

QUADERNI DI MEDIAZIONE



A.D.R. Conciliamo

QUADERNI DI MEDIAZIONE

BOOK
SPRINT
EDIZIONI

www.booksprintedizioni.it

Copyright © 2012



Claudia Landi, Mauro Ferlito, Ilaria Ferlito, Giulia Capri, Amedeo Fantaccione, Gino Marcocchia

Tutti i diritti riservati

MEDIAZIONE E TUTELA DEI DIRITTI

La mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 come strumento complesso di tutela dei diritti

di Claudia Landi (Avvocato e Mediatore professionista)

L'Autrice analizza la dibattuta disciplina della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010 n.28 (pubblicato sulla G.U. 5 marzo 2010, n.53), muovendo dalle ragioni sottese all'introduzione dell'istituto e soffermandosi sui relativi profili di criticità. Pur nella consapevolezza delle ostilità suscitate dal principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, l'Autrice ne esamina gli aspetti positivi, dimostrandone la natura non di limite, ma di mezzo di accesso all'azione giudiziaria. Prosegue e conclude con l'analisi dei rapporti tra l'istituto in esame ed il processo. In definitiva, ciò che viene in rilievo è un sistema complesso di tutela dei diritti, in cui la ricerca della composizione consensuale degli interessi costituisce altresì un servizio di pacificazione sociale, consentendo la prosecuzione dei rapporti civili ed economici tra le parti.

1. Introduzione.

Scoraggia la lite. Favorisci l'accordo ogni volta che puoi. Mostra come l'apparente vincitore sia spesso un reale sconfitto ... in onorari, spese e perdite di tempo" (Abraham Lincoln).

L'incoraggiamento di Lincoln, avvocato prima ancora che Presidente degli Stati Uniti, a ricercare un accordo amichevole quale forma di risoluzione dei conflitti trova oggi pieno accoglimento nel nostro sistema con l'introduzione dell'istituto della mediazione.

Con il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, attuativo della delega contemplata all'art. 60 della l. 18 giugno 2009 n. 69, la quale rinviava a sua volta alla

normativa comunitaria¹, il legislatore disciplina in maniera organica la mediazione nelle controversie civili e commerciali, aventi ad oggetto diritti disponibili.

La primaria esigenza del legislatore nell'articolare il decreto in commento è stata quella di definire la mediazione come *“l'attività”, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”; ed altresì la conciliazione quale *“composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*.

¹ Direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, approvata a seguito del Libro Verde ed emanata con l'obiettivo “di facilitare l'accesso alla risoluzione delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”. Si applica nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale. La direttiva intende per mediazione un procedimento strutturato, indipendentemente dal *nomen juris*, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'ausilio di un mediatore. Tal procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Per mediatore si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione. La mediazione occupa un posto centrale tra gli “ADR”, espressione impiegata nell'ambito internazionale per indicare un sistema di gestione delle controversie che si avvale di metodi informali ed extraprocessuali, che vanno da sistemi autonomi, come l'arbitrato, in cui un terzo scelto dalle parti esprime una decisione vincolante sulla base di norme giuridiche, a sistemi autonomi, come la conciliazione e la mediazione, ove sono le parti, assistite da un terzo imparziale a trovare la soluzione al conflitto. I metodi ADR sono contraddistinti da una logica cooperativa, volta a trovare una soluzione soddisfacente per entrambe le parti, fondata sulla comunicazione e sul confronto contrapponendosi così ai sistemi processuali che si sviluppano su una logica binaria, fondata sulla dicotomia torto-ragione, vittoria-sconfitta.

Di là dal rapporto tra il mezzo (mediazione) e il fine (conciliazione), la fattispecie è quella di “un conflitto ove le parti non riescano da sole a negoziare, quindi un terzo adeguatamente predisposto e preparato, può stimolare la comunicazione, sondare gli interessi di ciascuna parte, generare possibili opzioni e portare le parti a raggiungere la loro soluzione negoziata, anche attraverso specifiche proposte”².

Nell'ottica di diffondere e sviluppare lo strumento conciliativo, si prevede l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di conciliazione in determinate materie (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica nonché da diffamazione col mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari, finanziari), lasciando libere le parti di adire la giustizia ordinaria, ove l'accordo non sia raggiunto, nel rispetto dell'art. 24 della Costituzione, e salve le conseguenze processuali in punto di condanna alle spese per la mancata accettazione della proposta formulata dal conciliatore secondo il disposto dell'art. 13.

Sul punto occorre rilevare come la diffusione delle tecniche di ADR nasca proprio con l'esigenza di garantire l'effettività del diritto di accesso alla giustizia, diritto minato dal sovraccarico dell'apparato giudiziario: il continuo moltiplicarsi delle controversie sottoposte agli organi giurisdizionali, la lentezza e i costi onerosi dei procedimenti ostacolano, di fatto, l'accesso alla giustizia per tutti, pur essendo quest'ultimo diritto fondamentale, consacrato dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale ed elevato dalla Corte di giustizia al rango di principio generale del diritto comunitario.

Si è osservato che la mediazione, nel porsi l'obiettivo di semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia, non svolge *sic et simpliciter* una funzione

² P. S. NICOSIA - M. V. SUSANNA - G. CECACCI, *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*, Edizioni FAG Milano, 2011, 20.

deflattiva, ma anche complementare al processo, sollecitando le parti all'instaurazione di un dialogo volto ad una soluzione conveniente per entrambe ed aumentando le possibilità di mantenere i rapporti (commerciali e non) una volta risolta la lite. Viene così in rilievo un sistema complesso di giustizia civile, in cui la ricerca della composizione consensuale degli interessi svolge un ruolo complementare rispetto al processo, costituendo altresì un servizio di pacificazione sociale³.

Da qui va abbracciata l'idea della conoscenza e diffusione della cultura mediativa, abbandonando di converso il timore che essa possa violare il diritto all'azione giudiziaria o, nella prospettiva degli operatori del diritto, mortificare il sillogismo giuridico ed il sapere del giurista.

2. Esame del decreto legislativo n. 28/2010: definizione della mediazione ed ambito di operatività.

Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 dedica la parte introduttiva alla definizione della mediazione (capo I, disposizioni generali, artt. 1, 2), poche norme al procedimento (capo II, artt. 3, 4 commi 1 e 2, 6, 8) , per soffermarsi più ampiamente sui rapporti col processo.

La scelta non è casuale, ma dimostra l'intenzione del legislatore delegato di valorizzare l'istituto nei fini piuttosto che nei mezzi, delineandone i principi generali e demandando all'autonomia degli organismi di conciliazione la normativa di dettaglio.

Così, nell'art. 1, la definizione della mediazione come *“attività comunque denominata svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti*

³ Viene in risalto il ruolo dell'ADR come strumento al servizio della pace sociale, in quanto le parti non si affrontano più, ma al contrario si impegnano in un processo di riavvicinamento e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso. IBIDEM, *op. cit.*, 2011, 55.

sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa” è evidentemente tesa a destrutturare l’attività svolta dal mediatore, essendo irrilevanti i mezzi utilizzati per assistere le parti nella ricerca della composizione della lite, al fine di esaltare il ruolo attivo delle parti nella mediazione, essendo esse stesse a trovare la soluzione del proprio conflitto. Ed, infatti, il mediatore, terzo ed imparziale, *“non ha potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*, come accade in sede giudiziale o nell’arbitrato rituale, rispettandosi così l’obiettivo del procedimento della mediazione che *“non attribuisce né torti né ragioni, dando alle parti una soddisfazione reciproca, non avendosi con essa mai vinti, né vincitori”*⁴.

In osservanza alla legge delega e alla direttiva comunitaria, si prevede che nella mediazione rientrino tutte le controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti di cui le parti possono disporre, consentendosi peraltro il ricorso a forme alternative di accordi volontari stragiudiziali (non si precludono negoziazioni volontarie e paritetiche, né le procedure di reclamo previste dalle Carte dei servizi)⁵, nonché, per le controversie relative

⁴ IBIDEM, *op. cit.*, 2011,131.

⁵ Si rileva che la prima bozza del decreto non prevedeva il secondo comma dell’art. 2 , aggiunto in sede di approvazione al fine di dare rilievo all’importante realtà delle negoziazioni paritetiche, per le quali si intende ogni negoziazione stragiudiziale basata su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ex art. 137 del codice del consumo e le imprese, o loro associazioni. Tra l’altro, la citata norma si pone in combinato disposto con l’art. 7, comma 2, lettera c), del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 che consente agli organismi di conciliazione di prevedere nei regolamenti la possibilità di concludere accordi con altri organismi per realizzare una più ampia operatività sul territorio nazionale: tali accordi potranno riguardare anche l’utilizzazione dei risultati delle negoziazioni paritetiche. Si offre, dunque, la possibilità di una interazione tra gli organismi, valorizzando altresì l’esperienza delle negoziazioni paritetiche già apprezzate in materia consumeristica. Il d.lgs. n. 28/2010 non è preclusivo, inoltre, dell’accesso alle procedure di reclamo previste dalla Carte dei servizi, facoltizzando così le parti ad adire vie conciliative alternative.

ai contratti bancari, assicurativi e finanziari, il ricorso alle discipline specifiche già operanti in *sedes materiae*⁶.

Con riferimento alle controversie societarie,⁷ il decreto prevede la facoltà di inserire nello statuto o nell'atto costitutivo una clausola di mediazione o conciliazione, attribuendosi così al potere pattizio l'effetto di vincolare le parti all'esperimento di un tentativo di conciliazione. L'equiparazione al tentativo obbligatorio di conciliazione *ex lege* non è, tuttavia, perfetta, considerato che nella conciliazione obbligatoria di origine convenzionale gli effetti processuali derivanti dalla mancanza dell'esperimento del tentativo sono rimessi ad un'eccezione di parte, proponibile tra l'altro solo nella prima difesa⁸.

3. Procedimento di mediazione: competenza, avvio, informativa obbligatoria.

Per tutte le controversie rientranti nell'ambito di operatività del decreto, il legislatore indirizza ad un procedimento informale e semplificato⁹, concen-

⁶ Il riferimento è al d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 ed altresì a quello istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* del t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia.

⁷ Come è noto, con l'emanazione della l. 18 giugno 2009, n. 69 e del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, è stata abrogata per le controversie societarie la disciplina contenuta nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 concernente il rito societario e le norme in tema di conciliazione.

⁸ Art. 5 c. 2 “Se lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice o l'arbitro su eccezione di parte proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici gironi per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6”.

⁹ Il d.lgs. n. 28/2010 disciplina all'art. 8 il procedimento di mediazione in maniera del tutto informale, strutturandolo su tempi brevissimi: il responsabile dell'organismo, ricevuta l'istanza di mediazione, provvede a comunicare all'altra parte la richiesta di mediazione; nomina un mediatore, che potrà anche essere indicato di comune accordo tra le

trato su un *minimum* di garanzie richieste dagli organismi nella trattazione delle controversie.

Segnatamente, si prevede all'art. 16 c. 3 che ogni organismo di mediazione sia tenuto al deposito del proprio regolamento di procedura che viene valutato per il vaglio della domanda di iscrizione dal Ministero della giustizia. Con il d.m. n. 180 del 4 novembre 2010 si introducono delle regole dirette a omogeneizzare il procedimento, ferme restando le garanzie relative al rispetto del dovere di riservatezza¹⁰ (art. 9), al dovere di imparzialità del mediatore rispetto al singolo affare trattato, subordinando l'inizio del procedimento alla relativa sottoscrizione di imparzialità (art.14), all'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

In ordine alle modalità concrete di avvio del procedimento, il decreto stabilisce all'art. 4 che la domanda sia presentata mediante deposito di una istanza contenente alcuni elementi minimi ad un organismo abilitato, senza

parti ovvero nomina più mediatori, ove la controversia richiede specifiche competenze; ed, infine, fissa il primo incontro non oltre quindici giorni. Il mediatore si adopererà, quindi, affinché le parti raggiungano in modo amichevole un accordo di definizione del conflitto che le divide.

¹⁰ La riservatezza è prescritta per tutti coloro che svolgono la loro attività professionale o lavorativa presso l'organismo rispetto alle dichiarazioni e informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione, sia nei confronti delle parti in controversia che nei confronti dei terzi. Al secondo comma dell'art. 9 è previsto un obbligo ulteriore a carico del mediatore sulle dichiarazioni rese dalle parti nel corso delle sessioni separate, salvo il consenso della parte dichiarante o della parte che ha fornito le informazioni. *Eadem ratio* di tutela delle dichiarazioni e delle informazioni rese dai soggetti coinvolti nella controversia ha l'art. 10 del decreto a mente del quale le dichiarazioni o informazioni acquisite nel corso della mediazione non possono essere utilizzate in alcun modo in sede di giudizio ordinario ovvero arbitrale. Si tratta peraltro di un'inutilizzabilità soggetta a deroga da parte del soggetto che le ha fornite. Si garantisce così la parte sul fatto che le proprie dichiarazioni non possano essere esposte a utilizzi vincolanti, così da facilitare il clima collaborativo tipico della mediazione senza timore di conseguenze negative per il dichiarante.

individuare criteri di competenza e confermando così la *ratio* ispiratrice di semplificazione di accesso al procedimento. Va osservato in proposito che la mancata previsione dei criteri di competenza suscita in una parte della dottrina seri dubbi sulla possibile strumentalizzazione della obbligatorietà della mediazione, che potrebbe essere facilmente elusa con il deposito di una istanza presso un organismo lontano dal luogo di residenza delle parti o, in genere, gradito all'istante. In diversa prospettiva si osserva che la diffusione degli organismi su tutto il territorio non avrebbe comunque marginalizzato il rischio di strumentalizzazione o di precostituzione del mediatore e che l'intento legislativo è proprio di non far rivivere alla mediazione gli abusi tipici del processo civile in ordine a eccezioni di incompetenza pretestuose, dilatorie ed elusive¹¹.

In concreto si renderà opportuno coinvolgere l'organismo più idoneo in relazione ai passaggi successivi alla mediazione, considerato che il verbale conclusivo per diventare titolo esecutivo abbisogna dell'omologa del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione.

Il decreto in esame prevede altresì l'obbligo dell'avvocato di informare l'assistito della possibilità di avvalersi della mediazione e dei relativi benefici fiscali: l'informativa deve essere "fornita chiaramente" ed allegata all'atto introduttivo del giudizio, a pena di annullabilità del contratto di patrocinio (senza riflessi sulla procura alle liti)¹². In caso di inottemperanza dell'onere

¹¹ Cfr. in tal senso G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le società*, 5/2010, secondo cui sulla scelta di mancata previsione di criteri di competenza hanno influito due fattori: "la difficoltà di prevedere strumenti di risoluzione di conflitti sulla competenza che inevitabilmente sarebbero nati e la convinzione che la mediazione anche obbligatoria potrà avere successo solo se basata su un reale spirito collaborativo e sulla professionalità dei centri di mediazione".

¹² Cass. civ. Sez. II, 16/06/2006, n. 13963 In tema di attività professionale svolta da avvocati, mentre la procura "*ad litem*" costituisce un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il mandato sostan-