

LA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI¹

La Giustizia è l'insieme delle norme che perpetuano un tipo umano in una civiltà (A. de Saint Exupéry)

1. - Le definizioni.

Il problema della corretta terminologia con cui riferirsi, nel nostro ordinamento, all'istituto universalmente conosciuto come *mediation* è un problema tutto italiano.

La traduzione letterale col corrispondente termine italiano è stata fino a poco tempo fa evitata per non ingenerare confusione con l'omonimo istituto della mediazione commerciale di cui all'art. 1754 c.c., a norma del quale mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare.

Gli artt. 38, 39 e 40 del D. Lgs. 17/1/2003, n. 5, che rappresentano, nel nostro panorama giuridico, il primo riferimento legislativo importante in materia, utilizzano infatti la diversa terminologia "conciliazione", così come le leggi speciali che fanno rinvio all'istituto "*de quo*".

La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 maggio 2008/52/CE, è stata tradotta in lingua italiana in modo letterale, con l'utilizzo del termine "mediazione", intendendo per tale qualsiasi *procedimento strutturato, comunque denominato, nel quale due o più parti di una controversia tentano, su base volontaria, di raggiungerne autonomamente il componimento, con l'assistenza di un mediatore professionale e terzo.*

Ora il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", pubblicato sulla G.U. n. 53 del 5 marzo 2010, modifica la terminologia di riferimento fornendo, all'art. 1, le seguenti definizioni:

- "mediazione" è *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale (ovviamente denominato mediatore anziché conciliatore nel provvedimento indicato), 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;*

- il termine "mediatore" si riferisce invece alle persone o alle persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

- la parola "conciliazione" si riferisce invece all'esito positivo dell'attività di mediazione, indicando appunto *la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.*

Ferma rimanendo la sostanza del significato della terminologia utilizzata, diretta a "delimitare la materia di intervento del decreto legislativo rispetto a fenomeni contigui quali la conciliazione giudiziale e l'arbitrato" (come si legge nella relazione illustrativa del provvedimento), pare quindi che ora il decreto legislativo in questione induca a fare un dietrofront rispetto alla terminologia "conciliazione" e "conciliatore" fino ad oggi utilizzata ed a recuperare in via sistematica la traduzione letterale degli omonimi istituti stranieri.

¹ Relazione tenuta all'incontro di studio "*La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*" organizzato dal Consiglio Notarile di Bologna in data 8 marzo 2010.

Nella presente relazione si cercherà pertanto di adeguarsi a tale nuova terminologia

2. - La funzione della mediazione.

Il procedimento di mediazione, nel significato di cui sopra, può trovare la sua genesi

- nell'iniziativa dalle parti,
- in un ordine o suggerimento del tribunale
- o anche in una prescrizione di legge.

Ciò che caratterizza la figura del mediatore è la sua necessaria posizione di terzo neutrale. Egli infatti, a differenza di quanto avviene per il giudice nel giudizio ordinario o per l'arbitro nel processo arbitrale, non ha alcun potere decisionale, ma svolge il prezioso ed insostituibile ruolo di supportare le parti nell'elaborare possibili soluzioni del conflitto. In altri termini, non è compito del mediatore decidere una lite, ma aiutare le parti a trovare, col suo intervento, un assetto appropriato ai loro rapporti, cosa che una sentenza non può dare o comunque molto difficilmente può dare.

Sua funzione è quella di aiutare le parti:

- a considerare i loro reali interessi e non le semplici pretese che vengono espresse;
- ad elaborare possibili soluzioni del conflitto, che possono anche essere innovative rispetto alle iniziali aspettative di ogni parte, potendo trovare spazio anche elementi non strettamente attinenti alla domanda iniziale delle parti;
- a conseguire il risultato il più possibile positivo per entrambe le parti (cd. soluzione *win-win*);
- a volere il suddetto risultato, anziché subire l'imposizione di una decisione da parte di un terzo.

Le parti sono assolute protagoniste dell'intero procedimento, dominano la scena, non si spogliano di alcun potere e non si precludono l'esercizio di alcun diritto.

La soluzione positiva del conflitto - tecnicamente qualificata come "*conciliazione*" secondo le precisazioni terminologiche di cui sopra - se ci sarà, sarà una soluzione che non viene dall'esterno né è imposta dall'esterno, ma appartiene alle parti stesse, promana dalla loro volontà ed è frutto di quel percorso che un mediatore qualificato e professionale può aiutarle a seguire per meglio valutare i loro reali interessi ed obiettivi.

Se questa è pertanto la funzione che la mediazione svolge con riferimento ai soggetti interessati da una controversia, vale la pena di ampliare l'angolo di visuale e considerare invece il significato più generale che la mediazione assume come istituto giuridico nuovo che si inserisce in un ordinamento.

Il rinnovato ed attuale interesse per l'istituto della mediazione discende da un lato dall'esigenza primaria di deflazione del contenzioso che assedia le aule di giustizia, esigenza supportata anche dalla conseguente necessità di adeguamento dell'Italia alle istanze europee - peraltro sanzionate - in ordine al recupero dell'arretrato nel campo della giustizia, dall'altro lato dalla conoscenza sempre più diffusa nel nostro Paese di quelle tecniche *adr* (*alternative dispute resolution* o piuttosto, come preferito da alcuni, *appropriate dispute resolution*) sperimentate con tanto successo, a partire dagli anni 70, nei paesi di *common law* ed aventi matrice anglosassone e americana ed i cui positivi risultati costituiscono un modello da studiare e replicare, sia pure con gli aggiustamenti necessari per l'ordinamento di destinazione.

A ciò si devono aggiungere le ulteriori istanze che provengono sia dalla globalizzazione dei mercati, sia dal preciso dichiarato obiettivo della Comunità europea di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, migliorando la composizione delle controversie e l'accesso alla giustizia.

Nell'ottica da ultimo citata si collocano:

- il Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (presentato a Bruxelles il 19 aprile 2002);
- il Codice europeo di condotta per conciliatori, presentato il 2 luglio 2004;
- la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (Dir. 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE) che stabilisce in 36 mesi il termine entro cui gli Stati membri sono tenuti ad adeguarsi.

L'Italia, da parte sua, anche in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2008/52/CE, si è tempestivamente attivata con la legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), il cui art. 60 contiene la delega al Governo ad adottare, nel rispetto ed in coerenza appunto con la normativa comunitaria, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (ossia dal 4 luglio 2009), uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che è la conclusione dell'*iter* iniziato con lo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare, su proposta del Ministro della Giustizia, dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009:

- attua la delega conferita al Governo dalla legge n. 69/2009 in materia di processo civile e riforma e disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale;
- recupera per il nostro ordinamento il termine *mediazione* universalmente utilizzato per individuare l'istituto *de quo*, come sopra precisato (art. 1);
- individua il campo di applicazione della normativa con riferimento alle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili (art. 5, comma 1);
- prevede un obbligo in capo all'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare per iscritto e chiaramente l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione (art. 4, terzo comma), sanzionandone l'inosservanza con l'annullabilità del contratto²;
- prevede due diversi modelli di mediazione:
 - a) una mediazione avente carattere facilitativo, nella quale il mediatore svolge il solo ruolo di facilitatore, ossia aiuta le parti a raggiungere un accordo anche amichevole sul loro rapporto in funzione dei rispettivi interessi (art. 1);
 - b) una mediazione aggiudicativa, la quale prevede invece che il mediatore, nell'eventualità in cui l'accordo amichevole non venga raggiunto, possa proporre una soluzione della controversia, che le parti restano libere di accettare o meno (art. 11, comma 1). Sul punto si segnala che, a differenza di quanto disponeva lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009, il d. lgs. n. 28/2010 prevede solo la facoltà e non più l'automatismo della proposta di conciliazione da parte del mediatore, se non in presenza di una concorde richiesta delle parti.
- prevede tre diversi possibili rapporti della mediazione col processo:
 - a) una mediazione obbligatoria, che costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale in alcune materie particolarmente conflittuali quali condominio, locazioni,

² L'art. 4 dello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009 prevedeva invece l'obbligo di informativa *nel primo colloquio con l'assistito*, anziché al l'atto del conferimento dell'incarico e comminava la ben più grave sanzione della *nullità* del contratto per il caso di inosservanza dell'obbligo.

diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, comodati, affitti di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti³, responsabilità medica, diffamazione per mezzo di stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti bancari, finanziari e assicurativi (art. 5, comma 1);

b) una mediazione *facoltativa*, scelta liberamente in via stragiudiziale dalle parti (art. 2);

c) una mediazione *su invito del giudice*, nel corso del processo ed anche in sede di appello, quando la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti lo suggeriscono (art. 5, comma 2);

- disciplina la riservatezza del procedimento;

- garantisce l'efficacia dello strumento, attribuendo natura di titolo esecutivo al verbale di conciliazione;

- indica alle camere di commercio ed agli ordini professionali un ampio spazio di operatività per collaborare con la giurisdizione nell'erogazione del servizio giustizia;

- prevede agevolazioni fiscali per chi farà ricorso alla mediazione.

Dopo questa breve panoramica dello stato dell'arte sotto il profilo normativo in materia, ritengo doveroso sottolineare, tuttavia, come sia profondamente sbagliato inquadrare la mediazione utilizzando lenti che ne focalizzano l'unica funzione di deflazione del contenzioso. E' pericoloso e riduttivo vedere la mediazione come una soluzione di serie B, come un rimedio alla ormai patologica insufficienza della giustizia ordinaria rispetto alla richiesta ed all'inefficienza dei suoi tempi, come una rinuncia manifesta a far funzionare la giustizia stessa.

Si può dire di più e si può spostare oltre la visuale. Gli obiettivi del provvedimento legislativo qui in esame, come ha dichiarato espressamente il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 28 ottobre 2009, sono di deflazione, ma anche di diffusione della cultura al ricorso a soluzioni alternative.

Stiamo vivendo una vera e propria rivoluzione culturale verso una giustizia più "giusta", che dovrebbe e soprattutto potrebbe condurre a percepire, nel comune sentire, la mediazione non tanto come uno strumento alternativo, ma piuttosto come il primo e naturale rimedio alle situazioni di conflitto, senza pregiudicare il possibile ricorso, in caso di esito non positivo ad altri strumenti di soluzione in questo stadio effettivamente tra loro alternativi, quali il giudizio ordinario o l'arbitrato.

In altri termini, ciò che ora nasce, anzi viene quasi imposto come uno strumento di emergenza all'eccessivo carico del sistema giudiziario, ha tutte le potenzialità per svincolarsi da questo limitato e riduttivo obiettivo, per assurgere invece ad una grande ed irripetibile opportunità, quella di contribuire a far crescere culturalmente la nostra civiltà.

Prendendo a prestito una frase di S. Agostino, si può affermare che *"niente è tanto avverso allo Stato come l'ingiustizia: la società civile può essere amministrata e conservata soltanto con una grande Giustizia (S. Agostino)*

D'altra parte l'efficacia straordinaria e le peculiarità della mediazione sono facilmente percepibili nella risoluzione dei più disparati conflitti, partendo da quelli banali della vita quotidiana - come insegna l'esempio di scuola dell'arancia contesa - per arrivare fino ai grandi conflitti di politica internazionale.

Basti pensare, solo per citare un esempio universalmente conosciuto, agli **accordi di Camp David** (residenza di vacanza del Presidente degli Stati Uniti d'America) del 17 set-

³ Tra le materie per cui il tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il testo definitivo del d. lgs. n. 28/2010 ha inserito anche il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, materia questa che non era incluso nello schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009.

tembre **1978**, che risolvono positivamente uno dei grandi conflitti arabo-israeliani durati ben 31 anni ed il cui oggetto del contendere era rappresentato dal territorio del Sinai.

Era l'anno 1967, durante la cd. guerra dei "sei giorni" l'Egitto perse la striscia di Gaza e la penisola del Sinai, a vantaggio dello Stato di Israele.

Gli interessi in campo consistevano per l'Egitto nella volontà di riconquistare la sua sovranità su un territorio simbolicamente e storicamente importante, mentre per Israele nella preoccupazione di evitare, proprio dal territorio conteso, un attacco a sorpresa da parte delle forze egiziane.

La soluzione fu trovata grazie ad una mediazione che si svolse appunto a Camp David nel settembre 1978, durò tredici giorni e vide come attori il Presidente degli Stati Uniti d'America Jimmy Carter, nel ruolo di mediatore, il Presidente egiziano Anwar Sadat ed il primo ministro israeliano Menachem Begin nelle vesti di parti in conflitto.

L'incontro fu caratterizzato da giorni di intensa e drammatica negoziazione, che vide spesso le parti sul punto di abbandonare il luogo dell'incontro e fu anche complicato dalla reciproca antipatia tra Begin e Sadat, tale da dover limitare i contatti diretti tra gli stessi.

Con una paziente ed incessante *shuttle diplomacy*⁴, attraverso *caucus* separati con ognuna delle due parti, il Presidente americano aiutò le stesse a trovare una soluzione ad entrambe gradita: l'Egitto riconquistò la sovranità sul Sinai e la zona fu nel contempo demilitarizzata, onde garantire sicurezza al territorio Israeliano.

3. - Il ruolo del notaio nell'istituto della mediazione.

Lo specifico ruolo del notaio nell'istituto della mediazione viene espressamente delineato nelle previsioni sia dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, che in quelle del decreto legislativo n. 28/2010, da cui emerge la particolare sensibilità con cui il legislatore individua un valore aggiunto nel ruolo degli ordini professionali.

Mi riferisco in particolare non solo alla previsione della specifica professionalità riconosciuta all'avvocatura, i cui consigli degli ordini potranno istituire presso i tribunali organismi di conciliazione, ma anche, limitatamente a controversie in particolari materie, alla facoltà:

- degli ordini professionali in generale di istituire organismi di conciliazione presso i rispettivi consigli (art. 18 d. lgs. n. 28/2010);
- dello stesso mediatore di avvalersi, al pari dei giudici, di esperti iscritti negli albi dei consulenti e periti presso i tribunali (art. 8, quarto comma, d. lgs. n. 28/2010). Tra questi esperti può certamente trovare collocazione la professionalità del notaio - come quella di altri ordini professionali - nei settori del diritto propri della sua peculiare formazione, quali diritto di famiglia, diritto delle successioni, diritto immobiliare, diritto urbanistico e dell'edilizia, diritto commerciale, diritto quest'ultimo nel cui ambito è da tempo delegato al notaio il controllo di legalità anche formale in campo societario.

Valorizzare il patrimonio culturale ed il tecnicismo di ogni singola professione, nella ricerca di una giustizia più giusta, significa dare avvio ad un circolo virtuoso nel quale venga esaltata una formazione sempre più di qualità degli ordini professionali a servizio della società civile.

Se da un lato questa appare una significativa risposta del legislatore alla crisi economica dei mercati, imputabile in massima parte all'assenza di regole e all'anarchia generalizzata, dall'altro lato emerge con tutta evidenza il grande significato culturale che assume tale scelta legislativa. Pare quasi l'inizio di un nuovo corso che si vuole imprimere alle scelte di una civiltà, che è stata tentata, in un passato molto recente, dall'istinto di buttare alle orti-

⁴ Col termine "*shuttle diplomacy*" si indica la spola che il conciliatore fa tra le diverse stanze nelle quali avvengono gli incontri individuali.

che i laccioli delle regole, in nome di una generalizzata liberalizzazione, perdendo di vista il fatto che sono proprio le regole a dare certezza e sicurezza ai rapporti giuridici e quindi alla stessa economia.

Non bisogna poi dimenticare come il notaio abbia nel suo **DNA il cromosoma del mediatore**.

A questo proposito intendo riferirmi:

- all'imparzialità, che costituisce l'essenza del ruolo istituzionale del notaio, terzo neutrale per definizione nel quotidiano svolgimento della sua professione;
- alla riservatezza che coincide esattamente col segreto professionale cui è tenuto il notaio nell'esercizio delle sue funzioni;
- al rapporto di fiducia, che costituisce il veicolo attraverso il quale i clienti scelgono il notaio, ma anche il presupposto indispensabile per il buon esito di una mediazione: solo se si instaura un rapporto di assoluta fiducia, infatti, ogni parte può essere disponibile a confidarsi con il mediatore fornendo, in via assolutamente riservata, chiavi di lettura del conflitto che possono rivelarsi determinanti per la sua positiva soluzione, ma che mai verrebbero invece volontariamente rivelate ad un terzo chiamato a decidere il conflitto stesso;
- al fatto che il notaio è anche esperto di diritto e di tecnica contrattuale, il che può rappresentare un valore aggiunto per la peculiarità di alcune controversie.

Infine, l'ulteriore ruolo strategico di cui il notaio può farsi portatore facilmente soprattutto in questo preciso momento storico consiste nel poter fattivamente contribuire alla **diffusione della cultura** della mediazione ed all'abitudine di ricorrere alla mediazione nella risoluzione dei conflitti contrattuali.

E' il notaio, infatti, *in primis*, a poter svolgere, compatibilmente con la sua soggettiva sensibilità in ordine alla materia qui in esame, una consulenza professionale mirata al contenuto delle **clausole di conciliazione** ed all'opportunità o meno del loro inserimento nei contratti a seconda della diversa e propria peculiarità degli stessi, contribuendo così alla loro diffusione ed al loro recepimento nella cultura di una società civile.

Sul punto e rinviando anche a questo proposito a più approfondita trattazione in altro e più idoneo contesto, si osserva brevemente che, secondo quanto disposto dalle disposizioni finali e transitorie contenute nell'art. 24:

- il d. lgs. n. 28/2010 entra in vigore, secondo la normale *vacatio legis*, quindici giorni dopo la sua pubblicazione sulla G.U. (ossia il 20 marzo 2010);
- unica eccezione sul punto è l'art. 5, primo comma, del d. lgs. n. 28/2010, che entra invece in vigore decorsi dodici mesi dal 20 marzo 2010.

In altri termini, la normativa qui in esame entra in vigore il 20 marzo 2010, con la sola eccezione della condizione di procedibilità prevista dal primo comma dell'art. 5, che entra invece in vigore dodici mesi dopo.

E allora, in questa fase transitoria nella quale non si potrà anche avere a regime la normativa della mediazione obbligatoria, sarà la valutazione del giudice ex art. 5, secondo comma, o ancor più la volontà delle parti ad indirizzare verso questo primo civile approccio alla gestione di una controversia.

Appaiono quindi sempre più strategiche ed importanti le clausole di conciliazione inserite nei contratti o negli statuti societari, alla luce anche dell'abrogazione degli artt. da 38 a 40 del decreto legislativo n. 5/2003 (art. 23 del dl. Lgs. n. 28/2010). A questo proposito, si sottolinea come l'abrogazione della normativa in tema di conciliazione societaria e la precisazione contenuta nell'art. 23 secondo cui "*i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del*" d lgs 28/2010 fa sì che il decreto qui in commento diventi l'unica disciplina italiana organica in tema di mediazione, assorba e sostitui-

sca la precedente normativa di cui al d.lgs n. 5/2003⁵ e si applichi pertanto anche alle mediazioni societarie. Questa conclusione appare in linea col titolo del d. lgs. n. 28/2010 che si riferisce appunto alle controversie civili e *commerciali*.

Alla fine, dopo le varie abrogazioni, il d lgs n. 5/2003 rimane in vigore solo per l'arbitrato societario.

In ogni caso, comunque, anche in previsione della entrata in vigore completa prevista per il 20 marzo 2011 del dl. Lgs. n. 28/2010, una clausola di conciliazione contrattuale non pare ultronea neppure nelle materie indicate dal primo comma dell'art. 5, essendo idonea quanto a meno ad identificare l'organismo di conciliazione e/o del soggetto chiamato a designarlo, evitando così il contenzioso almeno su questo aspetto.

3a. - L'intervento del notaio per l'accesso dell'accordo di conciliazione ai registri pubblici.

Tra le novità introdotte col testo definitivo del d lgs. n. 28/2010, emerge poi la grande novità contenuta nell'**art. 11, terzo comma**.

Il testo di detto articolo, nella sua formulazione originaria quale proposta con lo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare, su proposta del Ministro della Giustizia, dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009, prevedeva che:

- il processo verbale, formato dal mediatore e sottoscritto dallo stesso e dalle parti, contenesse anche la *certificazione*, da parte del mediatore, della autografia delle sottoscrizioni delle parti o della loro impossibilità a sottoscrivere;
- il suddetto verbale costituisse titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In altri termini, una siffatta normativa, pur senza attribuire espressamente al verbale di conciliazione la natura di titolo idoneo per la trascrizione nei registri immobiliari, si prestava potenzialmente ad aprire un grave *vulnus*⁶ - in tutti i casi di processo verbale del mediatore su controversie aventi per oggetto diritti reali - alle regole di legalità che improntano il nostro ordinamento giuridico nel disciplinare l'accesso ai registri immobiliari, la conseguente pubblicità e la sicurezza nei traffici giuridici. E ciò avrebbe comportato l'assurdo risultato che l'istituto della mediazione, introdotto col precipuo scopo di deflazione del contenzioso che affolla le aule di giustizia, in nome di una "banale" e superficiale esigenza di semplificazione, sarebbe potenzialmente diventato un terribile boomerang per l'inevitabile incremento di controversie in materia immobiliare dipendente da un accesso indiscriminato e non garantista al sistema di pubblicità immobiliare.

Il testo definitivo del suddetto art. 11, terzo comma, del d. lgs. n. 28/2010, quale pubblicato sulla G.U. del 5 marzo 2010, ha innovato sostanzialmente sul punto e precisamente:

- prevede pur sempre che il processo verbale formato dal mediatore e sottoscritto dallo stesso e dalle parti, contenga la certificazione, da parte del mediatore, della autografia delle sottoscrizioni delle parti o della loro impossibilità a sottoscrivere;
- innova invece in modo determinante per quanto riguarda gli accordi di conciliazione con cui le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti previsti dall'art. 2643 codice civile, ossia relativi a beni immobili soggetti a trascrizione.

⁵ Dopo le varie abrogazioni che si sono susseguite nel tempo e da ultimo l'abrogazione degli articoli da 38 a 40 ad opera del d. lgs n. 28/2010, il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 rimane attualmente in vigore limitatamente agli articoli da 34 a 37 sull'arbitrato societario.

⁶ Sul punto cfr. quanto efficacemente esposto ne "Il commento di Giancarlo LAURINI" allo schema di decreto legislativo in Notariato, n. 6/2009, pag. 701.

In tali casi, il legislatore prevede espressamente, infatti, l'intervento di un *pubblico ufficiale a ciò autorizzato* per l'autenticazione della sottoscrizione del processo verbale, allo scopo di conferire allo stesso la qualifica di titolo idoneo alla trascrizione.

La dizione utilizzata ricalca letteralmente quanto si legge nel primo comma dell'art. 2703 c.c. in tema di sottoscrizione autenticata: "si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da *altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato*".

Si tratta di una scelta legislativa in linea con un ordinamento giuridico garantista di legalità e certezza nei traffici giuridici, ordinamento che:

- attribuisce tassativamente la natura di *titolo idoneo per la trascrizione* (art. 2657 c.c.) alla sentenza, all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata dal notaio o da un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, alla scrittura privata accertata giudizialmente,

- attribuisce la natura di *titolo esecutivo idoneo per l'esecuzione forzata*, ai sensi dell'art. 474 c.p.c. (anche nella versione risultante da ultimo dalla riforma introdotta con legge 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, e con effetti dal 1° marzo 2006), alle sentenze ed agli atti ricevuti dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

E' evidente che il legislatore ha riportato, nel terzo comma dell'art. 11 del d. lgs. n. 28/2010, la medesima terminologia utilizzata dal legislatore degli artt. 2657 e 2703 c.c. e dell'art. 474 c.p.c. e con lo stesso medesimo obiettivo: assicurare anche al verbale di conciliazione che debba essere trascritto o debba servire come titolo esecutivo, quel controllo di legalità sostanziale che solo un pubblico ufficiale può fornire e che non è in alcun modo surrogabile con la semplice omologa del tribunale prevista dal successivo art. 12.

E' anche altrettanto evidente la mancanza di equivalenza tra "*certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*" effettuata dal mediatore ed *autenticazione delle sottoscrizioni* effettuata da un pubblico ufficiale.

Nel primo caso, infatti, la certificazione del mediatore viene svolta a soli fini processuali; nel secondo caso, invece, il pubblico ufficiale non si limita a *certificare l'identità personale* dei sottoscrittori del documento ed il fatto che la sottoscrizione sia stata apposta in sua presenza, ma è tenuto ad effettuare il *controllo di legalità sostanziale* del documento ai fini richiesti per la pubblicità immobiliare. In altri termini, il pubblico ufficiale dovrà effettuare, sotto la sua personale responsabilità, tutti quegli accertamenti che normalmente svolge nei trasferimenti immobiliari, quali, a mero titolo esemplificativo, l'accertamento dell'identità personale dei sottoscrittori ma anche l'indagine della volontà e capacità di agire delle parti, la verifica della legittimazione e degli eventuali poteri di rappresentanza, gli accertamenti ipocatastali ventennali che assicurino la provenienza del documento dall'effettivo proprietario dell'immobile e l'assenza di gravami pregiudizievoli, l'esatta, completa ed esaustiva descrizione catastale degli immobili con indicazione dei confini, la presenza tutte le menzioni e degli eventuali documenti allegati richiesti per la validità degli atti relativi a diritti reali immobiliari (ad esempio in tema di normativa edilizia ed urbanistica, di certificazione energetica, di stato civile e regime patrimoniale per le persone coniugate, ecc.).

Con la modifica introdotta con la stesura del testo definitivo dell'art. 11 del d. lgs. n. 28/2010, appaiono conseguentemente correttamente e giustamente salvaguardate le imprescindibili esigenze di legalità e di certezza nelle risultanze dei registri pubblici⁷, e quindi di affidamento che ne deriva, che fanno sì che in un sistema giuridico quale quello italiano, improntato da sempre a tali principi, il livello di contenzioso in materia immobiliare sia pressoché inesistente.

Se la modifica introdotta nel testo definitivo del suddetto art. 11, terzo comma, rispetto al testo contenuto nella proposta di schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei

⁷ Con riferimento alla centralità del principio di autenticità nell'ordinamento italiano dei pubblici registri, cfr. PETRELLI G., *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in Riv. Dir. Civ., 2007, I, p. 585.

Ministri il 28 ottobre 2009 è indice di una precisa volontà del legislatore di riportare il sistema di autenticazione dell'accordo di conciliazione in quei binari di legalità e di garantismo che soli assicurano un accesso e quindi una immissione di dati sicuri nei registri immobiliari, è anche altrettanto vero, tuttavia, che la tecnica legislativa utilizzata - probabilmente dovuta ad una tempistica stringente e ad una ricerca conseguentemente un po' troppo veloce e non esaustiva della normativa di riferimento - appare quanto meno imperfetta.

Il legislatore del decreto n. 28/2010 si limita infatti ad introdurre il suddetto correttivo con riferimento agli "atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile", dimenticando tutte le fattispecie di atti relativi ad immobili e pur sempre soggetti a trascrizione. Si ricordano ad esempio, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, gli *altri atti soggetti a trascrizione* di cui all'art. 2645 c.c., le divisioni immobiliari (art. 2646 c.c.), gli atti contenenti vincoli di destinazione su immobili di cui all'art. 2645 *ter* c.c., gli atti di costituzione di fondo patrimoniale o connessi a convenzioni matrimoniali (art. 2647 c.c.). In altri termini, il richiamo normativo che da solo avrebbe esaurito l'ambito della trascrizione immobiliare avrebbe potuto essere molto più efficacemente ed esaustivamente il richiamo all'art. 2657 c.c., che qualifica il titolo idoneo per la trascrizione.

Orbene, se la modifica introdotta dal legislatore nella versione definitiva dell'art. 11, terzo comma del d. lgs n. 28/2010 non può avere altro significato che quello sopra esposto, è preciso compito dell'interprete *interpretare* appunto l'intera normativa qui in esame in linea con quella precisa volontà che ha indotto alla modifica del terzo comma dell'art. 11. Ne consegue che appare necessaria, sotto il profilo appena delineato, una interpretazione estensiva di quanto indicato al terzo comma dell'art. 11 nel senso di ritenere necessaria ed imprescindibile l'autentica di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato in tutti i casi in cui l'accordo di conciliazione richieda un *accesso ad un registro pubblico* dal quale dipenda la sicurezza dei traffici giuridici.

Di conseguenza appare imprescindibilmente in linea con la volontà del legislatore subordinare all'autenticazione proveniente da un pubblico ufficiale la trascrizione degli accordi di conciliazione da cui discenda una trascrizione immobiliare, una iscrizione ipotecaria o una annotazione, ma anche i medesimi adempimenti riferiti a beni mobili registrati quali imbarcazioni o natanti (cfr. codice della navigazione), a brevetti, invenzioni industriali, diritti di autore.

Si dirà di più. Analoghe considerazioni di interpretazione estensiva sembrano applicabili, per le medesime osservazioni di cui sopra, anche a contratti relativi a cessioni di quote sociali o trasferimenti di azienda che si concludano con l'accordo di conciliazione, contratti la cui pubblicità nel registro imprese richiede analoghe tutele di sicurezza nei traffici giuridici. Con riferimento a tali contratti, infatti, l'art. 11, comma 4, del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (regolamento di attuazione in materia di registro delle imprese) dispone che "*L'atto da iscrivere è depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio*", altrimenti è depositato in copia autentica. In tal modo il principio di autenticità (che già si rinviene in altre disposizioni quali gli artt. 2296, 2556 comma 2, 2328, 2375 comma 2, 2436, 2463, 2480 c.c.) viene codificato anche per gli atti soggetti ad iscrizione al registro delle imprese.

Ci si chiede poi se un mediatore che sia anche pubblico ufficiale possa agevolare la conclusione dell'accordo di conciliazione relativo a controversie immobiliari in termini di celerità e di costi o se invece, il *divieto di assumere diritti o obblighi connessi con gli affari trattati* imposto al mediatore dall'art. 14 si scontri col fatto che lo stesso possa, in caso di raggiungimento dell'accordo, anche autenticare le sottoscrizioni compiendo il connesso controllo di legalità sostanziale.

Rinviando a miglior approfondimento la questione, mi parrebbe prioritario dare precedenza al procedimento di mediazione con le sue prerogative di celerità ed assenza di formalità, al fine del miglior svolgimento dello stesso, rinviando ad un momento successivo rispetto al positivo raggiungimento dell'accordo, l'intervento del pubblico ufficiale che - attraverso il controllo di legalità, nei tempi richiesti dallo stesso e con l'integrazione del documento richiesta per la corretta e valida conclusione di un accordo relativo a diritti reali immobiliari - possa poi autenticare le sottoscrizioni attribuendo al documento la qualifica di titolo idoneo per la trascrizione.

Ci si domanda anche se l'omologa del tribunale, prevista su istanza di parte per attribuire al verbale di accordo la natura di titolo esecutivo, si renda necessaria laddove l'intervento di un pubblico ufficiale nell'autentica conferisca già la medesima natura di titolo esecutivo al documento. Se la risposta appare ovvia, sembra anche evidente che la problematica sorga ora, a seguito della suddetta modifica del terzo comma dell'art. 11, che non è stata coordinata con analoga modifica dell'art. 12.

4. - Gli elementi positivi della mediazione nell'ottica di un notaio-mediatore

Sono stata letteralmente "folgorata sulla via di Damasco" dall'incontro del tutto casuale con le tecniche della mediazione durante uno dei primi corsi di formazione organizzato da Curia Mercatorum in collaborazione con il CEDR (Centre for Dispute Resolution) di Londra. Si trattò di una *full immersion* di tre giorni consecutivi al Castello dell'Oscano, nella campagna umbra in provincia di Perugia, secondo un modulo molto efficace, sperimentato da anni nel Regno Unito.

Eravamo nell'ormai lontano marzo 2000 ed il Castello in questione fu una *location* perfetta equamente divisa, in quei giorni, nei suoi spazi, tra il corso di formazione sulle tecniche ADR ed il matrimonio tra Raoul Bova e Chiara Giordano (figlia dell'avvocato matrimonialista Annamaria Bernardini de Pace) ed i loro invitati.

Come successe a San Paolo che deve la sua conversione al cristianesimo al miracolo di avere recuperato la vista perduta dopo essere stato avvolto da una luce improvvisa sulla via di Damasco, anche per me l'incontro con le tecniche ADR ha fatto perdere di significato la tradizionale prospettiva della giustizia ed ha illuminato invece un nuovo e diverso approccio che mi è parso tanto formidabile quanto incredibilmente ignorato.

Da allora, senza perdere mai di vista l'obiettivo, ho atteso pazientemente che anche in Italia si creassero le condizioni per poter affrontare ogni conflitto, in prima battuta, con le tecniche ADR. I tentativi di introdurre e far funzionare la mediazione si sono susseguiti in questi anni, gli sforzi della dottrina sono stati notevoli, ma non hanno dato finora i risultati sperati.

Mi auguro che ora le istanze europee ed il determinante intervento del legislatore italiano possano compiere il "miracolo" di far progredire la nostra cultura verso un approccio più "giusto" alla giustizia.

In contemporanea con la conoscenza delle tecniche ADR e con le prime "sperimentazioni" sul campo, nel ruolo di mediatore, ho avuto anche il privilegio di svolgere il ruolo di conciliatore in veste di giudicante, quale giudice onorario aggregato nel processo civile.

Ho così sperimentato in prima persona i diversi risultati e le diverse potenzialità dell'istituto qui in esame a seconda che la mediazione venga condotta da un mediatore professionista terzo neutrale o piuttosto dallo stesso giudicante nel processo civile (cd. conciliazione giudiziale).

Si pensi solo:

- alla diversa pressione psicologica che esercita, sulle parti in conflitto, un'aula di tribunale rispetto ad un luogo neutrale, scelto di comune accordo tra le parti;

- al tempo di svolgimento del tentativo di conciliazione, vissuto come pressione psicologica in sede endoprocedurale e invece preventivamente concordato per essere funzionale all'incontro di conciliazione in sede stragiudiziale;
- al ben diverso livello di confidenzialità delle parti nei confronti di un conciliatore decisore o meno;
- al totale controllo delle parti sulla scelta del mediatore, sul procedimento di mediazione e sul risultato, cui corrispondono invece il principio del giudice naturale nella giustizia ordinaria, il rispetto di rigorose ed inderogabili regole di procedura imposte dalla legge (fra cui il rapporto tra *petitum* e decisione) anche in ordine ai mezzi di impugnazione della decisione, la mancanza assoluta di controllo sulla decisione stessa. Con l'aiuto di un mediatore, il cui ruolo è ricercare gli *interessi delle parti*, infatti, è realistico e possibile che le parti raggiungano un appropriato assetto nei loro rapporti, cosa che non può nascere da una sentenza di un giudice chiamato invece a giudicare sulle *posizioni*;
- ai diversi aspetti economici e di durata del procedimento: solo nella conciliazione si può parlare di un profilo temporale molto contenuto e di un impegno economico quantificabile a priori.

Alla luce dell'esperienza personale e non per averlo sentito dire da altri, posso pertanto affermare che la mediazione è uno strumento che, pur non potendo essere visto come la panacea di tutti i mali e quindi non essendo per definizione sempre la soluzione giusta di ogni tipo di conflitto, offre certamente tante opportunità che lo rendono degno della massima attenzione.

Si tratta infatti di uno strumento caratterizzato da alte potenzialità nell'agevolare una soluzione gradita alle parti, grazie alle seguenti caratteristiche, che trovano peraltro pieno riconoscimento nel decreto legislativo n. 28/2010:

- nuovo come istituto a regime;
- snello perché si svolge senza formalità (artt. 3 terzo comma e 8 secondo comma);
- sicuro perché garantisce riservatezza e confidenzialità (artt. 3, 9 e 10);
- assicura il controllo del risultato e quindi riduce il rischio rispetto alle attese;
- rapido: l'art. 6 del d. lgs. fissa in quattro mesi il termine massimo di durata;
- svolge una utile funzione sociale, in quanto preserva la relazione tra le parti;
- non limita mai gli inviolabili diritti delle parti costituzionalmente garantiti, quali il diritto di agire in giudizio o il diritto di difesa (art. 24 Cost.): non preclude, infatti, mai, nel caso ne ricorrano i presupposti, l'accesso ad altri rimedi per la soluzione delle controversie, quali la giustizia ordinaria o l'arbitrato;
- economico: sia per i costi concorrenziali rispetto a quelli dell'arbitrato o della giustizia ordinaria, sia per i vantaggi fiscali che ne derivano. A norma dell'art. 17 del dl. Lgs. n. 28/2010, infatti:
 - a) tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono infatti esenti da bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie;
 - b) il verbale di accordo è esente da imposta di registro fino al limite di valore di euro 50.000;
 - c) le parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione, maturano un credito di imposta pari all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro 500, in caso di successo della mediazione o ridotto a metà in caso di insuccesso (art. 20 d. lgs. n. 28/2010);
- farà nascere nuove figure professionali (i mediatori), auspicabilmente con una formazione molto elevata come ben sottolinea l'art. 16 del dl. Lgs. n. 28/2010, che, a differenza di quanto era indicato nel medesimo articolo dello schema di decreto legislativo, esplicita l'obiettivo di "*garantire elevati livelli di formazione dei mediatori*".

5. - Elementi di criticità nell'introduzione della mediazione nell'ordinamento giuridico italiano.

In estrema sintesi, gli elementi di maggiore criticità che vengono in evidenza nel processo di coesione fra un istituto giuridico nuovo ed il contesto giuridico in cui lo stesso si inserisce sono i seguenti:

- la trasformazione di una cultura di un popolo storicamente da sempre istintivamente proiettato verso un approccio aggressivo alle situazioni di conflitto;

- la formazione di tutti coloro che operano nel mondo del diritto, sia a regime che nel periodo transitorio, nonché di tutti coloro che a qualsiasi titolo saranno protagonisti della mediazione:

a) le Università avranno il delicato compito di far sì che le nuove generazioni di giuristi ricevano la corretta formazione in via generalizzata e sistematica, mentre fino ad oggi si contano sulle dita di una sola mano le Università che fanno già formazione;

b) tutti gli operatori della giustizia e gli ordini professionali per il recupero della nuova formazione richiesta e l'aggiornamento a regime;

c) i mediatori ed i formatori, la cui professionalità e formazione sarà presupposto indispensabile per il positivo funzionamento del nuovo istituto. Laddove non sia il legislatore stesso a dettare rigidi criteri di selezione dei mediatori, sarà compito degli organismi di conciliazione e, quindi, anche degli ordini professionali che vorranno istituire organismi di conciliazione individuare adeguati criteri di reclutamento degli iscritti.

Non è infatti pensabile che si dia accesso ad un incarico così delicato a soggetti che non abbiano ricevuto l'adeguata formazione. Con questo intendo dire che non pare ragionevolmente in linea con un efficace funzionamento dell'istituto consentire a chi abbia un'esperienza in qualsiasi professione dell'universo giustizia di acquisire automaticamente la qualifica di mediatore, prescindendo da una formazione specifica.

d) garantire la terzietà ed imparzialità del mediatore in ogni circostanza, dettando regole rigorose che escludano *in nuce* qualsiasi anche solo potenziale conflitto di interessi fra l'organismo di conciliazione e/o il mediatore da un lato e le parti in conflitto dall'altro;

e) assicurare in tutti i modi possibili la tutela della riservatezza dell'intero procedimento di mediazione ed anche del suo risultato. Sotto questo profilo non nascondo perplessità su alcune scelte che emergono dal decreto legislativo n. 28/2010: nel pur meritorio intento del legislatore di dettare una disciplina che consenta finalmente all'istituto della mediazione di funzionare, si corre il rischio di introdurre alcuni meccanismi dissuasivi e sanzionatori della mancata collaborazione delle parti. Tutto ciò però fa sì che vengano meno presupposti indispensabili per un efficace funzionamento dell'istituto: la riservatezza, la confidenzialità, la certezza di trovarsi davanti ad un mediatore che non giudica, ma aiuta solo a individuare possibili soluzioni. Mi riferisco in particolare alla proposta di conciliazione prevista dall'art. 11, comma primo, del d. lgs. n. 28/2010, sia pure temperata nella sua disciplina rispetto alle originarie previsioni dello schema di decreto legislativo, all'incidenza della medesima proposta sulle spese processuali ex art. 13, ma anche al solo fatto che la mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione, possa far desumere al giudice argomenti di prova nel successivo giudizio (art. 8, ultimo comma)⁸.

A tutto ciò, per contro, si deve aggiungere il fatto che, se l'istituto decollerà e comunque se funzionerà già nel suo primo periodo di applicazione, come è auspicabile, ci si domanda anche se la richiesta (attualmente quantificabile in circa un milione di cause all'anno) troverà una sufficiente, pronta ed adeguata risposta sia nel numero che nella adeguatezza e preparazione dei mediatori.

⁸ L'ultimo comma dell'art. 8 del dl lgs. n. 28/2010 costituisce una novità rispetto alle originarie previsioni dello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 ottobre 2009.

Mi permetto anche di sottolineare come il legislatore si sia premurato di risolvere alcune criticità che già erano state sollevate con l'entrata in vigore della conciliazione societaria di cui al decreto legislativo n. 5/2003. Mi riferisco in particolare all'art. 5, terzo comma, del d. lgs n. 28/2010 che espressamente esclude che il ricorso alle mediazione possa entrare in conflitto con provvedimenti giudiziali urgenti e cautelari, nonché con la trascrizione della domanda giudiziale.

6. - Conclusioni.

Il confronto fra conciliazione giudiziale e stragiudiziale non deve far dimenticare che il sistema processuale italiano è un ottimo sistema giurisdizionale, estremamente garantista dei diritti delle parti e finalizzato al raggiungimento della soluzione giuridicamente corretta rispetto alle risultanze dell'istruttoria processuale. Ha il grosso difetto di avere una durata non esattamente corrispondente a quella che il legislatore intendeva perseguire con l'introduzione del principio costituzionale del giusto processo ed a quella che corrisponde, in una società libera, alle legittime aspettative di giustizia di chi vi fa ricorso.

La mediazione non può essere considerata la panacea di tutti i mali, l'unica strada maestra alternativa rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria: ogni controversia merita di trovare la sua soluzione più appropriata, che dipende da una infinità di variabili.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è l'opportunità di considerare con la giusta attenzione la possibilità di avvalersi anche in Italia dello strumento della mediazione condotta secondo le tecniche *adr*, per l'intrinseco valore aggiunto che può derivare dall'accordo di conciliazione, senza dimenticare comunque che la scelta di questa via non preclude mai il ricorso, in caso di fallimento, a vie decisorie diverse e tra loro alternative quali il giudizio ordinario o l'arbitrato.

Negli ultimi anni si è constatata una grande attenzione della dottrina nei confronti di questo nuovo istituto, a fronte però di uno scarsissimo risultato reale nei suoi primi tentativi di applicazione.

Ora, grazie alle istanze europee ed all'attento e tempestivo legislatore italiano, l'opportunità di far decollerà anche in Italia l'istituto della mediazione è davvero dietro l'angolo. Si tratta di un'occasione imperdibile per la crescita culturale di un Paese, ma richiede un enorme salto di qualità della società civile, a tutti i livelli, che non è e non può considerarsi certo e scontato.

In conclusione, emerge prepotente l'esigenza di una più sofisticata, raffinata ed attenta ricerca di una "Giustizia più giusta", per le sue inevitabili implicazioni con la coesistenza di valori quali la libertà, la pace e la democrazia.

Si tratta di un'esigenza che può essere riassunta affermando che "*Giustizia non esiste là ove non vi è libertà*" (L. Einaudi), ma anche che "*se l'uomo fallisce nel conciliare Giustizia e libertà, fallisce in tutto*" (Camus).

Bologna, 8 marzo 2010

Cinzia Brunelli