



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Il nuovo procedimento di mediazione: profili critici sui rapporti tra la legge delega ed il decreto delegato
di Paolo Tesauro

Il nuovo procedimento di mediazione, così come regolato con D. Lgs. del 4 marzo 2010 n. 28, in attuazione della delega conferita al Governo con l'art. 60 L. del 18 giugno 2009 n. 69, è oggetto di un ampio dibattito su più punti. Tra l'altro, sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento ad un possibile eccesso di potere nell'attuazione della delega.

Dal combinato disposto degli artt. 76 e 77 Cost. emerge che nell'esercizio della funzione normativa delegata, il Governo, tranne nei casi dei decreti leggi (per la cui efficacia, trascorsi i sessanta giorni, è necessaria la conversione), non possa emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria, senza la delegazione delle Camere.

La funzione legislativa, in deroga al principio generale stabilito dall'art. 70 Cost., può, quindi, essere attribuita al potere Esecutivo con una legge di delegazione che dovrà individuare i contenuti necessari, quali l'oggetto definito (circoscrivendo l'ambito tematico della funzione delegata), il "tempo limitato" entro il quale il decreto deve essere emanato ed i principi e i criteri direttivi.

Su quest'ultimi elementi la dottrina¹ è concorde nel ritenere ben specializzate le competenze del Parlamento, chiamato a determinare gli interessi e gli scopi che dovranno essere perseguiti, e quelle del Governo, inteso nella sua collegialità, di seguire ed attuare i principi dettati dal potere legislativo, in sede di delega.

Tali principi potranno, quindi, essere sia scarsi o inutili, ed in questo caso l'attività normativa delegata avrà come conseguenza quella di una minore incidenza di innovazione (in questa ipotesi, tuttavia, il margine operativo del legislatore delegato sarà più ampio), sia notevolmente dettagliati, così da ridurre la discrezionalità del Governo, derivando la incisività del settore direttamente dalla norma delegante. In entrambi i casi non sarà possibile qualificare come illegittima la legge di delega, essendo scelta di merito del Parlamento e per questo non censurabile.

¹ Si veda da ultimo R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, pp. 333 e ss. e dottrina e giurisprudenza ivi richiamate.

Nell'attuazione delle linee guida individuate dal Parlamento, il potere Esecutivo nell'esercizio della funzione legislativa incontra dei limiti, che sono, innanzitutto, i principi determinati dalle norme sostanziali fissate dalla delega, in attuazione del disposto costituzionale, ed, in alcuni casi, anche dalle norme procedurali, consistenti nell'eventuale obbligo di sottoporre lo schema di decreto legislativo al parere di determinati organi, molto spesso di natura parlamentare come le Commissioni permanenti competenti per materia. Il dettato costituzionale da ultimo ricordato è integrato dal disposto dell'art. 14, 4° comma L. 400/1988 (legge ordinaria), ove è stabilito che se il termine previsto per l'esercizio della delega eccede i due anni, il Governo è obbligato a sottoporre lo schema di decreto delegato al parere delle commissioni permanenti competenti per materie delle due Camere.

Problematica è la questione relativa al mancato rispetto da parte del legislatore delegato di detti limiti: che si può realizzare sia sul piano formale che su quello sostanziale.

Con riferimento alla forma, il legislatore delegato, nei casi previsti dalla legge delega o se dovuto ex art. 14 cit., deve sottoporre lo schema di decreto legislativo alle Commissioni parlamentari il mancato ottemperamento crea illegittimità costituzionale, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte (risulta omesso adempimento dovuto).

Con riferimento al piano sostanziale, ci s'interroga se il Governo, nell'esercizio della funzione legislativa delegata, sia vincolato ai pareri richiesti nell'ipotesi di bocciatura o nel caso in cui sia manifestata l'esigenza di variazioni. Il prevalente orientamento dottrinale² si pone nel senso della non vincolatività dei pareri parlamentari. A favore di questa tesi milita la considerazione che nell'art. 76 Cost. sia tassativamente stabilito che la delega possa essere attribuita solo all'organo Esecutivo che ne resta politicamente responsabile. Ove il parere richiesto o per la legge delega o ex art. 14 cit. dovesse essere considerato vincolante, il contenuto della legge delegata sarebbe determinato non dal Governo ma dall'organo al quale è stato richiesto il parere. E' questo comporterebbe violazione del dettato costituzionale³.

Riportando la disciplina valutata nel caso di specie, nella delega ex art. 60, 2° comma, L. 69/2009, è sancito che i decreti legislativi siano adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, affinché le Commissioni parlamentari competenti per materia potessero esprimere il proprio parere.

² Il parere delle Commissioni pur se obbligatorio non potrebbe essere in nessun caso vincolante. In particolare, sull'obbligatorietà di ottenere i pareri, il legislatore delegato sarebbe tenuto al rispetto della procedura per evitare che il decreto legislativo possa essere viziato soltanto della legittimità formale e, pertanto, sindacabile dalla Corte Costituzionale. Si veda, in particolare, la tesi di L. Paladini in G. Branca, Commentario della Costituzione artt. 76-82 (a cura di), La formazione delle leggi, Tomo II, Bologna, 1979, pp. 26 e ss. e dottrina e giurisprudenza ivi richiamate. Cfr. A. Pizzorusso, Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano, Napoli, 1989, pp. 226 ss.; P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, Istituzioni di Diritto Pubblico, Padova, 2009, pp. 240 ss..

³ Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, Diritto Costituzionale, Torino, 2010, p. 332.

Richiesti i pareri (Legislatura 16° - 2ª Commissione permanente Giustizia – Senato della Repubblica - Resoconto sommario n. 126 del 27/01/2010⁴ dall'esito favorevole con osservazioni e della Legislatura 16° - 2ª Commissione permanente Giustizia – Camera dei Deputati – atto del Governo n. 150, del 20/01/2010⁵ dall'esito favorevole con condizioni), questi sono risultati di segno opposto⁶. Ciò ha posto il legislatore delegato, con D. Lgs 28/2010, nella condizione di recepire, cosa che ha fatto, solo in parte quanto previsto dai pareri delle Commissioni⁷. E la libera scelta di merito che ha caratterizzato l'azione normativa del potere Esecutivo trova il fondamento nell'ipotesi dei principi soprarichiamati ma anche in riferimento alla non univocità dei pareri licenziati dalle due Commissioni parlamentari. Emerge la possibilità, per il legislatore delegato, di seguire parte dell'uno e parte dell'altro ovvero di tenere in considerazione solo quelle osservazioni comunemente condivise ovvero di discostarsene.

Spostando l'attenzione alle peculiarità del rapporto tra legislatore delegante e quello delegato, la giurisprudenza costituzionale⁸ ha fissato alcuni principi che qui è utile richiamare.

La conformità tra le norme esige due processi ermeneutici che vanno qualificati come paralleli, con le norme poste dal legislatore delegato che saranno interpretate compatibilmente con i principi e i criteri direttivi della legge di delega⁹.

E', poi, necessario incardinare l'attività del legislatore delegante nel preciso contesto normativo preesistente e tener conto delle finalità che sono alla base delle scelte di determinati oggetti, principi e criteri direttivi¹⁰. Importante, quindi, per la Corte, che questi vadano costantemente interpretati tenendo conto della ratio che sottende alla legge delega, nella garanzia di compatibilità con tali principi della norma delegata¹¹.

⁴ www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=16&id=452900

⁵ www.camera.it/561?appro=260&L'esame+parlamentare+dello+schema+di+decreto+legislativo

⁶ Particolarmente problematica la divergenza dei due pareri sulla condizione di procedibilità nelle materie dell'art. 5, 1° comma. Nel testo del parere licenziato dalla 2ª Commissione permanente Giustizia della Camera dei Deputati il 20/01/2010, nulla si dice sul tema dell'obbligatorietà, avanzando perplessità per l'inserimento tra le materie per le quali il tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dei patti di famiglia, per la frequente intersezione di diritti disponibili e diritti indisponibili, anche per gli ambiti e confini ancora incerti nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza. Nel testo approvato dalla 2ª Commissione permanente Giustizia del Senato della Repubblica il 27/01/2010, in riferimento all'articolo 5 si ritiene necessario escludere al 1° comma l'obbligatorietà del procedimento di mediazione. Irrisolta, inoltre, è la qualificazione di criteri per l'individuazione della competenza territoriale, con proposte divergenti da parte delle Commissioni.

⁷ Si pensi alla soppressione del 7° comma, art 5, D. Lgs 28/2010 sulla condizione di procedibilità rispetto al procedimento arbitrale, richiesta concordemente da entrambe le Commissioni. Utile è anche il richiamo alla richiesta concorde di modificazione dell'originaria collocazione nel regime della nullità del contratto tra avvocato e assistito, per violazione degli obblighi di informazione, ex art. 4, D. Lgs 28/2010, tramutato nel regime dell'annullabilità e non in quello di illecito disciplinare per l'avvocato come prospettato nei pareri delle Commissioni. Irrisolta, invece, è la qualificazione di criteri per l'individuazione della competenza territoriale, con proposte divergenti da parte delle Commissioni.

⁸ Si noti, fra le altre, C. Cost. 98/2008.

⁹ C. Cost. 340/2007, 170/2007, 50/2007.

¹⁰ C. Cost. 341/2007, 426/2006, 285/2006.

¹¹ C. Cost. 413/2002, 307/2002, 290/2001. La Corte, nelle motivazioni della pronuncia 98/2008, scrive: "la varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa comporta che neppure è possibile enucleare una

Sull'attività del legislatore delegato, la giurisprudenza costituzionale avvalorò il riconoscimento della discrezionalità che non è esclusa in virtù della delega legislativa. La discrezionalità varierà nella forza e nell'ampiezza in relazione alla rigidità e alla specialità dei parametri fissati dai principi e criteri direttivi¹². E, comunque, è di fondamentale rilevanza l'individuazione della ratio della delega, per poter valutare la coerenza di questa con la norma delegata¹³. Inoltre, secondo l'orientamento giurisprudenziale della Corte "l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo; dunque, nell'attuazione della delega è possibile valutare le situazioni giuridiche da regolamentare ed effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi"¹⁴.

Con riferimento al merito della disciplina che regola il nuovo procedimento di mediazione, l'iter normativo, che ha portato il D. Lgs. 28/2010 alla sua emanazione, è stato avvolto da dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega, avanzati dalla Commissione Giustizia del Senato, in sede di approvazione del parere richiesto¹⁵, e, successivamente alla sua entrata in vigore, in più sedi¹⁶. Il fondamento a tali criticità deriverebbe dalla previsione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie nelle materie previste dall'art. 5, 1° comma, D. Lgs. 28/2010.

L'obbligatorietà del procedimento costituirebbe un filtro al sistema giudiziario con compressione del diritto del singolo di veder tutelate le proprie pretese. L'appesantimento procedurale, scaturente dalla condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, avrebbe, secondo questa impostazione, come naturale conseguenza un carico oneroso che peserebbe sul cittadino, tanto da rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente gravosa e, dunque, in contrasto con la previsione della lettera a) dell'art. 60, 3° comma, L. 69/2009¹⁷.

nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di "principi e criteri direttivi", quindi «il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose» (sentenze n. 340 del 2007; n. 250 del 1991)".

¹² C. Cost 213/2005, 490/2000.

¹³ C. Cost 199/2003, 503/2003.

¹⁴ C. Cost. 98/2008 e cfr C. Cost. 163/2000, 198/1998, 213/2005

¹⁵ Si veda supra nota 10.

¹⁶ Cfr, M. De Tilla, Oua: "Illegittime obbligatorietà e assenza dei legali", in *Gli speciali di Guida al diritto*, n. 10, 05/03/11, p. V.

¹⁷ Art. 60, L. 69/2009: Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali.

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle

Tale impostazione trova, tuttavia, scarsi riscontri tra le interpretazioni sia dei riferimenti normativi che di quelli giurisprudenziali.

Sulla obbligatorietà, la normativa comunitaria¹⁸ ha autorizzato il legislatore nazionale a regolarizzare procedimenti di Adranche tramite il ricorso all'obbligatorietà, purché non sia reso impossibile l'accesso alle ordinarie forme di giustizia. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione

Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia; e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli; f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro; g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali; h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro; i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche; l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali; m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti; n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione; o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181; p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115; q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi; r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni; s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

¹⁸ Articolo 5, Direttiva CE 2008/52: Ricorso alla mediazione

1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.

2. La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario

Europea ha sancito che l'obbligatorietà del ricorso alla conciliazione sia ammissibile purché si rispetti "il principio di equivalenza, di effettività e della tutela giurisdizionale effettiva"¹⁹.

Il tema dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione è stato oggetto anche di interessanti pronunce della Corte Costituzionale. In riferimento alle controversie dinanzi all'Autorità per le Telecomunicazioni, il giudice delle leggi ha precisato che "la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo"²⁰. Su quest'aspetto la giurisprudenza della Corte²¹ ha anche riconosciuto la legittimità del tentativo di conciliazione obbligatorio, con riferimento all'art. 111 Cost., nel rito del lavoro, prima che intervenisse la riforma del Collegato lavoro²².

L'obbligatorietà non rappresenta una preclusione all'accesso della giustizia ma uno strumento per il raggiungimento della ratio²³ che ha mosso la delega a contenere l'accesso alla giustizia. L'obbligo in ogni norma che dia una disciplina concreta e coerente di un determinato istituto è quella di fornire l'interpretazione dei singoli precetti avendo come mira quella di fare salva la ratio della norma stessa che facilmente nel caso di specie può essere individuata nella necessità di limitare il ricorso al contenzioso in materie di scarsa rilevanza economica ma di alta litigiosità. Tale ratio viene fatta salva solo se si accoglie la tesi dell'obbligatorietà e se si tiene conto del fatto che questa è stata esclusa in vertenze di alto valore economico e scarsa litigiosità, si veda, su tutte, quelle relative alla concorrenza sleale.

E la prova che l'impianto normativo, a favore della condizione di procedibilità, non crei un'irreparabile lesione alla pretesa per i soggetti di veder tutelati, in via giurisdizionale, i propri diritti, emerge dalla predisposizione di significative garanzie, nel D. Lgs. 28/2010.

L'art. 5, 3° comma, stabilisce che non è preclusa "in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda". E poi al 6° comma, è sancito che "la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale".

¹⁹ Corte di Giustizia Ce, sez. IV, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08.

²⁰ C. Cost. 51/2009 e cfr C. Cost. 403/2007.

²¹ C. Cost. 276/2000.

²² La materia è stata recentemente modificata con L. 183/2010.

²³ In questo senso, è utile rammentare la finalità principale della mediazione che passa anche attraverso l'obbligatorietà. Nella Nota di lettura del Servizio del Bilancio del Senato Nov. 2009 n. 58, si precisa che la mediazione "viene configurata come condizione di procedibilità per una serie specifica di controversie al fine di garantire, così come si legge in relazione illustrativa, il buon accoglimento della nuova disciplina che ha come finalità quella di imprimere una diminuzione nel numero dei casi di ricorso alla giurisdizione ordinaria (senza peraltro precluderne l'accesso) nonché di contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie. Al riguardo la Corte Costituzionale con diverse sentenze (C. Cost. 276/2000, 82/1992, 436/2006) ha definito il meccanismo della condizione di procedibilità come la misura che, senza impedire o limitare oltremodo l'accesso alla giurisdizione, si limita a differirne l'esperimento, imponendo alle parti oneri obiettivamente non gravosi e volti anzi a dare soddisfazione alle loro pretese in termini più celeri e meno dispendiosi".

In connessione con quanto previsto dall'art. 24 Cost, 3° comma, il nuovo procedimento di mediazione statuisce all'art 17, 5° comma, che “quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato”.

Più articolate le osservazioni alla base di due ulteriori disposizioni contenute nel D. Lgs. 28/2010, in riferimento alla non preclusione dell'accesso alla giustizia.

In merito all'art. 11, il mediatore, quando l'accordo non è raggiunto, può formulare una proposta. In caso di rifiuto di una delle parti scatteranno, per questa, le conseguenze previste dall'art. 13 relativamente all'eventuali spese processuali del successivo procedimento giudiziale. Tale previsione, seppur proiettando i riflessi del procedimento della mediazione in sede giudiziaria, si realizza solo qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta, o quando, ricorrendo gravi ed eccezionali ragioni, il provvedimento giudiziario non corrisponda interamente al contenuto della proposta. Il processo che segua la fase negativa della mediazione è autonomo e libero. Il giudice sarà chiamato a pronunciarsi scevro da qualsiasi vincolo scaturente dalla proposta del mediatore rifiutata dalla parte. Il giudice, quindi, sarà sollecitato a tener conto della proposta soltanto nella quantificazione delle spese processuali (è l'ipotesi in cui il merito della mediazione entra nella fase processuale).

Con riferimento alla disciplina prevista dall'art. 12, in tema di efficacia esecutiva ed esecuzione, va osservato che, a seguito di omologazione, promossa “su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo”; il verbale di accordo acquisterà efficacia di titolo esecutivo.

Il punto di criticità sta nell'individuare le garanzie di accesso alla giustizia in pendenza ed in conseguenza del procedimento di omologazione a cura del presidente del Tribunale, anche per fatti sopravvenuti.

E' utile richiamare le esperienze normative precedenti, in tema di rito del lavoro (ex art. 411 c.p.c.), di disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (ex L. 281/1998) e dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia (ex D. Lgs. 5/2003). Nelle previsioni del legislatore l'autorità giudiziaria è chiamata, con decreto, ad attribuire al verbale positivo di conciliazione l'efficacia esecutiva previo accertamento della regolarità formale.

Sui limiti di tale accertamento, si sono sviluppati più orientamenti. Alla tesi secondo la quale il riscontro attiene ai dati estrinseci, senza alcuna possibilità per l'autorità giudiziaria di entrare nel

merito²⁴, si è contrapposta una tesi meno restrittiva, secondo cui potrebbe essere ammessa una verifica anche relativa al rispetto del contraddittorio, del principio di garanzia della difesa, dell'indipendenza o dell'imparzialità del mediatore, del diritto di riservatezza e correttezza²⁵. Tra le perplessità nell'accogliere il secondo orientamento, la dottrina è concorde nel ritenere che il procedimento di omologazione corrisponda ad un accertamento sommario, a forma camerale a carattere plurilaterale.

Con riferimento all'omologazione del verbale di conciliazione societario, con l'introduzione del D. Lgs 5/2003, il procedimento, soltanto per una parte della dottrina²⁶, assume natura di vero e proprio procedimento giurisdizionale anche contenzioso, ma pur sempre di natura sommaria.

Nel procedimento di mediazione, introdotto con D. Lgs 28/2010, l'art. 12, sottopone l'omologazione all'istanza di parte ed al vaglio anche della regolarità formale da parte del presidente del Tribunale. Tale impostazione, per alcuni²⁷, favorirebbe un controllo non solo degli aspetti formali ma anche di quelli sostanziali; verrebbe così avvalorata la tesi della natura giurisdizionale del procedimento di omologazione anche se di natura sommaria. Potrebbe, tuttavia, farsi strada un'interpretazione secondo la quale il vaglio del presidente del Tribunale, nel procedimento di omologazione, attenga non solo alla non contrarietà del contenuto del verbale all'ordine pubblico o a norme imperative ma anche alla regolarità formale. Ne deriverebbe che la natura del procedimento di omologazione resti meramente formale e sia, così, qualificabile come procedimento di volontaria giurisdizione.

La disciplina normativa, in ogni caso, nulla dice sul procedimento di omologazione e sulla reclamabilità del decreto. Sul punto è, quindi, necessario individuare le prospettive a garanzia delle giuste pretese della parte, successivamente al raggiungimento dell'accordo (si pensi al caso dell'eccessiva onerosità o ad un vizio della volontà). Potrebbe applicarsi la disciplina dei procedimenti camerale nel rito societario, che, ai sensi degli artt. 25 e ss., D. Lgs. 5/2003, prevede, in particolare, la garanzia del contraddittorio con l'audizione delle parti in camera di consiglio. E più in generale, può essere utile il richiamo alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio ex artt. 737 e ss. c.p.c..

²⁴ B. Sassani, R. Tiscini, Il nuovo processo societario, in Giust. Civ. 2003, II, 74.

²⁵ È la tesi sostenuta da Rubino, anche se va rammentato che il vaglio del Presidente del Tribunale attiene al verbale e non agli atti del procedimento. Cfr G. Arieta, F. De Santis, Commentari dei processi societari, Vol II, Torino, 2007, pp. 1053 ss..

²⁶ L. Montesano, in riferimento all'esecutività del lodo arbitrale, ha inquadrato il procedimento di omologazione non con funzione di volontaria giurisdizione, largamente diffusa in dottrina, ma con funzione contenzioso-sommaria. Cfr. G. Arieta, F. De Santis, Commentari dei processi societari, Vol. II, Torino, 2007, p.1053.

²⁷ Cfr. G. Sciancalepore, S. Sica, Codice della mediazione e della conciliazione, Torino, 2010, p. 7.

Inoltre, in dottrina²⁸ è stata prospettata la soluzione consistente nell'applicabilità per via analogica dell'art. 825 c.p.c., 3° comma, che prevede, in tema di deposito del lodo arbitrale, la reclamabilità mediante ricorso alla Corte d'appello entro trenta giorni dalla comunicazione e la possibilità di sentire le parti, provvedendo con ordinanza in camera di consiglio.

E sulla definitività dell'omologazione troverebbero, pertanto, riscontro anche la previsione dell'art. 829, 1° comma, n. 5, c.p.c., per l'impugnabilità in casi di nullità, oltre all'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.²⁹.

Su quest'aspetto, in riferimento al procedimento di omologazione che, per larga parte della dottrina³⁰, andrebbe qualificato come volontaria giurisdizione, per la natura esclusivamente formale del vaglio, qualificherebbe come stragiudiziale il titolo esecutivo, per l'assenza di un precedente processo ordinario di cognizione. Il corollario che ne deriva è che nessun limite si pone nell'individuazione dei motivi di merito dell'opposizione all'esecuzione; potrà, pertanto, essere dedotta sia l'inesistenza dei fatti costitutivi, sia l'esistenza dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi.

L'omologazione del verbale di conciliazione nel procedimento di mediazione, introdotta con l'art. 12, D. Lgs. 28/2010, seguendo, invece, l'orientamento per il quale l'accertamento è formale e sostanziale, porterebbe a qualificarlo come titolo esecutivo di natura giudiziale. Tale inquadramento comporta il rispetto, nel processo esecutivo, dei conseguenti limiti, tipici del giudicato sostanziale, formatosi prima col vaglio del presidente del Tribunale (la natura giurisdizionale del procedimento è a carattere sommario) e poi in sede di reclamo.

²⁸ Vedi la tesi di G. Miccolis in G. Arieta, F. De Santis, *Commentari dei processi societari*, Vol. II, Torino, 2007, p. 1054.

²⁹ Sul tema generale dell'opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c.p.c., cfr A. Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2006.

³⁰ Sul punto interessanti sono i richiami dottrinali in G. Arieta, F. De Santis, *Commentari dei processi societari*, Vol. II, Torino, 2007, p. 1054.

Innovazione e Diritto