



Via Castagnole, 20/M - Int. 46 - Centro Edison - 31100 Treviso
T. + 39 0422 264 026 F. +39 0422 162 10 25 W. www.adrquadra.it E. info@adrquadra.it

QUADRA, divisione ADR di Tiaki s.r.l.

Ente iscritto al n. 231 nel registro degli organismi di mediazione del Ministero della Giustizia
Ente accreditato alla formazione dei mediatori ex decreto lgs. 28/10, n. 160 dell'elenco del Ministero della Giustizia.

La nuova mediazione ex decreto 28/10 di Carlo Mosca - 26/12/2010

Nel 2008 è stata adottata in sede comunitaria la Direttiva 2008/52/CE del 21-5-08 "relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale" (in GUCE L 136 del 24/05/2008) tesa ad unificare le norme degli Stati membri in materia di mediazione, quanto meno transfrontaliera.

La mediazione è stata identificata come quel procedimento "in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore" (considerandum 10), compresi i casi in cui "in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione" (considerandum 12).

La portata della direttiva è espressamente generale. Il suo oggetto è la mediazione – cui gli Stati membri sono invitati a promuovere il ricorso entro il maggio 2011 (art. 1) – indicata come "procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore.

Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro" (art. 3, a), per mediatore s'intende poi "qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione" (art. 3, b).

La Direttiva ha posto alcuni criteri generali per lo sviluppo e l'affermazione della mediazione come strumento alternativo per la risoluzione delle controversie, in particolare: esecutività dell'accordo transattivo finale (art. 6), riservatezza e privilegio di esenzione dall'obbligo di testimoniare per mediatore e parti (art. 7), sospensione/interruzione dei termini di prescrizione (art. 8).

L'Italia ha recepito la Direttiva 2008/52 con la legge 18 giugno 2009, n. 69 "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" in G.U. n. 140 del 19 giugno 2009 - Suppl. ord. n. 95 - dando delega al governo di "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" secondo i seguenti criteri:

- 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.

Il Governo infine, ha implementato la legge delega con 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". Detto decreto – entrato in vigore il 20-3-10 salva la norma che prevede la pregiudizialità, che avrà effetto dal 20-3-11, della mediazione con riguardo ad un certo novero di cause civili e commerciali - si conforma ai criteri di delega, riprendendo molte definizioni tratte dalla direttiva CE (in primis il *nomen* del procedimento, e cioè "mediazione" che sostituisce quello sinora generalmente usato "conciliazione", conservato – art. 11 – per designare l'eventuale accordo di transazione), collocandosi comunque sulla scia dei più recenti interventi in materia (in particolare la conciliazione "societaria" prevista dagli oggi abrogati articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e dei decreti ministeriali di completamento, in particolare i decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e n. 223 in tema di organismi di conciliazione e tariffe).

Il decreto ministeriale n. 180 del 10-10-10 ha completato il quadro normativo disciplinando in dettaglio i requisiti per l'iscrizione al registro degli organismi di mediazione e per l'esercizio di attività di mediatore. Esso fissa inoltre le tariffe relative alla mediazione obbligatoria (vincolanti per gli organismi pubblici anche per le altre mediazioni) e fissa alcuni criteri cui i regolamenti degli organismi debbono conformarsi. Infine, detta i criteri per la formazione dei mediatori (50 ore minime) e i requisiti per gli enti di formazione. L'Italia si è quindi dotata oggi, sulla spinta dell'azione comunitaria, di una normativa generale, sinora assente, in tema di mediazione.

Un giudizio sul risultato? Ad avviso di chi scrive, l'adozione del d.lgs. 28/10 potrà costituire una forte spinta alla diffusione della mediazione e della cultura dell'ADR in generale. Basti pensare all'obbligo per gli avvocati – art. 4.3 - di informare adeguatamente i loro clienti delle possibilità offerte dalla mediazione come alternativa al consueto iter giudiziario ed al fatto che un discreto numero di cause civili/commerciali possono proseguire solo previo esperimento di un tentativo di mediazione (art. 5). Non si può peraltro non osservare che il legislatore italiano si sia spinto un oltre rispetto ai parametri minimali previsti dalla direttiva, ed abbia introdotto una serie di previsioni e vincoli non necessari. La mediazione disciplinata dal d.lgs. 28/10 è infatti caratterizzata da una serie

decisamente affollata di norme vincolanti, che deviano la struttura-base del procedimento verso un modello autoritario che tiene poco conto della volontà delle parti, piegata ad interessi diversi da quelli normalmente dalle stesse perseguiti (godere di un supporto efficiente per il loro negoziato).

Ad esempio, la mediazione ex d.lgs. 28/10 può essere attivata solo con domanda ad uno dei centri ADR abilitati dal Ministero (gli "organismi"), e non può quindi darsi l'ipotesi – assolutamente frequente nei paesi in cui la mediazione è diffusa – di incarico diretto ad un mediatore di comune fiducia. Il d.lgs. 28/10 prevede addirittura il divieto che il mediatore tratti il compenso direttamente con le parti (art. 14.1). Il mediatore non viene poi scelto dalle parti ma assegnato loro d'autorità (art. 8.1), come pure d'autorità è fissato il giorno dell'incontro e la sede (art. 8.1 e 8.2), laddove normalmente ciò è oggetto di accordo fra le parti, il mediatore e l'eventuale centro. I costi del procedimento sono poi fissati d'autorità e debbono collocarsi nella forbice stabilita con decreto ministeriale (laddove è normale che i costi del mediatore vengano concordati fra lo stesso, le parti ed il centro). Il compenso al mediatore si prevede poi venga aumentato in caso di "successo della mediazione" (art. 17.4, c) con ciò intendendosi la formalizzazione di un accordo conciliativo, il che è un approccio un po' *naïf*, cui si è fatto ricorso agli albori del fenomeno, soprattutto negli Stati Uniti, per poi accorgersi che prima di tutto il "successo" della mediazione non significa affatto il raggiungimento di un accordo fra le parti (bensì il fatto di averle messe in condizione di trattare al meglio), ed in secondo luogo che così facendo il mediatore ha un interesse proprio al raggiungimento di un accordo, qualunque esso sia.

In realtà, il d.lgs. 28/10 disciplina evidentemente non la mediazione in genere (il fenomeno in base al quale due o parti in conflitto si rivolgono ad un terzo che le aiuti a trovare una soluzione concordata), bensì una particolare specie di mediazione, da ricondursi sostanzialmente alla categoria identificata a suo tempo da Christopher Moore come *authoritative mediation* (noi potremmo etichettarla come "amministrativa" anche se il termine non rende tutte le sfumature – v. Ch. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Disputes*, San Francisco: Jossey-Bass Publ. 1996, II ed., 47),) vale a dire un procedimento in cui il mediatore si trova in una posizione sovraordinata rispetto alle parti e può influenzarle non solo utilizzando le proprie capacità tecniche ma anche grazie al ruolo formale riconosciuto dal sistema di regole che lo ha identificato come mediatore per quel determinato caso.

In tale ottica appaiono decisamente motivate le restrizioni sopra indicate, nonché altre norme sul procedimento in tema di *court-annexed mediation* (v. art. 13 in tema di condanna alle spese di causa) e la fase marcatamente *evaluative* prevista all'art. 11.1 ("In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno richiesta in qualunque momento del procedimento").

Il fatto che la mediazione ex d.lgs. 28/10 sia una mediazione essenzialmente *authoritative* porta necessariamente a due riflessioni. La prima riguarda la esaustività o meno della disciplina recentemente introdotta dal d.lgs. 28/10 in tema di mediazione. In altri termini detta normativa disciplina tutte le varie fattispecie di mediazione (ed in particolare anche la mediazione c.d. "indipendente", quella cioè che sempre nella categorizzazione di Moore è caratterizzata da una disinteressata e professionale prestazione di servizi da

parte del terzo neutrale), o solo parte di esse? La risposta non può che essere per la seconda ipotesi ed il dato formale – in assenza d'altro – può essere rinvenuto nell'art. 1.2 che esclude dal campo d'applicazione del decreto "le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali" oltre alle "procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi". Non si vede d'altronde come in Italia potrebbe essere vietato a dei soggetti in lite di rivolgersi ad un terzo perché medi professionalmente il loro conflitto. La seconda riflessione discende necessariamente dalla prima: operando nel modo che si è sopra descritto non è che la legge delega 69/09 ed il d.lgs. 28/10 non hanno implementato i dettami della direttiva 2008/52/CE? La risposta è che purtroppo pare proprio che ciò sia avvenuto, sottraendo in particolare il procedimento di mediazione indipendente (certamente ricadente nell'ambito di applicazione della direttiva ex art. 3.a della stessa) alle previsioni in tema di esecutività dell'accordo finale (art. 6) e riservatezza (art. 7).

Carlo Mosca Avvocato, mediatore commerciale, trainer in ADR