

# *Mediazione e conciliazione nel processo civile*

## *Le proposte dell'Aiga*

## Mediazione e conciliazione nel processo civile

### Le proposte dell'Aiga

**1. Premessa.** La mediazione civile è, come noto, uno strumento di risoluzione alternativo delle controversie (ADR) che si caratterizza per il ruolo assolutamente terzo ed imparziale del mediatore che, invero, non ha la funzione di organo giudicante ma quella di facilitare una comunicazione tra le parti, che per qualsiasi motivo si è interrotta, al fine di consentire di raggiungere una soluzione condivisa e assolutamente soddisfacente.

La mediazione finalizzata alla conciliazione si è da sempre caratterizzata, per sua natura, quale strumento facoltativo di risoluzione delle controversie.

Nel corso degli ultimi anni sono state peraltro introdotte, con varie e disorganiche previsioni legislative, alcune, pur diverse tra loro, forme di conciliazione obbligatoria (si pensi, al riguardo, alla conciliazione nel rito del lavoro innanzi alle commissioni provinciali, a quella in materia di subfornitura, a quella nel settore delle telecomunicazioni e alla conciliazione in ambito societario).

In linea generale, mentre la conciliazione facoltativa, demandata alla libera volontà delle parti, produce usualmente significativi risultati pur essendo scarsamente utilizzata, la conciliazione obbligatoria, invece, generalmente conduce ad esiti non soddisfacenti in quanto intesa esclusivamente come tappa prodromica all'instaurazione di un successivo giudizio.

L'Aiga da sempre ritiene al riguardo che la conciliazione, oltre a costituire un valido filtro idoneo ad evitare che tutte le controversie abbiano accesso alla giurisdizione, possa costituire un ottimo rimedio per deflazionare i ruoli dei tribunali.

Questa constatazione è confortata da alcuni dati statistici molto significativi: nel 2007 su 452.546 procedimenti ordinari civili esauriti presso gli uffici del giudice di pace, ben 180.152 si sono conclusi con un provvedimento diverso dalla sentenza. Ed ancora, sempre nel 2007 su 1.382.642 procedimenti civili di cognizione ordinaria definiti (in essi comprese anche le cause di lavoro e previdenza e quelle agrarie), ben 634.677 si sono conclusi senza che sia stata emessa una sentenza. E' più che plausibile che ogni anno poco meno del 50% delle cause civili non si definisce con sentenza per abbandono delle parti processuali che hanno raggiunto un accordo transattivo.

**2. In particolare la conciliazione endoprocessuale.** L'Aiga, ancor prima che prendesse corpo il testo che poi sarebbe stato approvato con il d. lgs. 4 marzo 2010,

n. 28, aveva avanzato nel 2008 una propria proposta di modificazione degli artt. 68 e 188 del codice di procedura civile mediante l'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione al termine della fase istruttoria del processo di primo grado e prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

Il testo di modifica dell'art. 188 c.p.c. proposto dall'Aiga era così formulato:

*«Il giudice istruttore provvede all'assunzione dei mezzi di prova e, esaurita l'istruzione, salvo che non ravveda motivate ragioni, sospende il procedimento per un periodo non superiore a novanta giorni e delega l'esperimento del tentativo di conciliazione ad un avvocato esperto in tecniche di conciliazione iscritto nell'elenco tenuto dall'ordine degli avvocati del Tribunale nel cui circondario si tiene il processo.*

*Il giudice istruttore delega l'avvocato concordemente indicato dalle parti o, in mancanza, procede d'ufficio alla nomina, garantendo per quanto possibile la rotazione degli incarichi.*

*Ricevuta la comunicazione dell'ordinanza di delega allo svolgimento del tentativo di conciliazione, il conciliatore deposita nella cancelleria del giudice delegante formale accettazione e contestuale dichiarazione, sotto la propria responsabilità, di imparzialità, indipendenza e terzietà nonché di insussistenza di motivi di incompatibilità o astensione.*

*Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa che, a cura del professionista delegato, viene prontamente depositato nel fascicolo del giudizio pendente. Il verbale di conciliazione giudiziale costituisce titolo esecutivo previa deliberazione formale del Giudice Istruttore, che provvede con decreto entro quindici giorni dall'avvenuto deposito.*

*Con il decreto previsto al comma che precede, il Giudice Istruttore provvede altresì a dichiarare con ordinanza l'estinzione del processo. Le spese del processo sono regolate dall'art. 92 terzo comma.*

*Qualora la conciliazione non riesca, il giudice rimette le parti davanti al collegio per la decisione a norma dell'articolo seguente.*

*Le spese relative all'esperimento del tentativo di conciliazione, ivi compresi i compensi del conciliatore, sono, salvo diverso accordo, a carico in via solidale tra le parti, qualora queste si siano conciliate, o, qualora la conciliazione non riesca, sono liquidate dal Giudice Istruttore unitamente alle spese del processo».*

All'articolo 68 del codice di procedura civile è aggiunto il seguente secondo comma bis: *«Il conciliatore previsto dall'art. 188 è considerato ausiliario del giudice».*

**3. Il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28.** La mediazione disciplinata dal d. lgs 28/10 ha introdotto un percorso assolutamente ibrido in quanto ad una conciliazione facilitativa, nella quale il mediatore svolge la sua funzione classica di soggetto che aiuta le parti nel cercare di raggiungere spontaneamente un accordo soddisfacente dei rispettivi interessi, si affianca una conciliazione aggiudicativa qualora il mediatore avanzi alle parti la proposta di conciliazione, con conseguenze sulla ripetizione delle spese di lite, *ex artt* 11 e 13 d. lgs 28/10.

In proposito si osserva peraltro che molti organismi hanno manifestato l'intenzione di inserire nei propri regolamenti la previsione, ritenuta legittima, che la proposta possa essere effettuata dal mediatore solo su concorde richiesta delle parti.

Proprio la peculiare articolazione della procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione - proposta che potrà svolgere il mediatore; possibili conseguenze del rifiuto della proposta sulla ripartizione delle spese processuali; eventuali conseguenze *ex art.* 116 c.p.c. della mancata partecipazione senza giustificato motivo della parte alla mediazione; necessaria attenzione che deve essere prestata alla predisposizione della domanda di mediazione con una chiara indicazione di *petitum e causa pretendi* - impone di ritenere che sia necessaria l'assistenza tecnica di un avvocato per una irrinunciabile garanzia di tutela dei diritti del cittadino.

Vale ricordare in proposito che proprio la tutela del principio del contraddittorio e dell'esercizio del diritto di difesa avevano indotto l'Aiga a prevedere l'assistenza di un difensore nel procedimento conciliativo proposto nel progetto di riforma della Giustizia presentato dall'Aiga nel 2003 (v. Aiga, *Progetto di riforma della Giustizia-Le proposte dei Giovani Avvocati*, Maggioli Editore, 2003, pag. 143).

**4. Le proposte dell'Aiga sulla mediazione finalizzata alla conciliazione.** L'Aiga già nel 2009 aveva formulato alcune proposte di modifica dell'articolato approvato dal Consiglio dei Ministri che poi sarebbe stato trasfuso nel d. lgs 28/10.

In particolare le suggerite modifiche riguardavano tra l'altro:

- la facoltatività della procedura conciliativa;
- la riserva agli avvocati delle funzioni di mediatore;
- l'eliminazione della sanzione della nullità del contratto concluso con l'assistito per l'inosservanza dell'obbligo di informativa; rilievo peraltro solo parzialmente accolto a fronte della previsione dell'annullabilità del contratto di patrocinio;
- l'assistenza obbligatoria dell'avvocato per le procedure di mediazione con valore della domanda che ecceda la somma di € 10.000,00;

- l'introduzione della conciliazione endoprocessuale, già proposta nel 2008 dall'Aiga, da esperirsi terminata l'istruttoria e per le cause che siano pendenti davanti al Giudice di primo grado da oltre tre anni dalla notifica dell'atto di citazione o dal deposito del ricorso introduttivo con esplicita previsione che il mancato esperimento della mediazione costituisce causa ostativa al riconoscimento dell'indennizzo di cui alla l. 89/01 (cd legge Pinto);
- la previsione di una mediazione/conciliazione meramente “facilitativa”, con “passaggio” a quella “valutativa” solo su concorde richiesta delle parti, in parte accolta nel testo definitivo;
- la specifica previsione del dovere di lealtà e probità in capo alle parti ed ai difensori nel procedimento di mediazione.

**5. La proposta della procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato.** L'Aiga, in attesa che il legislatore recepisca le auspiccate modifiche, aderisce con favore all'introduzione, proposta da parte dell'Avvocatura, nell'ordinamento nazionale di un ulteriore strumento che trova ispirazione da un analogo istituto da poco vigente in Francia (loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires che ha inserito un nuovo titolo XVII nel libro III del codice civile): la procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato.

Il nuovo istituto introduce una procedura conciliativa alternativa al contenzioso, in cui ogni parte è assistita dal suo avvocato. In caso di accordo, questo è poi omologato dal giudice. La legge francese prevede che questa procedura esonera le parti dalla conciliazione e dalla mediazione, nei casi in cui sono previste dalla legge. È infine previsto che una convenzione di procedura partecipativa può essere anche conclusa dai coniugi per cercare una soluzione consensuale di separazione o di divorzio.

Prendendo le mosse da quel testo di legge l'Aiga intende proporre l'introduzione di un analogo istituto anche nell'ordinamento italiano in una ottica di coordinamento con le altre forme di conciliazione e mediazione già previste dalla legge con l'intento di perseguire, contemporaneamente, la finalità di deflazionare il contenzioso.

Tale procedura farebbe leva sulle funzioni proprie dell'avvocato valorizzandole anche in una sede extraprocessuale conciliativa a maggior tutela del cittadino.

I tratti salienti della disciplina dovrebbero essere costituiti da:

- l'applicabilità dell'istituto ai soli diritti disponibili; alle questioni aventi ad oggetto controversie relative alla risoluzione del rapporto del lavoro dipendente o ricorsi giurisdizionali avverso la certificazione dei contratti di lavoro o riguardanti la materia previdenziale ed ai procedimenti di separazione o divorzio, per cercare una soluzione consensuale, anche in presenza di figli minori;
- la previsione della possibilità (e non dell'obbligatorietà) dell'intervento di un mediatore designato da un Organismo di mediazione;
- la forma scritta necessaria per la convenzione;
- il principio dell'improcedibilità dei procedimenti giudiziari oggetto di convenzione, fatta salva la possibilità di richiedere i provvedimenti cautelari ed urgenti;
- l'esonero per le parti che si avvale della procedura dell'obbligo della conciliazione e della mediazione, nei casi in cui sono previste dalla legge, anche se ha esito negativo;
- la certificazione dell'autenticità delle firme apposte all'accordo raggiunto per effetto della procedura e l'attestazione che il contenuto del medesimo corrisponde alla volontà delle parti, entrambe ad opera dei legali che hanno partecipato alla procedura regolata dalla convenzione;
- l'omologazione dell'accordo conciliativo raggiunto da parte del Presidente del Tribunale territorialmente competente in base alle norme del codice di procedura civile lasciata alla libera scelta delle parti che in tal modo possono attribuire ad esso efficacia di titolo esecutivo;
- le conseguenze attribuite alla mancata risposta all'invito ad aderire ad una procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato;
- l'invito del giudice ad avviare una procedura partecipativa di negoziazione al termine della fase introduttiva del giudizio e quindi dopo che le difese della parti abbiano cristallizzato *thema decidendum* e *thema probandum*.
- l'estensione del patrocinio a spese dello Stato anche per l'assistenza di un avvocato svolta nel corso della procedura partecipativa di negoziazione, purché conclusasi con un accordo;
- l'estensione agli accordi raggiunti per mezzo delle procedure si applicano alle parti degli stessi vantaggi fiscali previsti nell'art. 20 del D.Lgs. 28/2010 sulla mediazione.

Roma, li 16 maggio 2011

Giunta nazionale AIGA