

I METODI DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO: DAL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE ALLA MEDIAZIONE CIVILE

di Elio Gaetano BELSITO*
e Andrea MASCIOLI**

Sommario: 1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione. 2. La mediazione civile: dalle origini alla sentenza della Corte costituzionale. 3. La rinascita della mediazione. 4. Pregi e difetti della mediazione. 5. Nuovi metodi di deflazione del contenzioso giudiziario?

1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione

Disciplinato dall'art. 410 c.p.c., il tentativo obbligatorio di conciliazione, nell'ottica originaria del Legislatore avrebbe dovuto ottemperare al superiore obiettivo della definizione bonaria della lite ma soprattutto di deflazione all'abnorme carico giudiziale che

operava ed opera gli uffici giudiziari¹.

In definitiva tali obiettivi non sono stati mai raggiunti. La sua sostanziale abrogazione, ma non formale, avvenuta con la legge del 4 novembre 2010 n. 183, è stata salutata dalla dottrina con favore². Le ragioni del fallimento sono molteplici e vanno ricercate più che nell'istituto soprattutto nella prassi.

* Avvocato.

** Mediatore Civile e Commerciale. Ufficiale Giudiziario.

¹ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2012, p. 27.

² M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel collegato*, in Guida al Lavoro, Il Sole 24 Ore, 26 ottobre 2010.

La *ratio legis* dell'art. 410 c.p.c. disciplinava il tentativo di conciliazione come obbligatorio facendo sì che questo fosse condizione di procedibilità del ricorso all'autorità giudiziaria competente.

Il Legislatore attraverso l'obbligo al passaggio alla fase conciliativa aveva auspicato una pronta soluzione bonaria della controversia. Così non è stato in quanto, da un lato, le parti hanno sempre primariamente spinto per una definizione giudiziale della lite e non bonaria e, dall'altro, in quanto lo strumento conciliativo non ha mai rappresentato una vera e propria alternativa al giudizio capace di assorbirne i molteplici aspetti. Pertanto una volta scaduti i canonici 60 giorni dalla ricezione dell'istanza, la parte era sostanzialmente "libera" di ricorrere al Giudice; quest'ultimo avrebbe, in ultima analisi, dovuto solamente verificare l'avvenuta decorrenza del termine di cui sopra ai fini della proposizione del ricorso. In buona sostanza da strumento deflattivo si era passati a strumento di mero intralcio ed a giusta ragione se ne auspicava da più parti l'abolizione.

L'art. 31 della legge del 4 novembre 2010 n. 183 ha riscritto l'art. 410 c.p.c. titolandolo soltanto "*tentativo di conciliazione*" (eliminando la parola "*obbligatorio*") e di conseguenza ha abrogato l'art. 412-bis c.p.c. che indicava le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di quanto previsto nell'art. 810 c.p.c. oltre ad abrogare gli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001 che disciplinavano il tentativo obbligatorio per i pubblici dipendenti³.

Ma il Legislatore non si è semplicemente limitato a riformare il tentativo di conciliazione facendolo diventare facoltativo, ma ha rivolto le proprie attenzioni sull'arbitrato affiancandolo quale strumento facoltativo alla conciliazione.

I lavoratori che vorranno utilizzare tale strumento però dovranno operare la scelta *ante causam*, in quanto una volta sorta la

lite questa potrà essere definita solamente attraverso la via giudiziale. Ulteriore e più incisiva novità è quella che coinvolge l'art. 420 c.p.c, comma 1, n. 4, che integra il testo normativo aggiungendo alle parole "tenta la conciliazione della lite", l'inciso "e formula alle parti una proposta transattiva". Tale dettato è da analizzare con il combinato disposto dell'art. 91 c.p.c. (condanna alle spese), come modificato dalla l. n. 69/2009, in quanto qualora il G.d.L. nel dispositivo dovesse accogliere 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.

Tale innovazione ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nel processo del lavoro in quanto il Legislatore ha sostanzialmente legittimato il Giudice del Lavoro (già titolare di notevoli poteri nella gestione della lite) affinché possa legittimamente intervenire nella definizione bonaria della stessa, irrompendo con la propria autorità nello smuovere le parti ad addivenire ad un accordo⁴.

A livello teorico l'intento primario del Legislatore del collegato lavoro è stato quello di riformare l'ormai obsoleto art. 410 c.p.c., scrostando così il rito del lavoro da inutili ammennicoli; invero la riforma summenzionata ha avuto il notevole pregio di concedere al Giudice un ruolo decisamente più permeante nella definizione della lite quale strumento di deflazione del contenzioso.

2. La mediazione civile: dalle origini alla sentenza della Corte costituzionale

La legge n. 69/2009 istituisce in Italia il procedimento di mediazione quale rito alternativo, all'ordinario processo di cognizione, in ossequio con la direttiva europea n. 52 del 2008. Ma è solo con il d.lgs. n. 28/2010 e con il decreto ministeriale n. 180/2010 che

³ A. BELSITO, *Il lavoro e le sue nuove regole*, Cacucci, Bari, 2010, p. 45

⁴ P. SANDULLI - A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 247.

tale rito alternativo entra pienamente in vigore nel nostro ordinamento⁵.

Il decreto sopra citato rappresenta il provvedimento legislativo di maggior interesse all'interno del panorama italiano degli ultimi anni, in relazione agli obiettivi posti dal legislatore ed all'interesse suscitato con la sua applicazione.

Nello specifico, ampi dibattiti sono stati sollevati dalle Associazioni di Avvocati, in relazione alla previsione dell'obbligatorietà prevista dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010 essendo il procedimento di mediazione stato concepito quale condizione di procedibilità, rispetto al rito ordinario.

Tale dibattito, di rilevanza costituzionale, ha per l'appunto rappresentato oggetto di questione di legittimità sollevata da parte del Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 16 agosto 2011 e dal Giudice di Pace di Mercato San Severino 21 settembre 2011.

È il caso di rilevare che le materie previste dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010, come causa di obbligatorietà per l'espletamento del processo ordinario di cognizione, rappresentavano l'80% dell'intero contenzioso civile.

La curiosa coincidenza tra la riforma dell'art. 410 c.p.c e l'art. 5 della sopra citata legge ha portato la dottrina ad interrogarsi circa i reali effetti di tale innovazione legislativa. A seguito della tanto auspicata riforma del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro, in maniera del tutto inspiegabile, veniva contemporaneamente introdotta nel processo civile ordinario la mediazione, quale condizione di procedibilità al fine di deflazionare il contenzioso.

Analizzando i primi dati statistici, risultanti dalla relazione del Guardasigilli del 17 gennaio 2011 si evince come la mediazione venga valutata positivamente sotto tre profili: in primis circa il numero delle mediazioni iscritte che da 33.808 mediazioni nel primo semestre del 2011 sono passate ad oltre le 53.000 unità; in secondo luogo

circa le possibilità di assicurare un'effettiva assistenza tecnica, si è fatto rilevare che nell'80% dei casi le parti sono assistite da un legale; ed in ultimo si testimonia che il 60% delle mediazioni effettuate in presenza delle parti si conclude con successo evitando così il contenzioso.

Questi dati però possono essere valutati anche in senso non positivo dovendo rilevare che un tale successo è in larga parte dovuto alla previsione dell'obbligatorietà dell'art. 5 del d.lgs. 28/2012 e che con l'entrata in vigore dal 31 marzo 2012 di materie quali quella condominiale e il risarcimento danni per la circolazione dei veicoli e natanti i dati relativi alle mediazioni iscritte hanno subito un notevole aumento con percentuali pari ad un più 77,2%.

Non è possibile però limitare la valutazione ai soli aspetti funzionali ma bisogna ampliare la valutazione anche a quelli strumentali.

Bisogna aggiungere, infatti, che l'introduzione dell'istituto della mediazione ha portato alla creazione di un importante indotto, difatti presso il Ministero della Giustizia sono tenuti i registri presso i quali possono iscriversi gli organismi di mediazione e gli enti di formazione per mediatori che rispettivamente, ad oggi, sono 862 e 315.

In conclusione è opportuno rilevare che la capacità deflattiva della mediazione per quanto più modesta rispetto agli annunci ufficiali è comunque da tenere in considerazione. Laddove per le liti bagatellari di valore inferiore a 1.000 euro la percentuale di accordo è pari al 63% con conseguente notevole sgravio per i Tribunali.

Nonostante i numeri positivi che la mediazione cominciava a registrare, con la sentenza della Corte costituzionale del 06/12/2012 n. 272, che sostanzialmente abrogava la mediazione per "eccesso di delega", si può ben osservare che nella sua breve esistenza l'istituto se confrontato con l'omonimo art. 410 c.p.c., ha raccolto ben più di quanto si auspicasse⁶.

⁵ D. DE IURE, *Le alterne vicende della conciliazione prima e dopo il collegato lavoro*, in *Le pubblicazioni del Neogiurista*, Cacucci, Bari, 2012.

⁶ A. BELSITO, *La volontà di licenziare e l'obbligatorio*

Nonostante gli innumerevoli tentativi di rivoluzionare, snellire o quanto meno abbreviare il processo ordinario, la mediazione (purtroppo troppo scomoda per la classe forense e notarile) è riuscita come dimostrato dai dati statistici riportati a deflazionare il contenzioso ed a creare nuove opportunità di lavoro.

La riforma dell'istituto della mediazione, a seguito della pronuncia costituzionale, ha portato alla eliminazione della condizione di procedibilità della mediazione per le principali materie del contenzioso civile sostanzialmente svuotando di significato l'istituto. Al momento nel rito civile non si segnalano interventi altrettanto incisivi come la riforma del collegato lavoro. In quest'ottica, la sentenza costituzionale del 2012 rappresenta una occasione persa di riforma del processo civile laddove nel rito lavoro le A.D.R. offrono un buon numero di alternative al ricorrente tra conciliazione facoltativa, arbitrato e la riforma dell'art. 420 c.p.c.⁷

3. La rinascita della mediazione

Rievocando il mito dell'araba fenice, può agevolmente affermarsi che anche la mediazione è rinata dalle sue stesse ceneri.

A meno di un anno dalla sua abrogazione, viene re-introdotta nel nostro ordinamento la mediazione. Infatti la scelta politica di reintrodurre l'istituto, tanto al fine di assecondare le istanze comunitarie, quanto allo scopo, malcelato, di rilanciare un indotto economico non indifferente, quale quello creatosi attorno a questo particolare metodo deflattivo, ha condotto a riproporre quasi pedissequamente, l'impianto ante-sentenza della Consulta.

Ed invero si tratta, molto probabilmente, dell'espressione di una precisa volontà

politica, in risposta ad una sentenza che non ha mai convinto e che di fatto ha solo condannato il metodo e non il merito della riforma introduttiva dell'istituto.⁸

Così, la differenza più rilevante nella nuova mediazione può ricondursi alla eliminazione dal novero delle materie in cui è prevista l'obbligatorietà, dei cd. sinistri stradali.

Si tratta di una modifica da non sottovalutare perché ha assestato un colpo non indifferente ai quantitativi di cause sottoposti al procedimento di mediazione.

D'altronde si deve riconoscere che le assicurazioni, rispetto al fenomeno mediazione, avevano sempre avuto un atteggiamento tiepido, per usare un eufemismo, spesso evitando anche di presentarsi davanti al mediatore.

Con tale atteggiamento, il passaggio obbligato precontenzioso si trasformava in una mera perdita di tempo.

Per contro l'obbligatorietà della mediazione in tale settore giuridico, costituiva una fetta importante di quel contenzioso che si intendeva deflazionare. Sull'opportunità di questo "taglio" è lecito dunque porsi delle domande, soprattutto alla luce della recentissima introduzione, proprio in quel settore, di un sistema parallelo come la negoziazione assistita.

4. Pregi e difetti della mediazione

Sin qui ci si è occupati delle caratteristiche specifiche dell'istituto della mediazione assistita.

Come è noto, tale istituto, è sorto con l'intento di deflazionare una parte rilevante del contenzioso civile, attraverso l'introduzione di un sistema di composizione stragiudiziale delle liti.⁹

tentativo di conciliazione, in *Il diritto dei lavori*, anno VII n. 2, Cacucci, Bari, settembre 2013, p. 27.

⁷ S.A. D'ALELIO, *La mediazione assistita nelle controversie di lavoro: tra fallimenti e nuove tutele*, in in *Il diritto dei lavori*, anno VII n. 2, Cacucci, Bari, settembre 2013, p. 35.

⁸ Legge del 9 agosto 2013 n. 98 (cd. decreto del fare) Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (in G.U. n. 194 del 20 agosto 2013).

⁹ G. FALCO - G. SPINA, *La nuova mediazione*, Giuffrè, Milano, 2014.

Orbene, tale lodevole obiettivo, indispensabile meta da raggiungere per un utopistica crescita del frastagliato sistema giurisdizionale italiano, non può dirsi, almeno ad oggi, raggiunto.

È infatti evidente come, un po' la prudenza del legislatore, che ha limitato notevolmente i settori in cui è prevista la obbligatorietà della mediazione ed un po' la tendenziale sfiducia degli addetti ai lavori (*in primis* gli avvocati, ma anche assicurazioni, amministratori di condomini, funzionari di banca, ecc.) ha portato a risultati davvero miseri sotto il profilo delle controversie "risolte" in questa speciale fase stragiudiziale.

È assolutamente lecita dunque, la critica di chi ritiene che l'obbligatorio esperimento del tentativo di mediazione, rappresenti, salvo eccezioni, un mero aggravio di tempi e costi per gli avvocati quanto per le parti. Ciò è assolutamente vero. Nella maggior parte dei casi infatti, ciò che avviene concretamente è un incontro tra le parti che non avendo nessuna voglia di conciliare alcunché, dichiarano di non volerlo fare.

Ma ciò non può essere sufficiente per bollare come negativo il tentativo, assolutamente doveroso, di ridurre il contenzioso civile.

Sugli scarsi risultati della mediazione civile infatti, incide pesantemente una mentalità propria degli avvocati, ma anche, come detto degli addetti ai lavori in generale, decisamente poco propensa a raggiungere accordi frettolosi ed apparentemente poco convenienti, davanti ad una persona che non sia un magistrato. Non è un caso che le cause che si definiscono in fase di giudizio sono enormemente superiori, in termini numerici, rispetto alle cause definite in mediazione.

Del resto, viviamo in una società tendenzialmente restia a qualsivoglia cambiamento: siamo scarsamente abituati ad accettare stravolgimenti dello status quo che la nostra mente ha accettato.

Ci vorrà tempo, dunque, per effettuare una valutazione complessiva dei risultati del sistema mediazione.

È giusto, insomma, concedere più tempo a tale nuovo strumento, affinché si guadagni

la fiducia degli addetti ai lavori e, magari, venga allargato ad altri settori.

Tale prudenza di giudizio tuttavia, sebbene necessaria e dovuta, non può portare ad un atteggiamento ipocrita nei confronti della riforma.

I risultati, ad oggi sono negativi in termini numerici e questo è un dato da cui non si può prescindere. Allo stesso modo, non si può prescindere da un'obiettiva analisi delle contraddittorietà che reca in sé il sistema della mediazione civile. La prima osservazione, maturata per prima nella categoria dei giuslavoristi, è stata lo stridente contrasto tra l'eliminazione del tentativo obbligatorio di conciliazione, e l'introduzione della mediazione civile. Argomentando da tali posizioni, si è giunti ad affermare l'assurdità di tale "avvicendamento" tra metodi deflattivi, soprattutto perché le critiche che venivano mosse al vecchio istituto processual-lavoristico, sono le medesime sulle quali oggi puntano i detrattori della mediazione civile. E non a torto. Si tratta infatti di istituti giuridici profondamente diversi, se non altro per ambito di applicazione, ma simili sotto altri profili.

In primis, la improcedibilità del giudizio senza il tentativo. In secondo luogo, il carattere non vincolante dell'esito del tentativo. Invero, con la mediazione civile, si è tentato proprio di dare più peso a quanto avveniva in questa fase pregiudiziale, giacché il giudice potrà poi tenerne conto.

Le buone intenzioni si scontrano però con una realtà diversa, in cui il giudice, raramente dà peso a quanto avvenuto in sede di mediazione; in altre parole, spesso il magistrato si limita a prendere atto del mancato raggiungimento di un accordo.

Chiarito questo, non è superfluo evidenziare, la possibilità seppur remota, di un nuovo rischio di censura da parte della Corte costituzionale.

Infatti, la recente giurisprudenza ha chiarito la possibilità da parte della Consulta, di sindacare sulla presenza dei requisiti ex art. 77 Cost.¹⁰, sia sul decreto, sia sulla

¹⁰ Necessità ed urgenza.

successiva legge di conversione.¹¹

Chi scrive è poco propenso a credere all'ipotesi di una nuova censura sulla mediazione; trattasi tuttavia di uno scenario non trascurabile, perché, una seconda pronuncia della Corte costituzionale, significherebbe probabilmente, la morte definitiva di tale strumento deflattivo.

A tacer d'altro, volendo tracciare un provvisorio bilancio, può dirsi che gli intenti deflattivi del legislatore, non hanno trovato nella mediazione civile¹², la panacea dei mali della giustizia italiana.

Può auspicarsi tuttavia, per un futuro non troppo remoto, un miglioramento della norma, che porti ad una rivisitazione costruttiva dell'istituto, nonché ad un passo in avanti significativo nella mentalità tutta italiana, tendenzialmente restia ad evitare i Tribunali con frettolose soluzioni transattive.

5. Nuovi metodi di deflazione del contenzioso giudiziario?

Alla luce di quanto innanzi esposto, è opportuno pensare, *de iure condendo*, a nuovi metodi di deflazione del contenzioso giudiziario. Ed invero, proprio i giorni che precedono questa pubblicazione, sono teatro di un ulteriore tentativo di ridurre i tempi della giustizia italiana, questa volta però solo in un settore specifico: la separazione dei coniugi.

Infatti il legislatore ha deciso doverosamente di offrire ai coniugi la possibilità di separarsi, solo se in via consensuale, evitando il Tribunale e pertanto, evitando anche l'assistenza del legale, con evidente risparmio di tempi e costi.

L'idea è ambiziosa: permettere ai coniugi che abbiano raggiunto una intesa per regolamentare i propri rapporti economici, di separarsi consensualmente, recandosi semplicemente presso la Casa Comunale. E

come naturale per tutte le idee ambiziose, il percorso per porle in essere non è agevole; intanto perché la separazione di due coniugi, non è quasi mai cosa semplice, e quand'anche i due abbiano deciso più o meno pacificamente di separarsi, è comunque probabile che per prudenza preferiscano affidarsi ad un avvocato. In secondo luogo perché nel caso in cui non vi sia un accordo tra le parti, queste dovranno necessariamente procedere per vie giudiziali.

Altrettanto importante, ma stavolta in negativo, è l'introduzione all'interno del medesimo provvedimento normativo, dell'obbligo di invitare la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, per chiunque voglia promuovere una controversia in materia di risarcimento danni da circolazione dei veicoli e natanti.¹³

Nel progetto originario sulla mediazione, per intenderci quello bocciato dalla Consulta, erano inseriti tra i procedimenti soggetti alla mediazione come condizione di procedibilità, i procedimenti che oggi vengono onerati dell'obbligo di negoziazione assistita preventiva.

Come è noto, nei mesi di vigenza di quel sistema, le assicurazioni avevano mostrato un comportamento totalmente sprezzante rispetto alla mediazione, rifiutando in maniera sistematica di presentarsi davanti al mediatore. E' lecito dunque domandarsi quale *ratio* abbia portato il legislatore del decreto legge in questione,¹⁴ a reinserire un obbligo di questo tipo sotto forma di negoziazione assistita.

Questa volta c'è poco spazio per l'ottimismo. Si tratta di un fallimento annunciato, tanto grave quanto sono gravi i maggiori oneri per i nuovi "attori", ma anche per gli

¹³ G. NEGRI, *Negoziazione obbligatoria per incidenti stradali e pagamenti fino a 50.000 euro*, in <http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/art/parlamento-egustizia/2014-09-01/negri-negoziazione-incidenti-181516.php?uuid=ABoAWPpB>.

¹⁴ D.l. 12 settembre 2014 n. 132 Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (in S.O. n. 84, relativo alla G.U. 10/11/2014, n. 261).

¹¹ F. DANOVÌ - F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Giuffrè, Milano, 2014.

¹² Così come strutturata dallo stesso legislatore che, come detto, non è esente da colpe.

avvocati, che pur essendo, almeno in astratto, una categoria privilegiata, forse non meritano di essere bistrattati dal legislatore ad ogni occasione con norme pasticciate di questo tipo.

In conclusione, può dirsi che, il percorso intrapreso, verso la deflazione del contenzioso civile segue una direzione corretta. Un futuro migliore per la giustizia civile infatti, non può prescindere da una forte deflazione

del contenzioso. Al tempo stesso però, deve riconoscersi che, non si può più sbagliare. Pertanto se è vero che la meta è quella corretta, i percorsi intrapresi per raggiungerla sembrano essere sbagliati, spesso palesemente.

Il miglioramento sostanziale del sistema giustizia civile, dunque, appare ad oggi un orizzonte ancora remoto.

Abstract

Gli autori analizzano le cd. Alternative Dispute Resolution (A.D.R.), dal tentativo obbligatorio di conciliazione al collegato lavoro evidenziando, inoltre, le finalità della mediazione civile e commerciale e gli ulteriori metodi di risoluzione alternativa delle controversie giudiziarie come la negoziazione assistita.

The authors analyze the cd. Alternative Dispute Resolution (A.D.R.), from mandatory conciliation attempt to work linked highlighting, furthermore, the purpose of the civil and commercial mediation and additional methods of alternative dispute resolution such as assisted negotiation.