora lontana dal modello francese di *mediation*.

Sono, pertanto, da salutare con favore tutte le iniziative volte ad estendere l'ambito di operatività dell'istituto in funzione deflativa del contenzioso, in sede giudiziale e non, quali, in particolare, quelle elaborate dal Tribunale di Milano, Sez. Fallimentare, o del Progetto Conciliamo attivato su iniziativa della Corte d'Appello di Milano, che costituiscono anche un efficace esempio di diffusione della cultura della conciliazione.

L'istituto della conciliazione ha ottenuto, tuttavia, esiti solo in parte

⁽⁴²⁾ LUIISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, op.cit., 1203 ss..

⁽⁴³⁾ Cfr. già CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, op.cit., 172 ss.

⁽⁴⁴⁾ Conf. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, op.cit., 779 ss.; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, op.cit., 447 ss.

positivi atteso che, nonostante la volontà del legislatore a incentivare il ricorso a tale strumento in funzione deflativa, non riesce a far fronte ai quei comportamenti che si traducono in un abuso della tutela giurisdizionale.

L'abuso del processo si verifica ad es. quando l'attore si serve del processo non per tutelare i propri diritti, ma per pregiudicare la posizione avversaria.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in presenza dell'apposita clausola contrattuale o statutaria disciplinato nell' art. 40 d.lgs. n. 5/2003 (a partire dell'entrata in vigore del decreto 28 ottobre 2008 si applicheranno le disposizioni dello stesso) comporta l'attuazione di misure coercitive che sanzionano attraverso il pagamento delle spese processuali la parte che senza alcun giustificato motivo abbia perseguito la via del processo, anziché accontentarsi del risultato della conciliazione obbligatoria.

Tale misura coercitiva, tuttavia, affievolisce la natura della conciliazione intesa come espressione della volontà delle parti obbligando, invece, quest'ultime ad intraprendere la strada della procedura conciliativa.

La sensazione è che la conciliazione sia di difficile realizzazione quando il contenzioso sia ormai transitato in ambito giudiziale. Se, come ci mostra l'esperienza pratica, la conciliazione ha qualche *chance* di riuscita nel processo del lavoro – di norma perché il datore di lavoro teme di incappare nel c.d. *favor* verso la parte più debole, ossia il lavoratore –, pochissime possibilità vi sono negli altri contesti, atteso che quando si è ormai dinnanzi al Giudice è, forse, troppo tardi per pervenire ad un'ipotesi conciliativa.

Il disagio con cui l'istituto è applicato in sede giudiziale ha spinto il legislatore del 2005 a trasformare il tentativo di conciliazione nel rito ordinario di primo grado da obbligatorio a meramente facoltativo.

Recenti tentativi di riforma, in una prospettiva deflativa del contenzioso, hanno successivamente cercato di ampliare lo spazio dedicato alla conciliazione, arrivando financo ad investire il Giudice di un ruolo attivo in tal senso – come ipotizzato nel d.d.l. Mastella –, ma con esiti poco convincenti e ciò non certo a causa di una mancanza di fiducia nei giudicanti, quanto per la sede ed il momento, ormai avanzato e caratterizzato da un alto grado di litigiosità, in cui la conciliazione giudiziale si svolge.

Ne segue che la via maestra da seguire al fine di pervenire al risultato di deflazione delle controversie in sede giudiziaria sia, probabilmente, un'altra: anzitutto, la creazione negli operatori giuridici e commerciali di

una cultura della conciliazione, che li porti a prevedere il predetto istituto quale metodo alternativo di risoluzione delle eventuali controversie già in sede di redazione del contratto, magari con un rinvio espresso al regolamento di organismi conciliativi riconosciuti, in modo da semplificare le operazioni in caso di concretizzazione della lite; quindi, la previsione, da parte del legislatore, ma anche dietro semplice iniziativa di organismi rappresentativi di centri di opposti centri di interesse, come nel caso del Tribunale fallimentare o di associazioni professionali, di protocolli che prevedano procedure conciliative in ambito stragiudiziale.

Lo strumento della conciliazione, in definitiva, rischia di essere attualmente utilizzato per scopi abusivi, cioè come strumento per ottenere consensualmente accordi dalla parte che non vuole attendere i tempi piuttosto lunghi del processo⁽⁴⁵⁾.

Al fine di evitare che tale strumento conciliativo si veda ridotte le possibilità di successo, nonostante la continua espansione in atto sostenuta anche dal nostro legislatore, all'interno del nostro ordinamento giuridico, soprattutto in termini deflattivi, è necessario auspicarsi che il legislatore abbia una maggiore consapevolezza dei problemi che pregiudicano l'efficienza del nostro sistema processuale.

⁽⁴⁵⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione: Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 175.

Numeri pubblicati

Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernesto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario Difino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*
- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*

- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzi*

finito di stampare
nel mese di dicembre 2009

3LB srl
Osnago (LC)

nr. 26.

Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009 introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il cd. diritto comune della conciliazione. La scelta normativa del legislatore più recente è tesa a favorire in massima parte i meccanismi conciliativi. Dopo molteplici interventi parziali, si apre ora la via della generalizzazione dei meccanismi conciliativi. Il lavoro presentato prende avvio dalla complessità del fenomeno della conciliazione e si dirige, in primo luogo, alla ricerca della più giusta collocazione sistematica dell'istituto della conciliazione rispetto ad altri istituti contigui quali l'arbitrato e la transazione. Così ribadita l'autonomia del fenomeno della conciliazione, l'analisi è rivolta alle figure particolari di conciliazione e, poi, alle maggiori novità contenute nel progetto di legge delegata.

Aldo Stesuri, Dottore Commercialista dell'Ordine di Milano, Dottore in Legge, Professore di diritto fallimentare presso l'Università di Bergamo, componente della Commissione Arbitrato e segretario della Camera Arbitrale e di Conciliazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti. E' autore di monografie fra le quali: "Gli arbitrati societari 2007", "La conciliazione societaria 2005", "Profili di attualità dell'arbitrato 2003", "Gli arbitri 2001", "Gli aspetti fiscali dell'arbitrato 1999".