

LA MEDIAZIONE CIVILE IN ITALIA

1. La conciliazione prima del dlgs 28/2010

La mediazione è uno strumento giuridico nel quale un terzo indipendente, il mediatore, esperto nella gestione costruttiva dei conflitti, aiuta le parti in lite a raggiungere un accordo di natura stragiudiziale.

Il percorso ha una matrice anglosassone, ma nel nostro Paese ha, via via, assunto caratteristiche peculiari.

Il ricorso al supporto di un terzo nella ricerca di soluzioni stragiudiziali è già presente da molto tempo nel panorama normativo italiano, ma sono stati interventi isolati e legati a contesti specifici.

Il codice di procedura civile, ad esempio, fino a pochissimo tempo fa, prevedeva nelle controversie del lavoro così come in sede di separazione dei coniugi, un tentativo di conciliazione obbligatorio, mentre è facoltà del giudice concedere il potere di esperirlo al consulente tecnico (vedi perizia); anche il giudice di pace può essere adito come vero e proprio conciliatore.

Sono poi numerose le leggi speciali nelle quali è previsto il tentativo di conciliazione: legge 794/1942 in materia di liquidazione dei diritti e degli onorari di avvocato; legge 604/1966 sui licenziamenti individuali; legge 300/1970 sull'applicazione delle sanzioni disciplinari dei lavoratori; legge 203/1982 sui contratti agrari; legge 192/1998 sui contratti agrari.

La tipologia di conciliazione al quale il legislatore però si è ispirato è quello di stampo giuslavoristico trovando radici nelle commissioni paritetiche di conciliazione proprie della contrattazione collettiva.

Parlando di pubblico impiego ad esempio, il d.lgs. 80/1998 in materia di controversie di lavoro ha introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 36) per i pubblici

dipendenti disponendo che della conciliazione nelle controversie individuali raggiunta davanti al Collegio di conciliazione venga redatto verbale che costituisce titolo esecutivo.

La conciliazione ricorre anche in ambito penalistico: l'art. 1 del *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza* sancisce che l'Autorità di pubblica sicurezza “*per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati*”.

Il giudice di pace inoltre, nei procedimenti penali per i quali è competente, “*deve favorire, per quanto è possibile, la conciliazione tra le parti*”, anche quando il reato è perseguibile a querela, redigendo apposito verbale quando ne avviene la remissione.

La riforma del codice di procedura civile del 1990 aveva introdotto l'obbligo per il giudice di tentare sin dalla prima udienza, quando la natura della causa lo consentiva, interrogando liberamente le parti, la conciliazione che, se avveniva, veniva inserita in apposito verbale che costituiva titolo esecutivo. Questo tentativo obbligatorio è stato successivamente sostituito, dalla riforma del 2005 con la legge n. 80, da un tentativo facoltativo e su richiesta di entrambe le parti.

Sempre la l. 80/2005 ha da altro canto voluto rafforzare lo strumento conciliativo nel caso di accertamento tecnico preventivo (art. 696 bis c.p.c.) concedendone i poteri al consulente tecnico.

Con la legge 580/1993 sul riordino delle Camere di Commercio, infine, il legislatore ha inserito con forza e maggior efficacia lo strumento conciliativo, in un secondo momento consentendone e incentivandone l'accesso a quelle categorie “deboli” quali i consumatori (legge 281/1998) e i subfornitori (legge 192/1998).

Con la citata norma, infatti, è stato chiesto alle stesse Camere di Commercio di istituire Commissioni di conciliazione per la risoluzione di controversie tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori e utenti.

Ma è dall'inizio del 2003 che la maggior parte delle Camere di Commercio ha reso effettivo questo progetto adottando un unico regolamento tariffario e le medesime norme comportamentali sancite dall'Unione delle Camere di Commercio (Unioncamere).

L'avvio di un cambiamento di impostazione è avvenuto con il decreto legislativo n. 5/2004 con il quale, in ambito societario, sono previsti una serie di incentivi di natura giuridica e fiscale per coloro che, in ipotesi di contenzioso, usufruiscano del ricorso alla conciliazione per derimere la lite.

Per poter ottenere vantaggi, tuttavia, è necessario che i percorsi negoziali siano effettuati presso organismi iscritti in uno specifico Registro istituito presso il Ministero della giustizia e che i mediatori siano professionisti con specifici requisiti e che abbiano effettuato percorsi formativi presso Enti iscritti a loro volta presso il Ministero della Giustizia e con un corpo docente qualificato secondo parametri predefiniti dal Ministero stesso.

In realtà la conciliazione societaria non ha ottenuto, a quel tempo, un grande successo, ma con l'introduzione della norma, con il tempo sono stati costituiti organismi di conciliazione dotati di regolamenti, strutturati con procedure interne e quindi organizzati per svolgere in modo efficiente le conciliazioni.

In egual misura sono sorti enti di formazione con docenti formati in tecniche di negoziazione e sulla gestione costruttiva dei conflitti.

Come si è detto la conciliazione societaria non ebbe un grande successo, ma, di fatto, fu il primo tassello per dare vita ad un vero e proprio sistema di gestione stragiudiziale dei contenziosi complementare al tradizionale ricorso alle vie giudiziali.

Il tutto sotto lo stretto controllo del Ministero della Giustizia.

Passano gli anni e l'Italia si trova di fronte ad una perdurante crisi della giustizia con oltre , all'epoca, 4 milioni di cause pendenti nei Tribunali.

Il Legislatore nell'affrontare questa problematica decide di regolamentare una serie di strumenti deflattivi fra i quali vi è la mediazione civile.

Il termine viene cambiato da conciliazione a mediazione per allineare la terminologia ai contesti internazionali, ma la sostanza è identica a quella dello strumento previsto nel 2004 in ambito societario.

Nella Legge delega del 18 giugno 2009 n. 69 e, più specificatamente, all'art. 60 è affrontato, appunto il ricorso alla mediazione civile affidando ad un successivo decreto la predisposizione delle regole con cui renderla operativa.

Nel 2010, in attuazione della sopracitata legge, viene pubblicato il Decreto Legislativo n. 28/2010 C con cui, ricalcando sostanzialmente la precedente normativa in materia societaria, si procede a disciplinare la procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione, integrata e meglio specificata con il successivo decreto ministeriale di attuazione n. 180/2010.

La prima novità è la circoscrizione degli ambiti applicativi: la mediazione diventa obbligatoria, intesa come condizione di procedibilità per un'eventuale azione giudiziaria, nelle controversie *“in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da 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”* (art. 5 dlgs 28/2010). Rimane invece ferma la possibilità delle parti di esperire il tentativo di mediazione in tutte le controversie vertenti su diritti disponibili con il solo limite della contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, nonché la facoltà del giudice *“anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti”* di invitare le parti a procedere alla mediazione.

Il procedimento, che si avvia presentando istanza ad un organismo di mediazione accreditato presso il Ministero di Grazia e Giustizia , deve avere una durata non superiore ai quattro mesi dalla data di presentazione della domanda; il termine è tuttavia

ordinatorio, può essere prorogato e a questo si può anche sommare quello disposto dal giudice in caso di sospensione volontaria ex art. 296 c.p.c..

In merito all'accREDITAMENTO diventano più rigidi i requisiti per poter svolgere l'attività di mediazione sia per gli organismi che per i mediatori professionisti.

Gli organismi, a norma dell'art. 3 del decreto ministeriale 180/2010 in attuazione del decreto legislativo 28/10, devono essere iscritti presso apposito registro tenuto dal Ministero di Grazia e Giustizia che per poterli accreditare deve, a norma dell'art. 4 del d.m., previa richiesta da parte dell'organismo stesso, verificare i seguenti requisiti: “a) *la capacità finanziaria e organizzativa del richiedente, nonché la compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo; ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria, il richiedente deve possedere un capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata; ai fini della dimostrazione della capacità organizzativa, il richiedente deve attestare di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione, anche attraverso gli accordi di cui all'articolo 7, comma 2, lettera c); b) il possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione; c) i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, conformi a quelli fissati dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; d) la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale; e) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presente decreto, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori; f)*

il numero dei mediatori, non inferiore a cinque, che hanno dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di mediazione per il richiedente; g) la sede dell'organismo”.

Quanto ai mediatori che intendono svolgere attività di mediatore professionale presso uno degli organismi accreditati devono dimostrare di possedere i requisiti di qualificazione quali un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, essere iscritti a un ordine o collegio professionale; il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18; il possesso, da parte dei mediatori, dei seguenti requisiti di onorabilità: a) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; b) non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; c) non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; d) non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento; la documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie, per i mediatori che intendono iscriversi negli elenchi di mediazione internazionale.

Al procedimento si applica il regolamento adottato dall'organismo adito che deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico. Gli atti del procedimento sono inoltre privi di formalismi.

Come accennato sopra, il dovere di riservatezza ha una duplice valenza: una interna e una esterna. A norma dell'art. 9 del decreto legislativo 28/10, *“chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo”* (esterna) e anche *“rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale*

provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti” (interna).

Se si raggiunge un accordo amichevole il mediatore redige apposito verbale al quale viene allegato l'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore **può** formulare una proposta di conciliazione. **In ogni caso**, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno richiesta in qualunque momento del procedimento.

La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto, che hanno sette giorni di tempo per comunicare al mediatore, sempre per iscritto, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

Nel caso in cui venga formulata la proposta e questa non venga accettata, l'art. 13 del decreto legislativo 28/10, sancisce l'obbligo del giudice, nel caso in cui la sentenza corrisponda alla proposta rifiutata, di condannare la parte vincitrice che ha rifiutato la proposta alle spese del procedimento di mediazione, delle spese di lite nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

A seguito di queste norme il mediatore acquisisce un ruolo molto particolare perché è l'unica figura giuridicamente riconosciuta nel panorama normativo italiano che ha il segreto professionale, nelle sedute individuali, per entrambe le parti. Questa condizione privilegiata consente ad esso di poter acquisire informazioni idonee ad agevolare la negoziazione e quindi a far raggiungere un accordo.

La norma introdotta nel 2010 ha generato una accesa reazione da parte dell'avvocatura che non riteneva la mediazione, così come concepita, un effettivo strumento deflattivo ed inoltre temeva, potendo i mediatori avere una formazione

differente da quella legale, una, per così dire, “invasione di campo” nell’area contenzioso da parte di altre professionalità.

Non mi soffermo sulle molteplici vicissitudini della norma per brevità di esposizione e mi limito a riepilogare la normativa vigente e come è delineato oggi il sistema degli organismi di mediazione.

Per quanto attiene la procedura in se stessa si è assistito ad una maggiore attenzione alle parti formali e burocratiche rispetto alla versione iniziale.

In definitiva, infatti, rispetto alla versione originali sono state introdotte le seguenti norme:

- Il criterio di competenza territoriale per la presentazione della domanda
- la procedura di mediazione può procedere solo a seguito del consenso delle parti raccolto in un incontro preliminare di programmazione
- lo svolgimento dell'incontro preliminare di programmazione , che è condizione di procedibilità (per le materie indicate) , deve svolgersi entro 30 giorni dal deposito dell'istanza a costi massimi molto contenuti
- La gratuità del primo incontro di programmazione in caso di mancato accordo
- le controversie di Rc auto sono escluse dalle materie per cui è previsto l'incontro di programmazione, mentre sono state aggiunte le controversie in tema di risarcimento del danno derivante da responsabilità non più solo medica ma sanitaria
- il giudice può ordinare, e non solo invitare, alle parti di procedere alla mediazione
- la durata massima dell'intera procedura è stata ridotta a 3 mesi
- gli avvocati sono mediatori di diritto ed hanno l’obbligo di aggiornamento professionale
- gli avvocati assistono le parti durante l’intera procedura di mediazione
- la previsione di una nuova disciplina in tema di efficacia esecutiva dell’accordo di mediazione .

In particolare si sottolinea che è necessaria, diversamente alla prima stesura, la presenza dell'avvocato ad assistere le parti.

Tale obbligo è stato molto criticato soprattutto per le liti di scarso contenuto economico dove la presenza di un legale è visto come un inutile appesantimento degli oneri.

Il primo incontro di mediazione è gratuito ed in esso il mediatore espone le caratteristiche di questo strumento e le parti sono chiamate ad esprimere la propria volontà in merito alla prosecuzione o meno del tentativo.

Vi è da dire che in molta giurisprudenza viene penalizzato chi non partecipa a questo incontro o non dimostra una volontà di rispettare la volontà della norma nella sostanza riducendo il tentativo a pura forma.

Come in precedenza ancora il mediatore può essere chiamato ad elaborare una proposta verso la quale le parti devono esprimersi ed il cui rifiuto può generare una penalizzazione in sede di addebito di spese.

Questa soluzione, tuttavia, statisticamente non è molto utilizzata.

L'accordo di mediazione, se sottoscritto dagli avvocati che ne certificano il rispetto alle norme imperative ed all'ordine pubblico, diventa titolo immediatamente esecutivo. nella mediazione facoltativa la assenza degli avvocati fa sì che l'iter sia più lungo perché è necessario per rendere esecutivo l'accordo rivolgersi al Presidente del Tribunale.

Per quanto attiene il sistema della mediazione così strutturato oggi i dati distribuiti dal Ministero della giustizia mostrano che il numero delle mediazioni avviate nel 2015 è cresciuto a 19.625 (+9% rispetto al 2014), il tasso di successo delle procedure dove le parti proseguono oltre il primo incontro si attesta su un più che soddisfacente 43%, ma spesso le procedure non proseguono dopo il primo incontro per cui il tasso "di realizzo" delle mediazioni (numero di accordi raggiunti / numero di procedure avviate) si ferma ad un contenuto 10% .

La materia in assoluto con il maggior numero di procedure è quella bancaria (23% del totale), con un valore medio per procedura tra i più alti (euro 50.000) ma con un tasso “di realizzo” molto basso pari al 7%.

Tale risultato è dovuto a molteplici fattori ed in particolare:

- le mediazioni avviate dopo che la banca ha ottenuto il decreto ingiuntivo contro il cliente, e questo si è opposto, intervengono in una fase in cui i rapporti sono ormai troppo deteriorati o il cliente ha una quasi totale carenza di liquidità quindi in una posizione negoziale molto debole;
- scarsa predisposizione degli uffici legali degli istituti di credito a perseguire questa via..

Nel 2014 e 2015 si è registrata un forte incremento delle mediazioni delegate da parte dei magistrati, passate da 489 nel 2013 (0,5% del totale) a 18.062 nel 2015 (10% del totale).

Dopo il 2010 si era registrato un numero eccessivo di iscrizioni di Organismi di mediazione presso il Ministero.

Dopo una prima fase si è progressivamente assistito ad una scrematura ed anche nel 2015 vi è stata un'ulteriore riduzione del numero: 986 nel 2013, 938 nel 2014, 894 nel 2015.

In aumento il numero dei giorni per la conclusione delle mediazioni: 65 nel 2012, 82 nel 2013, 83 nel 2014, 103 nel 2015.

Vedremo i risultati del 2016, nel frattempo, avendo il Legislatore inserito altri provvedimenti normativi in tema di ADR a marzo il Ministro della Giustizia Orlando ha ritenuto di dover costituire una Commissione di esperti con il compito di elaborare un progetto di riforma organica degli strumenti ADR.

La Commissione è ancora al lavoro e se ne attendono i risultati per fine anno.

Va tuttavia sottolineato in conclusione che, al di là delle modifiche che andranno apportate, l'aver introdotto una normativa che ha condotto alla creazione di una vera e

propria rete di organismi, con mediatori qualificati, ha portato ad un incremento della cultura della negoziazione basata sulla gestione costruttiva dei conflitti che costituisce una indubbia crescita anche a livello sociale.

Particolarmente importante in un momento come questo in cui spesso il conflitto viene interpretato, in molti ambiti, come occasione di violenza verbale se non, purtroppo in troppi casi, fisica.