

IL D.LGS. N. 28/2010

E I DIVERSI MODELLI DI MEDIAZIONE

1. Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010¹ ha introdotto nel nostro ordinamento alcune norme in materia di conciliazione delle controversie civili e commerciali, in attuazione dell'articolo 60 della legge n. 69/2009² (meglio nota come l'ultima novella in materia processuale). L'istituto non è a noi sconosciuto: già il decreto legislativo n. 5/2003, che aveva introdotto il rito societario, prevedeva agli artt. 34 ss. un procedimento stragiudiziale finalizzato a favorire la conciliazione della lite³; in ambito dell'Unione europea, la direttiva 2008/52/CE⁴ prevede che gli stati membri adottino delle procedure di mediazione volte alla conciliazione delle controversie transfrontaliere, pur consentendo (auspicando) che queste ultime possano essere utilizzate anche per controversie interne.

L'idea è nobile; la sua attuazione un po' meno. E sin qui, purtroppo, nulla di nuovo, come comprovano le recenti riforme processuali.

È ormai una tendenza consolidata dei legislatori contemporanei, infatti, quella di agevolare la conciliazione delle controversie che consegue ad una attività (mediazione) posta in essere da soggetti imparziali (mediatori) e disciplinata da norme individuate da alcuni enti pubblici o privati (organismi di mediazione). Ciò perché si ritiene, secondo noi correttamente, che la predisposizione di strumenti di risoluzione delle liti (ADR, secondo l'acronimo anglosassone) alternativi al processo ordinario⁵, alla giurisdizione statale⁶ ed alla stessa giurisdizione (ADR in senso stretto), ben possa essere ricompreso tra gli obiettivi del moderno stato di diritto, in quanto funzionali sia alla massimizzazione dell'effettività della tutela giurisdizionale, sia allo scopo ultimo della tutela dei diritti: la composizione

¹ Si vedano i commenti di BOVE M., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 343-362; DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, *ivi*, pp. 575-594; CANALE G., *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, pp. 616-630; CAPONI R., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 92. Sulla mediazione, in generale, si vedano le monografie di PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova 2007; CUOMO ULLOA F., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008; SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari 2009.

² Sulla delega, v. LUISO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257 ss.

³ Oggi le norme sono state abrogate dall'art. 23 d.lgs. n. 28/10.

⁴ GHIRGA M.F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 357 ss.

⁵ Si pensi alla predisposizione di modelli processuali «a cognizione sommaria», come il recente procedimento *ex art. 702 bis c.p.c.*

⁶ Ci si riferisce, evidentemente, all'arbitrato.

delle liti. In tal prospettiva, la mediazione-conciliazione costituisce un esempio di ADR che, attraverso l'utilizzo di alcune tecniche di contrattazione, cerca di fare emergere gli interessi confliggenti al fine di giungere ad una loro composizione; in tal modo, la controversia da giuridica si trasforma in economica⁷.

L'attuazione nell'ordinamento italiano, si diceva, è un pasticcio. Dalla previsione di una mediazione obbligatoria, all'assenza di una scelta chiara tra il modello aggiudicativo e quello facilitativo (senza contare i seri problemi tecnici che sorgono da una imperfetta formulazione delle norme)⁸, la mediazione all'italiana sconta, probabilmente, il fatto che il legislatore ha inteso tale istituto, soprattutto, come uno strumento deflattivo del contenzioso; mentre si è rilevato che la mediazione-conciliazione può svolgere una funzione deflattiva solamente quando il processo è già di per sé efficiente: fintantoché vi sono inefficienze nel processo civile, vi sarà sempre una parte che ne può trarre vantaggio e, pertanto, tenderà a non conciliare⁹.

2. L'istituto, qualora non fosse chiaro, non ci piace. Ci pare sufficiente, per giustificare un tale giudizio negativo, l'evidente antinomia che intercorre tra l'obbligatorietà del percorso di mediazione e la volontà delle parti, che costituisce l'elemento imprescindibile della conciliazione¹⁰. Sotto altro aspetto, se l'istituto vuole essere uno strumento deflattivo, non credo (pur sperando di essere smentito), a fronte dell'inefficienza della nostra giustizia civile, che l'obiettivo sia facilmente raggiungibile.

Il procedimento di mediazione-conciliazione, tuttavia, è diritto positivo e l'avvocato deve saperlo trattare. In questa prospettiva, nei limiti di uno scritto destinato al nostro notiziario, svolgerò alcune considerazioni generali che, nel silenzio del legislatore, possono risultare utili a meglio comprendere il nuovo istituto e, di conseguenza, a individuare i migliori interventi in favore della parte assistita.

3. L'art. 1, lett.a) del d.lgs. n. 28/10, ci dà la definizione di «attività di mediazione»; mentre la lett. c) dello stesso articolo, definisce la «conciliazione» come il risultato cui deve giungere la mediazione: la composizione della lite. Suddetta

⁷ Cfr. BOVE M., *op. cit.*, p. 344.

⁸ Senza entrare nel dettaglio della critica, come meriterebbe l'elenco delle materia previste dall'art. 5 in cui la mediazione è obbligatoria, su cui si richiama BATTAGLIA G., in Castagnola, Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova 2010, si segnala l'ultimo comma dell'art. 10 in cui, per garantire la riservatezza del procedimento di mediazione, il legislatore impone il divieto per la parte di deferire il giuramento decisorio sul contenuto delle dichiarazioni rese innanzi al mediatore: ma oggetto del giuramento decisorio non possono che essere fatti favorevoli alla parte che giura; mentre la parte sarebbe interessata a provare che controparte ha reso dichiarazioni sfavorevoli innanzi al mediatore. Applicando il noto canone interpretativo «intendeva, forse, riferirsi a», che si rende sempre più spesso necessario, il legislatore, qui, «intendeva, forse, riferirsi a» l'interrogatorio formale.

⁹ CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 195 ss.; CANALE G., *op.cit.*, p. 617.

¹⁰ LUISE F.P., *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in *www.judicium.it*.

semplificazione non identifica, tuttavia, i possibili diversi fenotipi in cui l'attività, e il risultato, possono realizzarsi, lasciando intendere che le regole dettate dal legislatore ben possono essere le stesse, comunque venga svolta l'attività di mediazione, e qualunque sia la composizione del conflitto. Non è così; già solo per il fatto che, se è vero che l'intervento del legislatore, tra gli altri¹¹, deve essere finalizzato alla diffusione della cultura della conciliazione, siffatta superficialità non aiuta certo a comprendere il fenomeno e a diffonderlo.

Cercherò, di seguito, di individuare questi diversi modelli di mediazione-conciliazione così da mettere un po' d'ordine.

4. Innanzitutto, la legge prevede tre tipologie di mediazione: a) una mediazione volontaria stragiudiziale extraprocessuale; b) una mediazione sollecitata stragiudiziale endoprocessuale, sulla falsariga di istituti che hanno avuto fortuna all'estero¹²; c) una mediazione obbligatoria stragiudiziale extraprocessuale. Ognuna di queste ha la sua struttura e le sue regole: quella volontaria, differirà dall'obbligatoria (e meno dalla «sollecitata»), per la maggiore predisposizione delle parti a conciliare; quella endoprocessuale avrà un oggetto già limitato dalla pendenza della lite, a differenza di quella extraprocessuale, assolutamente libera di spaziare.

Almeno qui, è noto sin dall'inizio della mediazione qual'è l'ambito di riferimento.

5. Non è così per le modalità di chiusura della mediazione. L'art. 11, 1° comma, (2° periodo)¹³ stabilisce che «Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore *può* formulare una proposta di conciliazione».

La dottrina ha individuato due modelli tipici di mediazione: uno «aggiudicativo», in cui il mediatore deve sempre formulare una proposta di conciliazione destinata a sopravvivere alla stessa mediazione; l'altro, c.d. «facilitativo» (o «conciliativo mediativo»), in cui l'attività di mediazione resta sempre riservata, e nessuna proposta di soluzione conciliativa, destinata a sopravvivere al procedimento, viene formulata.

Ora, non è difficile comprendere come nell'ipotesi «aggiudicativa» la mera formulazione di una proposta (pure senza motivazione) possa tradire le eventuali ammissioni di fatti sfavorevoli rese da una parte, a discapito della riservatezza garantita dagli artt. 9 e 10; o, ancora, che questa modalità di mediazione (anche

¹¹ Cfr. LUISO, *op.cit.*, ritiene che l'intervento del legislatore in un procedimento privato sia giustificato per: 1) per eliminare alcuni inconvenienti che potrebbero aversi ove operassero solo le norme del codice civile; 2) per attribuire all'accordo conciliativo raggiunto effetti che altrimenti esso non avrebbe; 3) per fare della mediazione un «ambiente» che favorisca la conciliazione tra le parti; 4) per diffondere la cultura della conciliazione.

¹² V. la *court referred mediation* di matrice anglosassone, di cui alla Rule 1.4(2)(e) e la *court annexed mediation* statunitense, su cui cfr. CUOMO ULLOA F., *op.cit.*, 110; in Francia, la *mediation judiciaire* prevista dagli artt. 131, comma 1° e ss. del NCPC, su cui cfr. CADET L., *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in VARANO V. (a cura di) *L'altra giustizia*, Milano 2007, p. 89 ss.

¹³ L'abitudine contemporanea del legislatore a scrivere articoli e commi lunghi, contenenti più regole, ci costringe ad inventare nuovi modi per individuare la regola cui si fa riferimento.

solo per il fatto di portare con sé delle conseguenze sulla soccombenza della lite, *ex art. 13*) presuppone almeno una prospettiva *norm educating*, limitando le possibilità di addivenire ad una conciliazione.

Con la conseguenza che non è indifferente per la parte sapere, prima dell'inizio della mediazione, se il mediatore intenderà formulare una proposta conciliativa destinata a sopravvivere al procedimento. Conoscere preventivamente le regole del gioco è, prima, una regola di civiltà; poi, un presupposto per il corretto svolgimento della partita; infine, un elemento imprescindibile perché il meccanismo predisposto dal legislatore possa produrre risultati utili.

6. Infine, è il caso che le parti chiariscano quale attività dovrà essere richiesta al mediatore ed in quale contesto dovrà trarre origine l'eventuale proposta conciliativa. Sul punto la dottrina ha individuato che l'attività del mediatore si può porre in una prospettiva: a) *norm generating*, in cui l'esito del procedimento prescinde dal contesto normativo in quanto finalizzata esclusivamente a far emergere gli interessi sottostanti (tipica della mediazione «facilitativa»); b) *norm educating*, in cui la trattativa è condotta all'interno di una cornice normativa predeterminata e l'accordo deve essere lì ricercato (*mutatis mutandis*, la predetta prospettiva appare analoga a quella del giudizio di «equità»); c) *norm advocating*, in cui l'attività del mediatore tende a ricercare un accordo che produca dei risultati pratici il più possibile corrispondenti a quelli che si produrrebbero nell'ipotesi in cui si applicasse la norma al caso concreto.

Anche qui, appare evidente la necessità di un accordo preventivo sul tipo di attività richiesta al mediatore.

7. Questa rapida carrellata appare sufficiente per farci comprendere che la mediazione/conciliazione è un fenomeno complesso e sfaccettato che si manifesta nella prassi secondo diverse modalità.

Sarebbe opportuno, pertanto, che l'organismo di conciliazione, nel predisporre il regolamento di procedura previsto dall'art. 3, prevedesse la necessità per il mediatore di dichiarare, all'inizio del procedimento, se è sua intenzione formulare una proposta conciliativa o meno; oppure se intende approcciare alla mediazione in una prospettiva «facilitativa» o «aggiudicativa».

In ogni caso, sarebbe auspicabile che alle parti venga data la possibilità, anche con l'aiuto del mediatore (o del giudice nelle ipotesi di mediazione endo-processuale), di decidere quale tipo di mediazione utilizzare; o, quantomeno che la scelta venga effettuata prima dell'inizio della mediazione, così da meglio sfruttare le potenzialità dello strumento di risoluzione alternativa delle controversie. Sulla stessa linea, nell'ipotesi di «mediazione concordata», *ex art. 5*, comma 5°, d.lgs. 28/2010, è opportuno che la «clausola di mediazione» indichi inequivocabilmente il tipo di mediazione voluto dalle parti.

In tal modo, pur non avendo a disposizione il migliore dei procedimenti di mediazione/conciliazione possibili, l'italico istituto potrebbe produrre una sua utilità.

MASSIMILIANO BINA