

Responsabilità da rifiuto illecito di conciliare

Considerato l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, sembra potersi delineare una responsabilità per la parte che rifiuti "illecitamente" di giungere ad un accordo conciliativo.

Questa affermazione potrebbe sembrare "forte". Dovrebbe, invece, sconvolgere assai di più il contrario e cioè che una parte possa - senza dover rendere conto in alcun modo di tale sua scelta - abbandonare unilateralmente la trattativa.

Diversi i profili da analizzare.

Responsabilità precontrattuale. E' da sempre nota nel nostro ordinamento la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. che prevede: "*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*". Si può discutere e valutare caso per caso, se l'accordo integri l'ipotesi tipica della transazione ex art. 1965¹, ma della sua natura contrattuale è difficile dubitare.

La giurisprudenza² ha in moltissime e diverse occasioni affrontato l'argomento concentrandosi in particolare sul cd. *principio dell'affidamento*: la responsabilità non sorge, quindi, in ipotesi di semplice interruzione delle trattative, ma solo quando, per lo stato avanzato delle stesse, una parte ha una aspettativa concreta alla loro conclusione. Chiare le parole usate in talune decisioni (seppure in caso in cui era coinvolta una p.a., ma questo, non muta al consistenza del questione, anzi indica la sua trasversalità, dimostrando che si tratta di principio generale nell'ordinamento): "*È chiamata a rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., la P.A. che violi il dovere di lealtà e correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte, in modo tale da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto*" (T.A.R. Lazio Roma Sez. II ter Sent., 07/07/2009, n. 6527).

Quindi, la parte che rifiuta l'accordo o l'accettazione di una ben determinata offerta, deve poter motivare questa sua scelta, pena, in difetto il risarcimento dei danni che, occorre prestare attenzione a quanto *infra* – potrebbero essere liquidati d'ufficio, superando perciò molti dei problemi probatori che di solito assillano simili casi.

"Recesso" ad nutum. La responsabilità di cui sopra potrebbe essere esclusa qualora, fin dall'inizio della mediazione, tutte le parti coinvolte nella procedura avessero stabilito, sin dall'inizio, che ciascuna di esse ha la facoltà di abbandonare la trattativa senza dover fornire alcun motivo o giustificazione. Tecnicamente non può parlarsi di recesso (ecco spiegate le virgolette..) giacché questo istituto, ex art, 1373³ c.c., presuppone l'esistenza di un contratto che, invece, nel caso che si occupa è solo *in fieri*. Sotto il profilo degli equilibri e dell'affidamento, in ogni caso, le parti sarebbero messe in grado sin dall'inizio di sapere che stanno per affrontare una trattativa con un minor grado di tutela giuridica, rispetto a quanto accade "normalmente".

Si tratta evidentemente di scelte o di *policy* che, in quanto tali, da un lato spettano solo alle parti e, dall'altro, possono essere suggerite o imposte dall'Organismo che potrebbe prevedere questa sorta di "abbandono legale" della mediazione esplicitamente nel proprio regolamento.

Responsabilità deontologica forense. Indipendentemente da quanto sinora osservato sulla eventuale responsabilità in capo alle parti, è da notare come altro profilo attiene alla condotta degli avvocati in mediazione.

L'art. 23, comma 6, del codice di deontologia forense prevede che: "*L'interruzione delle trattative*

1 Testualmente: "*La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*".

2 "*L'ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative, qualificabile quale illecito precontrattuale ex art. 1337 c.c., si verifica qualora taluno, dopo aver ingenerato nella controparte un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto, receda senza giustificazione, provocando un danno. Affinché detta ipotesi si verifichi concretamente, occorre, pertanto, che una delle parti abbia dolosamente - iniziando o proseguendo le trattative con l'intenzione, tuttavia, di non concludere il contratto - o colposamente - non attenendosi alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, e portando avanti trattative senza verificare le proprie possibilità o senza una sufficiente determinazione - indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto, raggiungendo un'intesa di massima sui punti essenziali dell'affare e dovendo solo definire i dettagli di minore importanza, o avendo raggiunto completamente l'accordo e rimanendo solo da tradurlo nella forma scritta necessaria per la validità del contratto. In detta prospettiva, ai fini del riconoscimento della responsabilità (precontrattuale) per recesso ingiustificato dalle trattative, occorre che il presunto danneggiato fornisca la prova del fatto lesivo, e cioè di come l'interruzione delle trattative abbia lesso un affidamento ragionevolmente creato dal comportamento della controparte*". (Trib. Roma Sez. X Sent., 11/05/2009).

3 Testualmente: "*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. E' salvo in ogni caso il patto contrario*".

stragiudiziali, nella prospettiva di dare inizio ad azioni giudiziarie, deve essere comunicata al collega avversario".

Che la mediazione sia una "trattativa stragiudiziale" sembra, almeno, plausibile.

Dunque, prescindendo dall'atteggiamento del proprio cliente, l'avvocato sembra proprio avere l'obbligo di avvisare il collega che la mediazione verrà abbandonata.

Ove tutti gli avvocati interessati all'osservanza di tale obbligo (sia dal lato passivo che da quello attivo) siano presenti nella mediazione, si potrebbe anche sostenere che la comunicazione sia "*in re ipsa*" nel momento in cui una parte personalmente comunichi la sua volontà di abbandonare le trattative; ad essere rigorosi (o capziosi, dipende dai punti di vista) però tale dichiarazione proverrebbe dalla parte e non dall'avvocato. Quindi per "sicurezza" si potrebbe mettere a verbale la comunicazione in questione. Se non tutti gli avvocati sono presenti (quantunque già incaricati e noti ai soggetti coinvolti nella mediazione) la comunicazione andrà fatta *aliunde*.

Abuso del diritto. Muovendo dalla recente giurisprudenza in materia di abuso del diritto si può sostenere che anche la cd. strumentalizzazione del conflitto sia foriera di responsabilità. La Cassazione ha, infatti, statuito che: "*Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso (in applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere ad nutum dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto)".* Cass. civ. Sez. III Sent., 18/09/2009, n. 20106). Se ciò vale per il recesso dal contratto potrebbe valere anche per il "recesso" dalle trattative.

Riflessi sulle spese legali (e della mediazione). Due diverse vie potrebbero condurre ad una svantaggiosa regolamentazione delle spese legali nell'eventuale giudizio seguito ad una non oculata politica di gestione della procedura di mediazione da parte dei litiganti.

La prima è connessa alla disposizione contenuta nell'art. art. 13⁴ del d. lgs. 28/2010 ed è riconducibile all'ipotesi in cui a seguito di una errata analisi dei rischi o (che è la stessa cosa, solo dal lato opposto..) errata valutazione delle *chances* di successo in giudizio, si sia rifiutata in mediazione la proposta che poi si rivela esattamente corrispondente a quanto riconosciuto in sentenza. In tal caso si perdono le spese e si devono pagare anche (in tutto o in parte a seconda che si ricada nell'ipotesi del primo o del secondo comma) le spese (indennità) per lo svolgimento della procedura di mediazione.

La seconda, invece, che deriva dalla nuova formulazione dell'art. 96 c.p.c. potrebbe essere foriera di responsabilità aggravata e di conseguente condanna della parte al relativo risarcimento, in conseguenza dell'atteggiamento da essa tenuto durante la mediazione.

In particolare il terzo comma prevede: "*In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*".

4 Testualmente: "*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.*

2. *Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento di cui al periodo precedente.*"

Occorrerà, evidentemente, attendere l'applicazione giurisprudenziale di un così ampio (troppo?) potere officioso, ma sin d'ora si può ritenere che quell' "*in ogni caso*" possa essere facilmente integrato da un atteggiamento irragionevole osservato durante la procedura di mediazione.

Dunque, alla parte che, in buona o mala fede (la legge non fa differenza), per errori di calcolo, poca oggettività o sopravvalutazione delle possibilità di vittoria, venga riconosciuto in sentenza meno di quello che è stato offerto in mediazione, potrebbe accadere di dover pagare alla controparte vittoriosa:

- 1) le spese legali
- 2) l'indennità di mediazione
- 3) un risarcimento liquidato d'ufficio.

Ce n'è abbastanza per iniziare a ragionare della convenienza ad introitare un'azione legale non più (solo) in termini di mero diritto, ma in termini matematico-economici e probabilistici.