

Mediazione, poker di strumenti per prevenire il contenzioso

Pagine a cura
DI GIANFRANCO DI RAGO

Sono passati quasi due anni dal ritorno della mediazione obbligatoria, dopo che la legge n. 98/2013 ha convertito con una serie di modificazioni il c.d. decreto del Fare (dl n. 69/2013), con cui il governo, allora presieduto da Enrico Letta, ha fornito risposta ai problemi sorti a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 5 del dlgs n. 28/2010 per eccesso di delega. Vediamo allora di ricordare i principali aspetti di questa sorta di miniriforma dell'istituto della mediazione e, soprattutto, di vedere come la stessa è stata applicata dai giudici di merito, attraverso una carrellata dei principali provvedimenti emessi negli ultimi 24 mesi.

Le differenti forme di mediazione. Sotto il comune ombrello dell'istituto della mediazione è possibile individuare varie forme di questo particolare strumento di ADR (acronimo di Alternative dispute resolution).

In primo luogo esiste la figura generale della mediazione, nella sua classica forma «volontaria», alla quale le parti in lite possono ricorrere in qualsiasi momento. Superando le logiche avversariali tipiche del processo, i litiganti si concentrano non più sull'attribuzione di torti e ragioni, ma sul ventaglio delle possibili soluzioni accettabili da entrambi che possano chiudere con soddisfazione la controversia insorta. L'accordo conciliativo nasce generalmente dalla libera volontà delle parti di sedersi attorno a un tavolo delle trattative, avendo al proprio fianco un soggetto terzo imparziale il cui ruolo è principalmente di tipo compositivo.

Accanto alla mediazione volontaria si pone la c.d. mediazione «obbligatoria», introdotta dal legislatore con fini deflativi del contenzioso. L'art. 5 del dlgs n. 28/10 ha previsto la mediazione come condizione di procedibilità per numerose tipologie di controversie (diritti reali, locazione, comodato, condominio, divisione e successioni ereditarie, patti di famiglia, affitto di aziende, controversie assicurative, bancarie e finanziarie, responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità ecc.).

Le parti in lite sono messe nelle condizioni di confrontarsi liberamente sui fatti controversi e in ogni momento dell'incontro possono abbandonare le trattative e rivolgersi all'autorità giudiziaria (anche se in questa sede può tenersi conto a

I procedimenti nei quali la mediazione non è obbligatoria*

→	Procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione (da questo momento in avanti, quindi, se si tratta di una materia sottoposta a mediazione obbligatoria, il giudice dovrà disporre in modo da spingere le parti a effettuare il tentativo, nel termine minimo di tre mesi, prima dell'ulteriore prosecuzione del processo)
→	Procedimenti per convalida di licenza o di sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 cpc
→	Procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, cpc
→	Procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata
→	Procedimenti in camera di consiglio
→	Nell'azione civile esercitata nel processo penale
→	Procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696-bis cpc

* pur trattandosi delle materie di cui all'art. 5, dlgs 28/2010

Come scegliere l'organismo di mediazione

Scelta vincolata dell'organismo di mediazione, che deve per forza avere sede (o una delle sedi) nel luogo in cui si trova il giudice territorialmente competente per la relativa controversia. Una modifica importante per il sistema. Il vecchio art. 4 del dlgs n. 28/10 prevedeva la massima libertà per i privati di scegliere l'organismo di mediazione che preferissero, tra quelli iscritti nel registro ministeriale, senza fare riferimento a criteri processuali, quale ad esempio quello della competenza per luogo. Del resto sarebbe stato davvero ben strano se, una volta introdotta una procedura del tutto informale a cui le parti potevano partecipare senza il

necessario (per quanto consigliabile) patrocinio di un legale, fossero state richieste particolari conoscenze tecniche già solo per l'individuazione dell'organismo al quale rivolgersi, obbligando il privato a risolvere problematiche specifiche dei procedimenti giurisdizionali. Un'altra ragione che aveva probabilmente indotto il legislatore delegato a evitare il criterio della competenza territoriale era stato poi il rischio che la diffusione sul territorio degli organismi non si rivelasse così capillare da rendere sempre possibile garantire al privato la presenza in loco di un ente autorizzato a erogare il servizio di mediazione.

vario titolo del comportamento dalle stesse osservato durante la procedura di mediazione).

Il dlgs n. 28/10 ha poi introdotto la figura della c.d. mediazione «delegata», ipotesi che si verifica allorché sia lo stesso giudice, dunque all'interno di un processo già pendente, a invitare le parti a recarsi presso un organismo di mediazione. In questo caso, sulla base alla legge di conversione del «decreto del fare», che ha specificato come l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità del relativo processo, ci si trova di fronte a una nuova forma di mediazione obbligatoria, per quanto ordinata da un giudice (e per materie diverse da quelle di cui all'art. 5 dlgs n. 28/10).

Infine, ulteriore forma per così dire obbligatoria di mediazione si ha nel caso in cui siano il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo di un ente a prevederla come necessaria. In questo caso la fonte dell'obbligo è contrattuale, tuttavia

detto obbligo è stato in qualche modo rafforzato dal predetto dlgs in quanto si prevede che la parte possa eccepire in giudizio il mancato rispetto di tale clausola contrattuale da parte dell'altro contraente e che il giudice debba quindi disporre il rinvio della causa a un organismo di mediazione iscritto nel predetto registro tenuto dal ministero della giustizia.

Il ruolo dell'avvocato. Nell'impianto originario della mediazione, obbligatoria e non, la figura dell'avvocato era del tutto opzionale. Anzi, la mediazione veniva presentata come alternativa al processo e agli avvocati, in qualche modo indicati allo stesso tempo come causa ed effetto della crisi della giustizia civile. Posta così la questione, non ci si può certo stupire del fatto che l'avvocatura italiana avesse subito alzato le barricate contro quello che era sembrato a tutti gli effetti un attacco diretto al ceto forense. Il rapporto di collaborazione con gli avvocati andava quindi

necessariamente e prontamente ricostituito. Con il c.d. decreto del Fare, e ancora di più con la sua legge di conversione, si è però andati oltre, conducendo a una serie di conseguenze applicative censurabili alle quali la giurisprudenza di merito sta cercando di porre un freno con decisioni che, a loro volta, andranno meglio valutate dal punto di vista della corrispondenza al dettato normativo.

Ma vediamo prima di tutto quale è il ruolo dell'avvocato in mediazione. Quest'ultimo può sicuramente svolgere un ruolo utile in almeno in tre diversi momenti:

- nella preparazione dell'incontro di mediazione;
 - nell'assistenza alla parte nel corso dell'incontro di mediazione;
 - e, soprattutto, nella stesura dell'accordo di conciliazione.
- Nella fase propedeutica alla mediazione il legale dovrà aiutare il proprio cliente a preparare l'incontro con la controparte e a valutare quelle che

sono le migliori e le peggiori alternative (giuridiche, tecniche e commerciali) al raggiungimento di un eventuale accordo di conciliazione. Nel corso degli incontri il legale deve invece fare un passo indietro rispetto al classico modello avversarial e confrontarsi con una nuova modalità di approccio: se, infatti, in sede giudiziale l'avvocato ha la figura del giudice come unico referente del processo di comunicazione, in mediazione il suo ruolo è più articolato e complesso, dovendo convincere della bontà delle proprie tesi sia il proprio cliente, sia la controparte sia il mediatore. Occorre poi gestire l'emotività del proprio assistito, il che non significa necessariamente limitarla, bensì mantenerla su binari accettabili per le funzionalità del procedimento e coerenti con la strategia negoziale che si è individuata.

Da ultimo l'avvocato potrà, riappropriandosi del suo ruolo di consulente giuridico, aiutare le parti a tradurre l'accordo raggiunto nel corso della mediazione in un testo giuridicamente strutturato che abbia una sua tenuta. La stesura dell'accordo potrà essere contestuale alla sessione di mediazione oppure potrà essere rimandata a una fase successiva tra i soli legali, che affronteranno tra di loro gli eventuali problemi tecnici rimasti sul tavolo.

La presenza obbligatoria del legale in mediazione ha condotto quasi subito a un fenomeno censurabile: le parti hanno cominciato a disertare gli incontri di mediazione, delegando alla partecipazione i propri legali, esattamente come avviene in giudizio.

Evidente come ciò sia assolutamente negativo per la mediazione, perché in tal modo si viene a perdere il protagonista della procedura. La situazione è stata poi ulteriormente aggravata da un'altra decisione del legislatore delegato, ovvero quella di far precedere la mediazione vera e propria da un incontro preliminare di contenuto meramente informativo, incontro oggi generalmente utilizzato solo al fine di preconstituersi al costo più basso possibile il lasciapassare per il giudizio, ovvero il verbale negativo di mediazione. Parte della giurisprudenza di merito ha reagito a questa vera e propria fuga dalla mediazione sia indicando come obbligatoria la presenza delle parti in mediazione accanto a quella dei propri legali sia giudicando non soddisfatta la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del dlgs 28/10 in tutti i casi nei quali i litiganti si siano fermati al mero incontro informativo.