

CAPITOLO PRIMO

IL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

SOMMARIO: §1. La delega al governo di cui all'art. 60, Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale e il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. – §1.1. L'ambito applicativo della mediazione, i rapporti con il processo, la mediazione c.d. delegata. – §2. Disciplina applicabile. – §3. Accesso alla mediazione. – §4. Tempo e ragionevole durata della mediazione. – §5. Il procedimento. Le fasi della mediazione: profili centrali. – §5.1. Un precedente: le conciliazioni in seno alle Camere di commercio. – §5.2. La struttura del procedimento tra flessibilità e garanzia. – §5.3. Le disposizioni dell'art. 8, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. – §6. Doveri del mediatore. Il dovere di riservatezza esterno. – §6.1. Il dovere di riservatezza interno. – §7. Inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni. – §7.1. Segreto professionale. – §8. Obblighi del mediatore: neutralità, indipendenza ed imparzialità. – §9. L'esito del procedimento di mediazione. – §9.1. La proposta conciliativa.- 9.2. La documentazione dell'esito del procedimento conciliativo. – §10. L'efficacia esecutiva del verbale di accordo. – §10.1. L'omologazione del verbale di accordo. – §10.2. L'impugnazione della conciliazione.- 10.3. L'adempimento degli obblighi infungibili. – §11. Le spese del(l'eventuale) processo.

1. La delega al governo di cui all'art. 60, Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale e il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Unitamente ad una serie di riforme relative al processo civile, la Legge 18 giugno 2009, n. 69, prevedeva un incisivo intervento in materia di conciliazione e mediazione. L'art. 60 della suddetta legge recava infatti una delega al governo volta all'adozione di *“uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale”*, da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Entro il termine fissato dalla delega (5 marzo 2010, in virtù del meccanismo di proroga previsto dall'art. 60, comma 2, L. 69/2009), il governo ha esercitato il potere conferitogli dal Parlamento, emanando il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28¹, al fine di realizzare

¹ Merita segnalare che il governo non si è avvalso, verosimilmente nell'ottica della

“*il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti*” in materia (art. 60, comma 2), nel rispetto della normativa comunitaria e attraverso l'estensione della disciplina della conciliazione stragiudiziale in materia societaria di cui al D.Lgs. 5/2003 (art. 60, comma 3, lett. c), entrambe considerate dalla delega quali fonti ispiratrici di carattere generale.

L'obiettivo dichiarato dell'intervento legislativo è ambizioso: “*garantire [...] una reale spinta deflattiva [del contenzioso] [...] contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*”, nonché “*valorizzare le esperienze autoregolative e [...] minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione*”². A tal fine si istituiscono tre circuiti di mediazione: una mediazione obbligatoria, una facoltativa ed una delegata dal giudice.

La normativa comunitaria cui fa riferimento la legge delega è evidentemente la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 sulla mediazione in materia civile e commerciale, volta a “*facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e [...] promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*” (art. 1, comma 1). La direttiva in questione, intesa ad uniformare le legislazioni nazionali in materia di mediazione entro il 21 maggio 2011 (art. 12, comma 1), si applica, ai sensi dell'art. 1, comma 2, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale, come definite dal successivo art. 2 della direttiva³. Ciò tuttavia non impedisce ai legislatori nazionali di porre in essere una disciplina uniforme sia per le controversie transfrontaliere che per quelle interne, come risulta dal considerando (8) della direttiva medesima, ove si legge che “*nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*”. Il D.Lgs. 28/2010 sembra muoversi in questa direzione, soprattutto quando fa riferimento, pur nel silenzio della legge delega, alla riservatezza del procedimento di mediazione (art. 2, comma 2)⁴, alla possibilità di una mediazione delegata dal giudice (art. 5, comma 2)⁵, nonché

semplificazione legislativa, della facoltà, prevista dalla legge delega, di dare attuazione alla stessa anche attraverso più decreti legislativi, ripartendo la disciplina delegata per materia.

² V. sul punto la relazione illustrativa, rispettivamente *sub* artt. 5 e 3.

³ Su tale aspetto sia consentito rinviare a F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 149 ss.

⁴ *Cfr* art. 7, direttiva n. 52/2008.

⁵ *Cfr* art. 5, comma 1, direttiva n. 52/2008.

all'equiparazione dell'istanza di mediazione alla domanda giudiziale quanto agli effetti su prescrizione e decadenza (art. 5, comma 6)⁶.

A parte questi profili, anche la tecnica legislativa risente dell'influenza della direttiva n. 52/2008. L'art. 1 del decreto legislativo in commento, sulla falsariga dell'art. 3, direttiva n. 52/2008, detta infatti alcune definizioni di concetti ricorrenti nell'articolato, sia per delimitare la materia di intervento del decreto legislativo rispetto a fenomeni contigui, quali la conciliazione giudiziale e l'arbitrato, sia per garantire una migliore leggibilità del testo⁷.

In particolare si definisce la mediazione come *“l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”*; e la conciliazione come *“la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*.

Quanto invece ai soggetti preposti allo svolgimento della mediazione si distingue il *“mediatore”* dall'*“organismo”* che amministra la mediazione e per il quale egli svolge la sua attività, precisandosi a tal fine che il mediatore è *“la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, [per conto dell'organismo] svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*⁸, mentre l'organismo è *“l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione”*.

La legge delega prima e il decreto legislativo poi risentono entrambi dell'influenza del legislatore comunitario e della nostra tradizione giuridica: nella delega infatti si parla di *“mediazione finalizzata alla conciliazione”*⁹, nel decreto legislativo si distingue la mediazione dalla

⁶ Cfr art. 8, direttiva n. 52/2008.

⁷ In questi termini cfr la relazione illustrativa sub art. 1.

⁸ Sostanzialmente negli stessi termini cfr l'art. 1, lett. e), D.M. 23 luglio 2004, n. 222, che qualifica come conciliatore *“le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”*.

⁹ Sul punto cfr l'art. 60, comma 3, lett. a), L. 69/2009. In dottrina, sulla scelta del delegante di distinguere la mediazione dalla conciliazione, v. le osservazioni di F. CUOMO ULLOA, *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I contratti*, 2009, p. 641, secondo cui *“conciliazione”* designerebbe l'atto e l'istituto processuale di composizione della lite, *“mediazione”* invece *“il percorso che quella composizione rende possibile, il metodo, prima ancora che il procedimento, che consente alle parti di pervenire all'accordo”*. Così facendo, secondo l'Autrice, si riconosce *“il valore specifico della mediazione quale modalità alternativa di composizione della lite che sta dentro la conciliazione e nella conciliazione si attua”*,

conciliazione, utilizzando la prima espressione, tipica del lessico anglo-americano e comunitario, per identificare il procedimento di composizione della controversia¹⁰, il percorso che si può compiere per giungere al componimento, e la seconda, ricorrente nella nostra tradizione giuridica, per designare il risultato positivo del percorso, ossia l'accordo raggiunto. Sotto questo aspetto, il decreto legislativo in commento si discosta dalla richiamata direttiva n. 52/2008, ove si utilizza il solo termine mediazione per designare l'attività volta ad agevolare le parti nella ricerca di una soluzione compositiva della controversia, posta in essere al di fuori del processo da un terzo o eventualmente anche da un giudice, purché quest'ultimo non sia responsabile del processo relativo alla controversia oggetto di mediazione¹¹.

A prescindere da ogni questione terminologica, la neointrodotta mediazione, intesa quale attività, svolta da un terzo imparziale, volta ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la risoluzione di una controversia tra loro insorta, ovvero nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa, si colloca nell'ambito dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie in una posizione intermedia tra gli strumenti negoziali che per la risoluzione della controversia non coinvolgono terzi – così il contratto di transazione e di accertamento – e gli strumenti in cui il terzo coinvolto ricalca, per le qualità soggettive e per il tipo di attività svolta, la figura del giudice statale – tale l'arbitrato. Dei primi condivide il carattere autonomo o negoziale che dir si voglia di risoluzione della controversia, in quanto il terzo, sia che si limiti ad una mera assistenza volta a facilitare un accordo delle parti (c.d. *facilitative mediation*), sia che si spinga fino alla formulazione di una proposta di accordo (c.d.

vale a dire l'essenzialità delle tecniche di mediazione impiegate per facilitare la conciliazione delle parti.

¹⁰ Evitando così qualsiasi possibilità di riconduzione dell'istituto in questione al contratto di mediazione di cui all'art. 1754 c.c.

¹¹ Sul punto cfr l'art. 3, direttiva n.52/2008, secondo cui “*per “mediazione” si intende un procedimento strutturato [...] 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*” e tale è, ai sensi della successiva lett. b), “*qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente [...]*”, anche un giudice, purché non sia “*responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione*”. Ai sensi della richiamata direttiva, non costituiscono mediazione, invece, “*i tentativi messi in atto dall’organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione convenzionale della controversia [...] nell’ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima*” (art. 3, lett. a) secondo alinea). Secondo una parte della dottrina, per essi potrebbe parlarsi più propriamente di conciliazione: in termini, cfr M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della Proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 491.

evaluative mediation), in ogni caso non rende giudizi o decisioni vincolanti per le parti del procedimento: se la conciliazione è raggiunta, l'accordo di composizione della controversia è un atto negoziale delle parti e non del mediatore. Dei secondi condivide invece le qualità soggettive del terzo coinvolto, l'imparzialità e la terzietà.

L'introduzione della mediazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. 28/2010, non esclude peraltro il ricorso ad altri istituti, già sperimentati nella pratica, che conducono alla composizione amichevole delle controversie su base paritetica o attraverso procedure di reclamo disciplinate dalle carte dei servizi, in ogni caso senza l'intervento di organismi terzi ed imparziali. Pertanto il circuito della mediazione si affianca, senza sostituirle, alle negoziazioni volontarie e paritetiche ed alle procedure di reclamo ove previste. Non solo. Sono altresì fatte salve le disposizioni, a norma dell'art. 23, comma 2, che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, che sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto.

1.1. L'ambito applicativo della mediazione, i rapporti con il processo, la mediazione c.d. delegata

Coerentemente con le indicazioni provenienti dalla delega (art. 60, comma 3, lett. a) e dalla direttiva comunitaria n. 52/2008 (art. 1, comma 2, e considerando 10), l'art. 2, comma 1, dispone che "*chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione*" delle controversie, in materia civile e commerciale, relative a "*diritti disponibili*"¹².

La circoscrizione dell'ambito di operatività della mediazione all'area dei diritti disponibili, senz'altro esatta, è tuttavia scontata, trattandosi di un limite naturale di qualsiasi atto negoziale dispositivo già ricavabile dal codice civile¹³.

Più utile sarebbe stato se il legislatore avesse affrontato il delicato aspetto della mediazione/conciliazione in ordine a diritti derivanti da disposizioni inderogabili, caratterizzati cioè dalla immodificabilità della normativa che li riguarda.

Sul rapporto tra indisponibilità del diritto e inderogabilità della fonte disciplinatrice si è recentemente soffermata la dottrina, evidenziando come in materia di strumenti alternativi di risoluzione delle

¹² A tale previsione fa da *pendant* il limite generale dell'ordine pubblico e del rispetto delle norme imperative di cui all'art. 12, comma 1 e all'art. 14, comma 2, lett. c).

¹³ G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *www.judicium.it*, §1; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*, §3.