

Mediazione

Come renderla efficace e appetibile agli utenti e ai professionisti

di Andrea Bozzi

1. Cenni sulla conciliazione

Nel panorama dei metodi di risoluzione delle controversie, la mediazione¹ in Italia non ha sino ad oggi ricoperto un ruolo di primo piano nella gestione dei conflitti.

Tuttavia, di recente, nel nostro Paese il legislatore ha tentato di farla rinascere a nuova vita grazie a un notevole *favor* accordato anche dall'UE stessa.

Il primo esempio, in Italia, è infatti costituito dalla legge 29 dicembre 1993, n. 580, sul riordino delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA). L'art. 2 comma 4° prevede che «le CCIAA (...) possono, tra l'altro: a) promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti (...)». Questa norma costituisce il punto di partenza della promozione delle ADR in Italia. Quella che è attualmente esercitata dagli appositi sportelli di conciliazione delle CCIAA viene da allora definita: “conciliazione amministrata”.

Le procedure di tipo mediativo, in genere, hanno la finalità di far raggiungere un accordo alle parti, stimolate in questo dalle capacità del conciliatore. A parere di una dottrina consolidata, con la quale non si può non trovarsi in accordo, ogni conciliazione costituisce un caso particolare. Si tratta, in sostanza, di organizzare un incontro, assolutamente riservato, cui le due parti partecipano volontariamente per cercare di trovare un accordo. A tale incontro presenzia una terza persona neutrale e istruita, imparziale e indipendente (il conciliatore), il cui compito è quello di favorire la comunicazione tra le parti e indurre le stesse a confrontarsi per facilitare il raggiungimento di una intesa. La neutralità del soggetto terzo ricopre un ruolo diverso rispetto a quella dell'arbitro:² infatti, il mediatore, se non in casi particolari, non ha poteri decisori sulla controversia.

Un altro esempio, storicamente contestualizzabile alla fine degli anni Novanta, è costituito dalla legge sulla subfornitura,³ che ha previsto l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione prima di intentare una causa relativa alle forniture di beni tra contraenti di diverse dimensioni.

1 Dal nostro legislatore appellata *conciliazione*.

2 L'arbitrato è previsto dagli artt. 806 e ss. c.p.c.

3 Tale legge, la n. 192/1998, agli artt. 9 e ss. prevede che le controversie relative ai contratti di subfornitura debbano essere devolute in via preventiva allo sportello di conciliazione della CCIAA ove ha sede il subfornitore.

Andrea Bozzi è patrocinatore legale presso uno studio di Siena e cultore della materia nella facoltà di Giurisprudenza della medesima città.

Altro esempio di non poco conto nel nostro ordinamento di conciliazione obbligatoria, è quello costituito dall'art. 412 bis c.p.c.

In esso si prevede che le controversie individuali in materia lavoristica (licenziamenti e impugnazioni) debbano essere trattate attraverso un tentativo di conciliazione, secondo procedure stabilite dai contratti e dinnanzi a un collegio di conciliazione istituito presso la Direzione Provinciale del Lavoro (DPL).

Il collegio è composto dal direttore della DPL, da un rappresentante dell'Amministrazione e da un rappresentante del lavoratore. Tuttavia, nella prassi comune, soltanto il 3% delle conciliazioni dinanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro ha esito positivo.⁴ Questo proprio perché la stessa è obbligatoria.

La procedura conciliativa è, da sempre, stata ritenuta in dottrina come l'espressione della **volontarietà delle parti** e ha la caratteristica di essere **auto-compositiva**.⁵

Con la riforma del 2009 del codice di procedura civile è stata introdotta la legge n. 69/2009. In tal modo, il legislatore ha voluto dare un impulso fortissimo all'uso della conciliazione.

Solo il tempo dirà se tale impianto normativo sarà in grado di fornire un *boost* all'uso dei metodi ADR.

2. La conciliazione obbligatoria prevista dalla riforma del codice di procedura civile e dal decreto di attuazione d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28

A seguito dell'emanazione della legge 18 giugno 2009 n. 69, la mediazione (o conciliazione)⁶ diverrà obbligatoria, seppure nelle forme previste dai decreti legislativi di attuazione, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Il mancato esperimento della mediazione determinerà l'improcedibilità della domanda giudiziaria, come avviene nei sopra menzionati tentativi di conciliazione obbligatorio in materia lavoristica e di subfornitura.

L'art. 60 della summenzionata legge di riforma del codice di procedura civile, infatti, prevede l'applicazione della mediazione obbligatoria, a seguito dell'introduzione del decreto di attuazione d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, a partire dal 5 marzo 2011 alle seguenti tipologie di conflitto, come da art. 5 dello stesso decreto che si riporta:

«(...) Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (...)».

Tuttavia, già dal 20 marzo 2010, il legale ha l'obbligo di informare il proprio cliente sulla possibilità di adire la procedura conciliativa, pena una sanzione deontologica.

4 Si veda il sito <http://giustiziaincifre.istat.it/>.

5 A. Uzqueda, "Come conciliare", in S. Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, Torino 2003, p. 92.

6 Legge di riforma del codice di procedura civile.

In quest'ottica è necessario innanzitutto segnalare che l'art. 4 (3° comma) del decreto prevede che l'avvocato informi l'assistito delle possibilità di conciliare la lite, sanzionando l'omissione con l'annullabilità del contratto d'opera concluso.

La procedura sopra enunciata deve svolgersi presso le Camere di Commercio o gli organismi abilitati, dalle persone iscritte in un apposito albo tenuto presso le CCIAA. Purtroppo, ad oggi, tali procedure non possono essere esercitate da privati qualificati come gli avvocati.

Come ben si nota dall'analisi dell'art. 5 (1° comma) del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, la conciliazione obbligatoria è stata estesa ai più disparati ambiti di applicazione e, soprattutto, dopo un'occhiata all'impianto generale del decreto, si notano delle mancanze che, probabilmente, sono dovute esclusivamente a superficialità nella redazione del testo, ma che ne inficiano fortemente la personalità.

Un ultimo cenno merita la durata della procedura mediativa, che è prevista in quattro mesi dal deposito della domanda di mediazione presso l'organismo accreditato. Dopo aver esperito tale tentativo, interrompendo, al pari della domanda giudiziale, i tempi della prescrizione, la parte istante potrà adire il Giudice competente per materia e per territorio.

3. La disciplina attuale ha un potenziale immenso che rimane nascosto per delle inesattezze e delle superficialità nella redazione del decreto

Appare incontrovertibile che la *ratio* del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 costituisce un forte tentativo di innovazione del sistema giustiziale del nostro Paese.

È indubbio che la mediazione abbia un notevole potenziale in Italia e che questo decreto tenti di modernizzare un sistema annichilito.

Tuttavia, l'impianto della norma riporta alcune pecche che la rendono, nel suo testo originario, assolutamente inapplicabile a certe fattispecie concrete.

Innanzitutto, il decreto non prevede alcuna competenza territoriale degli organi accreditati: paradossalmente, una parte residente a Milano potrebbe convocare la controparte a Palermo senza incorrere in alcuna eccezione di incompetenza, in quanto il tutto è previsto dalla legge.

Secondo l'art. 8 del decreto, dalla mancata comparizione delle parti,

...senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

In assenza di determinazioni sulla competenza territoriale degli organismi di conciliazione, una sanzione del genere appare quantomeno sproporzionata alla mancata presenza della parte.

Pertanto, risulta auspicabile che sia delineata, al pari della geografia giudiziaria, anche la *geografia conciliativa*. Sarebbe opportuno che fosse devoluta agli organismi conciliativi accreditati una sorta di competenza per territorio, in modo tale da evitare abusi della norma di cui all'art. 8 (2° comma) del decreto.

Inoltre, appare opportuno in questa sede esprimere delle perplessità sulla reale natura della conciliazione obbligatoria.

La mediazione è un metodo di risoluzione delle controversie che basa la propria forza sulla volontarietà della procedura e sulla auto-compositività. Il risultato della procedura di mediazione è un verbale avente natura contrattuale.

Se la sua caratteristica principale è, appunto, l'essere volontaria ed auto-compositiva, appare piuttosto stridente l'aggettivo "obbligatoria" abbinato ad un metodo ADR così importante come la conciliazione.

Si rischia, rendendo obbligatorio tale metodo, di trovarsi di fronte ad un suo scarso successo, al pari della conciliazione in materia lavoristica, di cui solo il 3% ha esito positivo.

Il fallimento della mediazione preventiva si traduce, purtroppo, in un allungamento dei tempi della giustizia. In tal modo, le finalità deflative perseguite da questo procedimento non verranno a realizzarsi con l'impianto normativo attuale.

4. *Le possibili soluzioni: interventi di "tuning" mirato sul d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*

Per risolvere le problematiche sopra esposte, si rende necessario compiere alcuni interventi di affinamento del decreto in oggetto, che, lo ripetiamo, è dotato di un enorme potenziale, ma che allo stato attuale non appare in grado di ottemperare alle finalità di snellezza giustiziale che si propone.

È opportuno che si agisca, in primis, sulla competenza territoriale. Occorre prevedere che la procedura di mediazione antecedente al giudizio si svolga presso un organismo che insista sul territorio del Tribunale competente.

Inoltre, per ottenere una maggiore percentuale di riuscita della procedura è opportuno che la stessa sia mantenuta come *volontaria* e che non sia più obbligatoria, pur mantenendo gli obblighi di informativa, necessari a colmare il *vuoto culturale*⁷ presente nella maggior parte dei professionisti.

Tutto questo deve essere unito ad una formazione continua degli avvocati, che dovrebbero essere in grado essi stessi di fungere *da organismi accreditati alla funzione giustiziale*. Il professionista legale, infatti, è la persona di fiducia a cui si rivolge il cliente e dovrebbe, a nostro parere, essere in grado di svolgere esso stesso la procedura conciliativa e mediativa.

Proprio i privati e i liberi professionisti appaiono le persone maggiormente qualificate all'esercizio di tali metodi, che costituiscono una vera possibilità di fornire un servizio in più alle persone, rendendo più facile adire un conciliatore competente per territorio.

Infine, una nota positiva: grazie a questo decreto, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: questo presuppone che, previa omologazione del Tribunale, sia esperibile ogni azione esecutiva sulla base del verbale di conciliazione⁸. Il verbale di conciliazione diviene, a tutti gli effetti, titolo esecutivo.

Pertanto, appare auspicabile che, entro la data del 5 marzo 2011 siano effettuati degli interventi di modifica del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, per renderlo realmente appetibile ai professionisti e ai fruitori dei servizi mediativi.

7 Così A. Bozzi, "Riformare la giustizia con l'arbitrato e la mediazione", *IBL Briefing Paper* n. 74, 15 agosto 2009, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_74_ADR.pdf.

8 Detto impianto ricalca quello relativo alla conciliazione societaria di cui al d.lgs. n. 5/2003, così come statuito dagli artt. 38 e ss.

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.