

La riforma nel dettaglio: i settori di applicazione

Autore: Giuffrida Giovanni

In: Diritto civile e commerciale

La riforma nel dettaglio: i settori di applicazione

1. Premessa: la conciliazione della lite è possibile?

Il sistema che entrerà in vigore nel marzo del 2011 rappresenta una novità tanto giuridica, quanto sociale. Il sistema delle “conciliazioni” viene infatti mutuato da ordinamenti profondamente differenti rispetto al nostro quali sono quelli di common law.

La logica del conciliare, e farlo tramite un soggetto terzo il cui compito è quello di aiutare le parti ad addivenire ad una soluzione soddisfacente per entrambe, pare prima facie lontana dalla cultura italiana: e basti considerare la mole del contenzioso giudiziale attualmente inesistente.

Folberg e Taylor¹ sostengono che “La mediazione è prevalentemente, un processo che trascende il contenuto del conflitto che con essa si vorrebbe risolvere” e che la mediazione è “il processo mediante il quale i partecipanti, con l’assistenza di una o più persone neutrali, isolano sistematicamente i problemi della disputa, dall’obiettivo di trovare soluzioni, considerare alternative e raggiungere un accordo adeguato alle loro reciproche necessità”. A partire dagli inizi del XX secolo, e precisamente negli Stati Uniti, la mediazione è stata istituzionalizzata con la creazione del Dipartimento del Lavoro e la nomina di una “Commissione di mediazione” per la gestione dei conflitti tra il settore operaio e quello padronale

nell'ambito dei rapporti di lavoro. La Commissione fu trasformata, successivamente, nel "Servizio Federale di Mediazione". La mediazione è prima di tutto una pratica sociale e culturale attorno alla quale si è costruita una teoria che è stata alimentata da molteplici discipline quali la sociologia, l'antropologia, le scienze della comunicazione, le scienze della formazione, il diritto e la sociologia.

I principali modelli di mediazione che sono quello di Harvard, quello trasformativo e quello circolare narrativo.

Il primo, utilizza un metodo di conciliazioni strutturato in quattro fasi che mira a raggiungere accordi in grado di soddisfare gli interessi di tutte le parti coinvolte. In un primo momento viene usata la c.d. mediazione facilitativa, nella quale i mediatori guidano la procedura ma riservano alle parti la decisione in merito alle questioni sostanziali; nel caso in cui la controversia sia particolarmente complessa, si può ricorrere all'intervento di un gruppo di mediatori con differenti competenze ed esperienze professionali. Tale modello di mediazione è ispirato a tre principi fondamentali: l'autodeterminazione delle parti, la neutralità dei mediatori ed il consenso informato.

Si incoraggia in particolare il ruolo delle parti come protagoniste dirette della procedura: esse sono propositive e cercano, con l'aiuto del mediatore, la soluzione più soddisfacente per entrambe.

Il mediatore facilitativo non deve esprimere valutazioni o giudizi sulle singole pretese delle parti, limitandosi a misurare informalmente la ragionevolezza delle singole posizioni.

Accanto al modello facilitativo, esiste quello valutativo in cui i mediatori hanno un ruolo più attivo in relazione agli aspetti sostanziali della disputa: valutano la forza della posizione di ciascuna parte e formulano proposte ed accordi. In questo caso l'obiettivo principale è quello di trovare un accordo: il mediatore deve valutare le pretese delle parti e, se necessario, formula una proposta di accordo.

Il secondo modello è stato teorizzato dagli studiosi Robert Baruch Bush e Joseph Folger i quali affermano che l'unica promessa che può fare la mediazione è quella di consentire una reale ed attiva "trasformazione" delle relazioni tra le persone.

Gli autori discorrono in tal senso di procedura trasformativa: in essa i conflitti vengono costituiti in un'occasione per trasformare le relazioni, promuovendo la "valorizzazione" ed il "riconoscimento" tra i loro protagonisti. "Le parti arrivano al riconoscimento quando scelgono volontariamente di adottare un comportamento di maggior apertura, di dimostrarsi più attente, più empatiche e più sensibili alla situazione dell'altra".

Il terzo modello è infine quello c.d. circolare-narrativo. Secondo tale modello l'esperienza e la realtà sociale si organizzano mediante la narrativa, ed i conflitti non sono altro che il prodotto della incoerenza fra le storie che li riportano. Questo metodo si propone allora di ricostruire una "storia comune tra le parti", assegnando al mediatore il ruolo fondamentale di intervenire nella relazione tra le parti.

Tra i diversi rimedi alternativi alla risoluzione delle controversie presenti nel panorama degli ordinamenti europei, particolare attenzione meritano la conciliazione e la mediazione.

Spesso queste espressioni sono utilizzate come sinonimi (7), mentre secondo alcuni sarebbero diversi i compiti del semplice conciliatore da quelli del mediatore (8).

Nella conciliazione il "terzo" (denominato conciliatore) viene nominato dalle parti e "collabora con" le parti nella ricerca di un accordo risolutivo della controversia sorta.

Il suo lavoro si limita spesso quasi a "raccolgere" la soluzione raggiunta dalle parti, dopo una serie più o meno faticosa di trattative, con un continuo rimando di proposte e controproposte. Il suo ruolo assume i connotati della neutralità oltre che dell'imparzialità.

Nella mediazione invece il ruolo del terzo diventa invece più “attivo” (9), più propositivo nel cercare la soluzione: si assume l’onere di promuovere attivamente la soluzione della controversia, pur non essendo fornito di alcun potere in senso stretto decisionale (10), sovente prospetta alle parti un progetto di accordo e formula successive proposte al fine di raggiungere un accordo condiviso. .

Il ruolo che il mediatore assume in tal misura diviene preponderante: la sua capacità di condurre trattative, la sua imparzialità e la sua capacità comunicativa (11) divengono caratteristiche decisive allo scopo di suggerire una soluzione quanto più condivisa possibile dalle parti. Si tratta pertanto di capacità non solo tecnico-giuridiche, ma anche e soprattutto comunicative in senso lato.

Proprio questa sembra essere la figura professionale che emerge dalle indicazioni di cui all’art. 1 lett. a) del decreto legislativo del 4 marzo 2010 n. 28, secondo cui per mediazione si intende “l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

In realtà, nel decreto in esame, la distinzione tra mediazione e conciliazione si pone piuttosto in termini di procedura/esito positivo della stessa. Infatti la conciliazione viene positivamente definita come la “composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”.

A rigore, allora, sarà pertanto più corretto abbandonare ogni distinzione sopra riferita ed utilizzare in termini generali il termine di “mediazione”, riservando quello di conciliazione al solo caso del verbale di esito positivo.

Il ruolo del mediatore, che può essere rivestito da un singolo individuo o da un collegio, come disegnato dalla legge, assume dunque connotati particolarmente rilevanti ai fini della composizione della lite, e deve essere svolto da professionisti dotati di qualità particolari: imparzialità prima di tutto, e poi anche pazienza, capacità di discernere i fatti avvenuti e la personalità delle parti in lite (12).

La professionalità del mediatore deve essere qualificata, e non improvvisata, poiché ha il difficile compito di offrire soluzioni “nuove” per la composizione della controversia.

Sarebbe allora utile un periodo di tirocinio sul campo, dopo avere svolto una buona formazione teorica: e ciò soprattutto in considerazione del fatto che possono diventare mediatori anche coloro che abbiano conseguito il semplice diploma di laurea triennale, anche in materie non giuridiche, come matematica, scienza dell’educazione, fisica, ed altre materie che poco hanno a che vedere con il diritto.

Ed ancora, non si può tacere che, al fine di favorire la buona riuscita di questo istituto, forse sarebbe stato meglio restringere il campo dei diplomi di lauree, a quelle del settore giuridico.

Quanto poi al profilo della competenza tecnica, è opportuno che il mediatore adotti un *modus procedendi* non dissimile da quello di un giudice, allo scopo specifico di far emergere dalle rispettive posizioni delle parti una possibile soluzione condivisa della lite.

La preparazione giuridica del mediatore diviene altresì fondamentale, anche in considerazione della sua necessaria “imparzialità”, la quale non deve essere intesa come semplice equidistanza dalle parti, o pura e semplice neutralità.

Il concetto di imparzialità deve infatti essere ancorato ai precetti della legge che devono sempre ispirare il mediatore nel trovare la soluzione della lite.

Non a caso infatti, ai sensi dell’art. 14, comma due, lett. c), del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 24 il mediatore ha l’obbligo di formulare le proposte di conciliazione “nel rispetto del limite dell’ordine pubblico e delle norme imperative”. Il mediatore professionale non deve tendere allora ad una mera soluzione prospettata dalle parti secondo il loro rapporto di forza contrattuale, dovendo piuttosto attivarsi

per raggiungere una soluzione che si avvicina al precetto legislativo.

Nello stesso senso della riconduzione della imparzialità al canone del rispetto delle norme imperative, possono leggersi anche la norma di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 24.

La disposizione stabilisce infatti che il verbale di accordo è omologato su istanza di parte con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo solo se il suo contenuto "non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e previo accertamento anche della regolarità formale" dello stesso". Il verbale omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In definitiva: la legge deve essere sempre la linea direttrice entro la quale il mediatore deve muoversi per trovare una soluzione. E in ogni caso, egli non deve mai superare i limiti imposti dalle norme imperative e di ordine pubblico, poiché in tal caso la conciliazione raggiunta, rischia di venire impugnata, dichiarata nulla e non risultare omologabile.

Sarebbe di certo contrario alla ratio della legge, l'uso dell'istituto della mediazione per veicolare soluzioni di liti che negano i diritti riconosciuti da norme imperative.

Per tale motivo la preparazione del mediatore nel campo del diritto, quantomeno negli argomenti che sono regolati dalle norme imperative, diviene necessaria, se non si vuole che questo istituto possa essere uno strumento di elusione dei diritti fondamentali dei cittadini.

Alla luce di quanto detto si giustificano anche gli obblighi imposti dalla legge ai mediatori.

In particolare ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. del 4 marzo 2010 n. 28 al mediatore ed ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è altresì fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

Il mediatore ha anche l'obbligo di sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento. Il mediatore deve anche informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione.

In questo quadro trovano ampia giustificazione anche gli obblighi di riservatezza ed i doveri di segretezza professionale ex articoli 9 e 10 del d.lgs. del 4 marzo 2010 n. 28.

L'art. 9 impone a "chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione" l'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo; il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti in merito alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate, salvo il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

E ancora, ex art. 10 del d.lgs. del 4 marzo 2010 n. 28, le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato o riassunto a seguito dell'insuccesso della mediazione, salvo diverso consenso della parte dichiarante. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è infine ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

Il mediatore non può essere tenuto a deporre sulle dichiarazioni delle parti, conosciute nel procedimento

di mediazione, fruendo delle garanzie di libertà del difensore, ex art. 103 c.p.p., nonché della disciplina sul segreto professionale, ex art. 200 c.p.p..

2. Il condominio

Passando adesso ad un esame più dettagliato del contenuto delle ipotesi di conciliazione obbligatoria, può osservarsi che il contesto condominiale è uno dei più adatti ad essere interessato dalle procedure conciliative e di mediazione proprio perché nell'edificio condominiale vi è una coabitazione stabile da parte dei soggetti titolari di diritti ed obblighi che spesso determina, come è noto, difficili rapporti interpersonali². Non è un caso allora che spesso lo stesso regolamento condominiale contenga una clausola che preveda un tentativo di amichevole e bonario componimento: tuttavia non si potrà ostacolare l'esperibilità di un'azione giudiziaria, né differire nel tempo il suo esercizio subordinandolo all'infruttuoso esperimento di tale tentativo; una tale clausola di "composizione amichevole", in altri termini, non ha rilevanza processuale e non comporta l'improcedibilità della relativa domanda.

E' possibile anche che nel regolamento di natura contrattuale sia presente una clausola di compromissione in arbitri delle controversie condominiali. In ogni caso, qualora il regolamento riguardasse esclusivamente i beni e gli impianti comuni, la presenza di una clausola di tal fatta non avrà effetti relativamente alle controversie relative alle proprietà esclusive.

Il dlgs n. 28/2010 prevede invece il tentativo di mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda anche nella materia condominiale.

La egittimazione attiva e passiva per la definizione bonaria delle controversie spetta all'amministratore di condominio nei casi in cui tale legittimazione gli venga attribuita in via generale dalla legge, e nei casi in

cui la procedura di mediazione obbligatoria sia equiparabile a tutte le azioni già rientranti nelle sue facoltà e poteri di amministrazione conservativa.

Nel caso in cui la procedura vada a buon fine, l'accordo tra le parti dovrà necessariamente essere ratificato all'assemblea: non può dirsi che sia sufficiente a tal fine il consenso del solo amministratore. Se la mediazione si svolge prima dell'instaurazione del giudizio, la deliberazione assembleare potrà essere adottata a maggioranza; nel caso in cui invece la mediazione si svolga durante il processo, la relativa approvazione assembleare non potrà che essere realizzata all'unanimità dei partecipanti allorché si ritenga intervenuta una vera e propria transazione tra le parti.

2. Le controversie ereditarie. Il patto di famiglia

Altra materia interessata dal previo esperimento del tentativo di conciliazione obbligatoria è quello delle controversie successorie e patti di famiglia.

La scelta del legislatore, nell'ottica di deflazione del contenzioso giudiziario, appare ben felice, avuto riguardo alla mole delle controversie ereditarie.

Quando la controversia insorge nell'ambito familiare è sempre auspicabile una composizione bonaria della lite per via dei rapporti continuativi che tendenzialmente si vogliono mantenere con la controparte.

Al fine di cogliere la portata dell'intervento normativo può in questa sede almeno ricordarsi che dovrà previamente ricorrere al tentativo di mediazione anche il soggetto che ritenga di esser stato leso dalle disposizioni testamentarie nella propria quota di legittima ed intenda esperire l'azione di riduzione. E si

considerino ancora le possibili controversie in ordine ai c.d. accordi di reintegrazione della legittima posti in essere dall'erede testamentario a favore del legittimario, pretermesso o lesso, e ritenuti idonei a consentire a quest'ultimo di acquistare quanto spettante per legge.

Il dlgs. 28/2010 stabilisce inoltre che debbano essere sottoposte a tentativo di mediazione obbligatorio anche le controversie relative al patto di famiglia. Si tratta di un istituto piuttosto recente e di natura complessa che permette l'intera trasmissione dell'impresa familiare ad un unico soggetto per evitarne la disgregazione alla morte dell'imprenditore (art. 768 bis c.c.). La specificità dell'istituto, consiste, come è noto, nell'effetto di sospensione delle previsioni legislative riguardanti la riduzione e la collazione.

L'istituto del patto di famiglia, come individuato dal legislatore, esiste proprio per evitare le conflittualità familiari relative all'impresa, aggravate peraltro dal lasso di tempo, più o meno ampio, intercorrente tra il patto e il momento dell'apertura della successione.

Non è inutile infine ricordare la possibilità di inserire una clausola di mediazione nel negozio costitutivo del patto di famiglia, al momento in cui il disponente effettua le proprie determinazioni.

3. Le controversie da responsabilità medica

L'aumento progressivo del numero delle azioni giudiziali contro medici e strutture per malpractice rappresenta un aspetto molto rilevante del problema che è anche indice di una vera e propria lacerazione del fondamentale rapporto fiduciario tra il medico e il paziente. E non è un caso che la giurisprudenza ha assunto una posizione sempre più rigorosa in tema di responsabilità del professionista.³

I tempi medi del processo, che per tutti e tre i gradi di giudizio superano di gran lunga i sette anni, sollecitano misure alternative, come la mediazione, che garantiscano alle vittime di danni una reale giustizia. Il procedimento conciliativo garantisce dei vantaggi reciproci non indifferenti alle parti: si pensi in particolare alla segretezza ed alla celerità dell'accordo. Il medico accusato di malpractice (ed eventualmente la struttura ospedaliera dove egli presta la propria opera professionale) ha infatti tutto l'interesse a che le informazioni e il procedimento conciliativo stesso rimangano riservati, mentre il paziente che ha subito un danno ha interesse a che il procedimento si svolga in maniera celere e "indolore". In questi casi poi l'eventuale accordo conciliativo raggiunto può contenere specifiche clausole di riservatezza.

4. Il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti

La materia del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti è contraddistinta da un'elevata litigiosità. Il legislatore si era già mostrato sensibile al problema, ed in tempi diversi aveva escogitato sistemi diversi in grado di deflazionare il carico giudiziale presso i tribunali.

L'idea di fondo è sempre stata quella di offrire un'occasione alle parti per tentare la soluzione transattiva della questione.

Il primo esperimento in materia si è avuto con l'attivazione del procedimento di conciliazione presso organismi predisposti nelle Camere di Commercio: la legge 580/1993 (art. 4) ha attribuito, infatti, a tali istituzioni, competenze conciliative "per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori".

L'interesse alla composizione bonaria delle controversie in materia traspare anche dagli accordi tra l'Associazione nazionale degli Assicuratori e le Associazioni dei consumatori. Si pensi in tal senso

all'accordo del 2004, per controversie in materia di r.c.a. di valore non superiore a 15.000,00 euro, stipulato tra l'Ania (Associazione nazionale fra imprese assicuratrici) e le principali associazioni dei consumatori (Acu, Adicunsum, Adoc, Altroconsumo, Contro tutela consumatori utenti, Cittadinanzattiva, Confconsumatori, Movimento di difesa del cittadino, Unione nazionale consumatori).

Tale procedura andava ad integrarsi con quanto previsto nei regolamenti di alcune Camere di Commercio ove, appunto, si istituisce uno specifico servizio di conciliazione in materia assicurativa.

Nel quadro degli interventi normativi volti a favorire la composizione delle controversie tra assicurazioni e consumatori può altresì ricordarsi il regolamento Isvap sui reclami del 19 maggio 2008, n. 24. Tale regolamento ha lo scopo di valorizzare la dimensione dialogica del rapporto tra assicurazione e periti e/o danneggiati. Si prevedono due procedure di reclamo, quelle innanzi all'Isvap e quelle innanzi alle imprese, con un diverso oggetto.

In base all'art. 4 del regolamento, potranno essere rivolti reclami all'Isvap che abbiano ad oggetto l'accertamento dell'osservanza delle disposizioni del decreto, delle relative norme di attuazione, nonché le disposizioni del dlgs. 6 settembre 2005, n. 206 aventi ad oggetto la commercializzazione a distanza di servizi finanziari al consumatore, da parte delle imprese di assicurazione e riassicurazione, degli intermediari e dei periti assicurativi, nonché la risoluzioni di liti transfrontaliere.

Alle imprese andranno invece tutti quei reclami aventi ad oggetto "la gestione del rapporto contrattuale, segnatamente sotto il profilo dell'attribuzione di responsabilità, dell'effettività della prestazione, della quantificazione ed erogazione delle somme dovute all'avente diritto (art. 4, comma 5)". La conciliazione, realizzata attraverso il chiarimento delle reciproche posizioni e composizioni di interessi, potrà avere un concreto spazio operativo nelle ipotesi di reclamo alle imprese. Il reclamo diretto all'Isvap, invece, ove accolto, comporta provvedimenti diretti nei confronti dell'impresa assicuratrice.

La disciplina dei reclami, comunque, non impedisce al cittadino di adire direttamente gli organi giudiziari competenti per tutelare i propri interessi.

Nonostante gli sforzi del legislatore e degli organismi coinvolti, l'ostruzionismo delle compagnie assicurative nei confronti dei danneggiati, non ha permesso di utilizzare questo strumento per addivenire a soluzioni stragiudiziali, contribuendo così ad aumentare i carichi dei tribunali.

Infine occorre ricordare che con la riforma del codice di procedura civile del 4 luglio del 2009 il legislatore ha aumentato la competenza del giudice di pace in materia di risarcimento del danno prodotto da veicoli e natanti da 15.493,71 a 20.000,00 euro, con lo scopo di ridurre i carichi dei tribunali e la durata dei processi civili, ma di fatto aumentando a dismisura i carichi giudiziari presso i Giudici di Pace.

Nella originaria versione del decreto sulla mediazione di controversie civili e commerciali approvata il 28 ottobre 2009 risultavano escluse dall'ambito di applicazione dello stesso anche le azioni risarcitorie di cui agli artt. 137 e ss. cod. ass. in tema di indennizzo nell'assicurazione r.c.a. La ragione poteva facilmente rinvenirsi nella relazione di sintesi che così argomentava l'esclusione: "già oggi la legge prevede condizioni di procedibilità con lo scopo di favorire la composizione stragiudiziale della vertenza, cosicchè un loro cumulo con il tentativo obbligatorio avrebbe l'effetto di differire eccessivamente l'accesso alla giurisdizione dalla parte danneggiata". Ci si riferiva alle procedure di indennizzo diretto introdotte dall'art. 149 cod. ass. che consente ai danneggiati non responsabili - o responsabili solo in parte - di essere risarciti direttamente dal proprio assicuratore.

Occorre osservare tuttavia che però tale procedura si è dimostrata fallimentare; la stessa Corte Costituzionale è intervenuta limitando, nella sostanza, la portata applicativa del rimedio, ammettendo che il danneggiato possa continuare ad esercitare l'azione diretta, ora prevista dall'art. 144 cod. ass., anche nei casi in cui opera il meccanismo dell'indennizzo diretto⁴.

Il legislatore ha allora opportunamente inserito nel testo definitivo del decreto anche i procedimenti in materia di r.c.a.

L'analisi della lettera della norma pone invece taluni primi dubbi interpretativi. Il riferimento ai "contratti di assicurazione", ad esempio, pone la questione della applicabilità della disciplina in esame anche alla fase precontrattuale. In realtà pare ragionevole una applicazione estensiva, tenuto anche conto che la violazione degli obblighi informativi può determinare, come osservato in dottrina⁵, false rappresentazioni riconducibili all'ambito dei vizi del consenso con conseguente annullabilità del contratto. Sono invece testualmente escluse le azioni collettive ai sensi degli artt. 37, 140 e 140 bis del Codice del Consumo, per le quali è prevista una procedura dedicata, ex art. 15 del decreto.

Una previsione particolarmente importante è quella di cui all'art.8 del dlgs. 28/2010 secondo cui il mediatore potrà avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. La presenza di tali soggetti verrà richiesta quando il mediatore ravvisi l'opportunità di formulare una proposta idonea alla soluzione della controversia.

E' chiaro che l'intervento dell'esperto sarà molto importante laddove l'azione del mediatore incontra un evidente limite tecnico.

Le parti potranno comunque inserire in contratto clausole che regolamentano la conciliazione, con la possibilità di indicare un organismo deputato alla conciliazione. Questa possibilità, con riferimento ai contratti del consumatore, suscita qualche problema, sia per l'attuale mancanza di una previsione di competenza territoriale degli organismi di conciliazione⁶, sia per la possibilità di conciliazioni "di parte" emesse da istituti scelti dalle compagnie assicurative.

5. I procedimenti esclusi

Vi sono alcuni procedimenti ai quali non risulta applicabile la procedura di cui al dlgs. 28/2010: non sarà obbligatorio ricorrere alla mediazione nel caso dei procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; nel caso di procedimento di ingiunzione e convalida di licenza o sfratto, sino al mutamento del rito; nel caso di procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c.; nel caso dei procedimenti in camere di consiglio, nel caso di azioni civili proposte nel processo penale, nel caso di procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi alla esecuzione forzata.

La formulazione di queste disposizioni suscita taluni dubbi interpretativi: l'obbligo di mediazione risulta sospeso fino al termine di "congelamento" o escluso sino allo stesso termine? In altre parole: se il termine fosse semplicemente sospeso, al verificarsi dell'evento che determina la fine della causa di sospensione, il giudice dovrebbe provvedere ai sensi dell'art. 5, comma 1, fissando alle parti il termine per esperire il tentativo di conciliazione dinnanzi ai mediatori. Se invece il termine fosse escluso, allora il giudice conserverebbe solo il potere di invitare le parti a sottoporsi, su loro consenso, alla procedura di mediazione. Avuto riguardo alla complessiva ratio della legge, può dirsi che prevedere un tentativo di mediazione obbligatoria si trasformerebbe in un notevole aggravio per le parti coinvolte nella lite, costrette ad entrare nel processo prima, ad uscirvi nel mentre e a rientrarvi dopo. Un'interpretazione conservativa della norma, impone allora di ritenere che per quei procedimenti il comma 1 è assolutamente inapplicabile e, al verificarsi degli eventi che fanno venire meno la sospensione, riemerge la sola mediazione alla quale invita il giudice, non quella obbligatoria.

Rimangono altresì esclusi dalla mediazione obbligatoria anche i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, i procedimenti in camera di consiglio, l'azione civile esercitata nel processo penale.

Tutti i procedimenti esclusi vengono, genericamente, definiti dal legislatore "cautelari". Il Consiglio nazionale forense aveva suggerito di sostituire tale inciso con quello di "interinali", affermando che "la

sostituzione del termine urgenti è opportuna viste le difficoltà interpretative che la locuzione ha già creato. L'utilizzo dell'espressione "interinali" oltretutto ha un ambito di applicazione più esteso".

Questa esclusione si giustifica per il fatto che in tutti questi procedimenti si hanno forme di accertamento sommario, con prevalente funzione esecutiva, al fine di consentire al creditore di conseguire rapidamente un titolo esecutivo. La ratio della norma è, allora, quella di evitare che la mediazione possa costituire un intralcio alla concessione dei provvedimenti cautelari latu sensu intesi; ciò comporta che, esaurita l'esigenza cautelare, (ri)sorge l'obbligo di procedere con la mediazione. All'esito della fase sommaria, cessate tutte le esigenze di celerità e presa la decisione sui provvedimenti esecutivi, la causa può procedere nelle forme ordinarie.

Il comma 4 dell'art. 5 afferma dispone la mediazione diverrà obbligatoria quando il giudice emette ordinanza di mutamento di rito ex art. 667 c.p.c.: sarà onere della parte interessata quello di promuovere la domanda nelle more tra il mutamento di rito e l'instaurarsi del procedimento innanzi al giudice ordinario. L'improcedibilità deve essere eccepita da parte convenuta, a pena di decadenza, o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza.

Resta fuori dalle deroghe il rito sommario introdotto dalla l. 69/2009 (art. 702 bis e ss. c.p.c.): si tratta di un processo a cognizione piena, e dunque il previo tentativo di conciliazione è coerente con la ratio della legge. Può altresì osservarsi che se il legislatore avesse previsto in caso di rito sommario la non obbligatorietà della procedura di mediazione, sarebbe stato possibile eludere sistematicamente l'applicazione dell'art 5 della legge, ed evitare così il procedimento de quo, semplicemente introducendo la lite con le forme del sommario.

1 Folberg and Taylor, *Mediation: A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*, 1984.

2 L'applicazione degli istituti conciliativi al condominio, però, non deve e non può prescindere dalla considerazione della particolare struttura della fattispecie, ovvero delle specifiche regole di legge; occorre quindi ricordare che il condominio non è l'edificio ma l'insieme dei corpi e impianti comuni che ne costituisce il patrimonio. Quest'ultimo viene funzionalizzato a favore delle proprietà esclusive (comprese anch'esse nell'edificio, e delle quali sono titolari i condomini medesimi) le quali ricevono dal primo una qualche utilità. Si ricordi che i costi di gestione vengono imputati in funzione del valore di tali proprietà esclusive (c.d. "ripartizione per millesimi") proprio in quanto queste ultime sono le destinatarie finali dell'"utilità" fornita dai beni comuni.

3 Si vedano, in proposito, i recenti indirizzi giurisprudenziali sul contratto sociale, sulla riconfigurazione della prestazione professionale, sull'onere della prova, sul nesso causale e sul danno da perdita di chance.

4 Corte Cost. 13 giugno 2008, n. 205, in *Foro it.*, 2008, I, 2741 e Corte Cost. 19 giugno 2009, n. 180, *ivi*, 2009, I, 2590. Con tali ordinanze la Consulta ha richiamato i giudici alla necessità di operare secondo interpretazioni costituzionalmente orientate che tengano in considerazione la tutela sostanziale del diritto di difesa. Una interpretazione costituzionalmente orientata, deve riconoscere l'esperibilità, accanto alla nuova azione diretta contro il proprio assicuratore, anche dell'azione ex art. 2054 c.c. e dell'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile.

5 Si vedano per tutti: Busnelli, Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte, in *Contr. Impr.*, 1991, 556 ss.; e D'Amico, Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, 39.

6 Diverrebbe particolarmente gravoso e vessatorio dover raggiungere degli organismi conciliativi che si trovano molto lontani rispetto alla residenza del consumatore; sarebbe auspicabile che la "competenza" seguisse la filiale territoriale presso la quale egli ha concluso il contratto.

<https://www.diritto.it/la-riforma-nel-dettaglio-i-settori-di-applicazione/>