

Più semplice e meno “giudiziaria” la risoluzione dei conflitti

MEDIAZIONE, LA NUOVA NORMATIVA E LA RESPONSABILIZZAZIONE DELLE PARTI

di LORIANA ZANUTTIGH – Università degli Studi di Brescia – Facoltà di Giurisprudenza

La **mediazione o media conciliazione**, sintesi espressiva del procedimento e del suo possibile risultato, è “l’attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole sia per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta di risoluzione della stessa” mentre di per sé la **conciliazione** ne è il risultato vale a dire “la composizione della controversia a seguito dello svolgimento della mediazione” ed appartiene a pieno titolo al contesto delle ADR (acronimo di *alternative dispute resolution*). Convenzionalmente la nascita ufficiale dei “metodi alternativi di risoluzione dei conflitti” viene fatta coincidere con la **Pound conference**, la conferenza celebrativa del 75° anniversario del discorso tenuto da Pound dinanzi alla associazione degli avvocati americani su un tema, oggi di peculiare attualità, quello cioè della crescente disaffezione popolare verso l’amministrazione della giustizia a causa della irragionevole durata del processo, Pound intuì che per rimediare all’arretrato giudiziario occorreva dirottare la domanda di giustizia verso organismi estranei all’apparato giudiziario, che operassero secondo metodi flessibili ed informali.

Le ADR hanno acquistato crescente rilievo in ambito comunitario europeo con interventi che hanno promosso percorsi di mediazione e conciliazione ed individuato progressivamente gli standards minimi necessari ai procedimenti di mediazione, per soddisfare ad un modello plausibile: la **imparzialità** dell’organismo deputato, la **efficacia** del procedimento e del provvedimento conclusivo, la **trasparenza**, la **professionalità** e la totale **riservatezza** dei soggetti chiamati a fungere da mediatori/conciliatori.

Il percorso del diritto comunitario sulla via della mediazione si è compiuto con la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21.05.2008 n. 52 riservata alla mediazione in materia civile e commerciale.

Il legislatore italiano si è allineato alla prospettiva comuni-

taria con il d.lgs. 04.03.2010 n. 28, che (*in attuazione della legge delega 18.06.2009 n. 69 art. 60*) detta la disciplina organica della mediazione in materia civile e commerciale, prevedendo tre tipi di mediazione:

obbligatoria, prescritta come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, **volontaria**, quando le parti decidono spontaneamente di utilizzare il procedimento di mediazione, **delegata**, per invito del giudice alle parti in seno ad un giudizio già iniziato sulla premessa che ne ricorrano le condizioni. La prima quella obbligatoria è la più controversa non soltanto per la latitudine e per ragioni di ordine tecnico – giuridico, ma soprattutto per la esperienza dell’insuccesso di tutte le esperienze di conciliazione obbligatoria.

Il legislatore italiano ha però scelto una soluzione sconsigliata, per la verità cautamente, anche dalla direttiva comunitaria ed ha imposto l’esperimento preliminare della mediazione in una amplissima serie di materie, individuate con criteri eterogenei, basati sulla esigenza di ridurre il contenzioso o su una plausibile maggiore idoneità del percorso mediatorio rispetto a quello giudiziario. Risponde ad un giudizio di particolare idoneità la scelta della mediazione per le liti condominiali o relative a rapporti di durata o ad aree di contatto sociale, (*come le locazioni, il comodato, l’affitto d’azienda*) o le relazioni che coinvolgono soggetti appartenenti allo stesso gruppo sociale o contesto territoriale (*come le successioni, i patti di famiglia, i diritti reali*): il plus risiede nel fatto che la mediazione a differenza del processo mira a ricostituire il rapporto anche per il futuro.

Risponde invece essenzialmente ad obiettivi deflativi l’individuazione delle azioni risarcitorie per incidentisca stradale e responsabilità medica; riflettono l’uno e l’altro canone i rapporti assicurativi e bancari, che al fattore “durata del rapporto” uniscono la valorizzazione dei procedimenti di conciliazione presso la Consob e la Banca d’Italia.

La **mediazione obbligatoria** entrerà in vigore il 20 marzo 2011, salvo che per le azioni di risarcimento del danno derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti e per quelle in materia di condominio, per le quali è rinviata di un anno.

Quella **volontaria** e quella **delegata** sono già in vigore dal 20 marzo 2010.

La **mediazione italiana** rientra tra i tipi che potremmo definire “**amministrati**”, vale a dire non esercitati nelle forme della prestazione libero professionale, ma in forma istituzionale, perché rimessi ad Organismi autorizzati a fornire il servizio di mediazione in quanto iscritti in un registro tenuto e sorvegliato dal Ministero della Giustizia, che assicurano la prestazione di soggetti dotati di una specifica preparazione professionale acquisita con un percorso di formazione, iscritti all'albo dei mediatori presso di loro. Il percorso italiano della mediazione è stato infatti completato dal decreto n. 180/2010 che ha dettato una severa disciplina della istituzione e tenuta del Registro degli organismi di mediazione, dei regolamenti e dell'elenco dei formatori per la mediazione, dei soggetti cioè a cui è demandata l'attività di formazione per la qualificazione e aggiornamento periodico professionale dei mediatori.

La qualità della media-conciliazione è assicurata sotto il profilo soggettivo, dalla competenza e professionalità dei mediatori, sotto quello istituzionale, dalla selezione e dai controlli sugli Organismi di formazione ed ai quali rivolgersi per attivare un procedimento di mediazione. Gli organismi di mediazione possono essere articolazioni di Enti pubblici o privati, solo i primi soggetti a tariffe ministeriali vincolanti, con il rischio di una concorrenza inappropriata dei secondi. Sul versante degli enti pubblici godono di un particolare favore i Consigli degli ordini forensi, e degli altri ordini professionali e, per una sorta di privilegio naturale, le Camere di Commercio Industria Artigianato Agricoltura, privilegio conquistato “sul campo”: le leggi sulla conciliazione dal 1993 ad oggi hanno individuato le Camere come destinatarie d'elezione di funzioni nel campo della risoluzione e composizione conciliativa dei conflitti; nella nuova disciplina le Camere sono iscritte a semplice domanda al Registro degli Organismi di mediazione.

Il contenuto tecnico della disciplina della mediazione è complesso, soprattutto sul versante del collegamento con il processo, pure nella semplicità e flessibilità del procedimento volutamente disegnato dal legislatore solo per linee essenziali. La mediazione non va intesa come una forma di “giurisdizione di tono minore” ancillare al processo e riservata alle liti cd. “bagatellari”; è un procedimento che si pone su un piano completamente diverso, proponendo una soluzione del conflitto giocata sui tasti del contratto,

quindi sul versante della **autonomia negoziale**, invece che su quello **autoritario** della decisione con sentenza. Proprio perché espressione di autonomia privata, la mediazione può dare qualcosa inanzitutto di diverso, ma anche di più di quello che è possibile ottenere in un processo, perché consente alle parti, se lo vogliono, di individuare un punto di equilibrio dei loro interessi al di fuori e prescindendo dalla applicazione di una norma giuridica. In questo modo possono trovare spazio nell'accordo conciliativo **aspettative ed esigenze**, che restano sotto la soglia di percepibilità dei **diritti**, delle situazioni cioè cui il processo civile offre tutela. Un esempio banale, tra i molti possibili: un conflitto che sorgesse intorno all'esecuzione di un contratto di fornitura consentirebbe se portato in sede giudiziale da una parte la richiesta di pagamento del credito per fornitura e dall'altra la formulazione dell'eccezione di vizi (della fornitura) tali da paralizzare l'esigibilità del credito. Il giudice investito del conflitto non potrebbe fare altro che accogliere l'una o l'altra domanda. Se lo stesso problema fosse affrontato in un percorso di mediazione le parti potrebbero scoprire con l'aiuto del mediatore un livello diverso di composizione dei loro interessi: il fornitore potrebbe rinunciare ad esempio al proprio credito in cambio dell'accordo con il cliente, per essere inserito con diritto di esclusiva nella lista dei suoi fornitori per un determinato tipo di merci.

Potrebbe accadere solo in mediazione e non in giudizio, perché il procedimento di mediazione anche amministrato da un ente pubblico resta comunque nell'area dell'autonomia privata contrattuale, ove le parti possono esprimere, se giungono **liberamente** ad un accordo, una volontà contrattuale recepita in un documento, il verbale di conciliazione, che ha la natura di una intesa negoziale come tale idonea a veicolare qualsiasi tipo di soluzione, con il solo limite della disponibilità dei diritti coinvolti. Se percepita per la sua idoneità ad offrire un modo davvero diverso di approccio al problema della risoluzione dei conflitti, la mediazione apre effettivamente uno scenario di estremo interesse, cui potrebbe corrispondere una perdita di centralità della logica giudiziaria nella composizione del dissidio, a favore della volontarietà e della responsabilizzazione delle parti nella ricerca di una soluzione su misura per loro.

Il successo della mediazione, cui si affidano aspettative anche di lavoro di un numero crescente di professionisti, mi pare legato proprio alla valorizzazione della sua diversità dal processo, alla sua capacità esclusiva di porre le basi per una diversa regolamentazione dei rapporti, mentre, come si è efficacemente osservato i metodi di tipo aggiudicativo, tale il processo tipicamente, sono “costretti” nei binari della ragione e del torto.