

## **IL DECRETO LEGISLATIVO IN TEMA DI MEDIAZIONE COMMERCIALE: URGE UNA CORREZIONE**

È stato diffuso il testo del decreto legislativo, in attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali che è in avanzata fase di elaborazione (per la definitività si attendono solo i pareri delle commissioni parlamentari di Camera e Senato).

L'attesa per un'armonizzazione dell'istituto della conciliazione, oggi regolato da una moltitudine di testi normativi non sempre omogenei, era tanta. Oggi possiamo celebrare l'imminente approvazione del decreto e, esaminato l'impianto, tesserne fondate e meritate lodi pur con un'importante, ma tuttavia determinante, riserva.

Lodi innanzi tutto per i tempi. La Direttiva europea 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, di cui il decreto costituisce anche trasposizione, è del maggio 2008 e dettava tempi sino al maggio 2011 per il recepimento. L'Italia si è mossa tempestivamente e si presenta alla fase di attuazione della direttiva con largo anticipo. Per chi opera nel settore della risoluzione delle controversie, anche internazionali, tale mossa del Legislatore marca un importante punto a favore del sistema Italia nel suo complesso, rendendolo credibile e finanche all'avanguardia in un campo, quello delle ADR, di particolare rilevanza.

Ma un plauso anche per l'impianto generale del decreto, che al di là di (forse) evitabili complicazioni semantiche (ci riferiamo ad un utilizzo non proprio univoco dei termini “*conciliazione*” e “*mediazione*”), raccoglie nel complesso un giudizio positivo per la scelta di campo operata verso un concetto di mediazione ispirato alle più moderne teorie e prassi.

E il giudizio positivo non è offuscato neppure dall'introduzione su larga scala della mediazione obbligatoria. Chi scrive non ha mai considerato la mediazione come la panacea per i mali del sistema giudiziario italiano e l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione stride con la natura volontaria dello strumento. Tuttavia ben si potrebbe argomentare che ragioni contingenti e strutturali del nostro “sistema giustizia” (e anche la necessità di estendere la conoscenza di uno strumento ancora troppo poco noto a giuristi e imprenditori) suggeriscono l'introduzione di un tentativo obbligatorio di mediazione. Proviamoci.

Tuttavia, il giudizio finale sullo schema di decreto resta sospeso. Il testo diffuso sconta infatti un peccato originale che rischia di vanificarne tutti gli aspetti positivi impedendo di fatto alla riforma di raggiungere il risultato virtuoso voluto dal Legislatore, ossia la promozione e lo sviluppo della mediazione in Italia. Si tratta della previsione, contenuta nello schema di decreto, di un obbligo per il mediatore di formulare una proposta alle parti sul migliore (a suo giudizio) esito della controversia, laddove le parti non trovino autonomamente l'accordo.

Per comprendere la portata e le conseguenze di tale previsione occorre fare un passo indietro e soffermarsi sulla natura della mediazione e su ciò che essa rappresenta.

Nell'accezione comunemente accolta, la mediazione è un procedimento per risolvere le liti, avente natura volontaria, ove un terzo imparziale, il mediatore, aiuta le parti a trovare un accordo. La volontarietà della mediazione non risiede solo nella scelta di accedervi ma anche, e soprattutto, nella volontà di “rimanervi”. In altre parole, a chi inizia una mediazione è solo richiesta la volontà di attivare (o di aderire ad) un procedimento di conciliazione e la buona volontà (e la buona fede) di cercare una soluzione, ferma restando la facoltà di alzarsi in ogni momento dal tavolo negoziale poiché i termini delle soluzioni prospettate dalla controparte o dell'accordo che si configura all'orizzonte non lo soddisfano. Questa libertà è il cuore della mediazione, in ogni paese del mondo ove la mediazione è utilizzata.

Il mediatore svolge il proprio ruolo facilitando la negoziazione tra le parti e aiutandole a negoziare meglio. Diversamente da quanto accade in una “tradizionale” negoziazione (anche, spesso, tra avvocati), basata essenzialmente su di un tentativo di avvicinamento delle posizioni iniziali delle parti e intesa a erodere, un-po'-di-qua-e-un-po'-di-là, le reciproche pretese, la negoziazione facilitata dal mediatore raramente resta ancorata alle posizioni iniziali rappresentate dalle parti. Al contrario il

mediatore aiuta le parti ad esplorare e a concentrarsi sui loro reali interessi e bisogni, facendo loro volgere lo sguardo più verso il futuro del rapporto che non verso il passato. Il mediatore non solo non è chiamato a decidere la controversia ma neppure deve imporre una qualche direzione agli esiti della stessa, facendo proposte in qualche modo impegnative per le parti. La tesi alla base di questa limitazione al ruolo del mediatore è che l'accordo migliore, e dunque quello spontaneamente adempiuto nella pressoché totalità dei casi, è quello che scaturisce per volontà piena dei soggetti in lite. Senza forzature etero-dirette. Uno dei vantaggi di tale strumento sta proprio nel fatto che le parti mantengono sempre il potere e il controllo sulla soluzione della controversia e, quindi, sull'esito (positivo o negativo) dell'incontro conciliativo.

Quando ci si occupa di mediazione occorre mutare radicalmente prospettiva rispetto ai tradizionali sistemi di risoluzione delle controversie. Le tecniche e i riti che si utilizzano in conciliazione difficilmente avrebbero *cittadinanza* in un – ad esempio – giudizio ordinario.

La mediazione favorisce il dialogo e la comunicazione tra le parti, sposta l'attenzione delle parti dalle posizioni basate sui fatti del passato ai bisogni e gli interessi del futuro, favorisce l'analisi di realismo del proprio caso e sulle soluzioni prospettate, “allarga la torta” della possibili soluzioni aumentando le scelte e le opzioni di risoluzione, dà spazio alle emozioni consentendo di superare blocchi emotivi. Attraverso le tecniche di comunicazione, sulle quali è stato formato, il mediatore favorisce, o ristabilisce il dialogo tra le parti. Mediante la possibilità di tenere incontri separati, il mediatore raccoglie informazioni confidenziali che non può, e non deve, salvo diversa istruzione datagli dalla parte che ha originato l'informazione, trasmettere all'altra parte. Le parti in mediazione sono portate ad aprirsi, a rivelare elementi di fatto (e di diritto) che in un giudizio non rivelerebbero mai, a riconoscere anche punti di debolezza della propria posizione, valorizzandone magari altri volti ad esplorare – con l'aiuto del mediatore - soluzioni anche meta-giuridiche.

Tutto l'impianto e l'efficacia stessa della mediazione riposano sull'assoluta mancanza di poteri decisionali/coercitivi del mediatore ma anche sull'impossibilità per il mediatore di esprimere pareri e/o proposte - senza l'assenso delle parti - che possano avere una qualche efficacia al di fuori dell'ambito “protetto” della mediazione.

È su questi presupposti che si fonda la mediazione ed è su queste caratteristiche che si gioca la differenza con la conciliazione esperita dal giudice ordinario in udienza. Nessuna parte si aprirebbe al giudice riconoscendo debolezze della propria posizione ben sapendo che poi il giudice, laddove la conciliazione non avesse esito positivo, deciderà della controversia.

Questa, e nessun'altra, è la ragione per la quale le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato o riassunto a seguito dell'insuccesso della mediazione e per la quale sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale (art. 10 dello schema di decreto)

Le caratteristiche sin qui descritte sono quelle universalmente riconosciute come costituenti la mediazione. Sono anche le caratteristiche che in più passaggi il Legislatore pareva aver sposato. E invece, sorprendentemente, lo schema di decreto sposa una linea totalmente differente imponendo al mediatore (artt. 4 e art. 11), laddove la mediazione non abbia esito positivo (o più correttamente, ove le parti non si accordino), di emettere una proposta, scritta, alla quale anche le parti devono reagire per iscritto. O accettandola (e allora l'accordo diviene vincolante, con valore di titolo esecutivo, per entrambe) o non accettandola, e allora il mediatore deve registrare in apposito verbale la mancata accettazione e i motivi del rifiuto espresso dalle o dalla parte di accogliere la proposta. Il verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e, successivamente, omologato dal Presidente del Tribunale.

L'esito della proposta avanzata dal mediatore e non accettata dalle o da una delle parti ha poi conseguenze nell'eventuale giudizio: quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta fatta dal mediatore, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nonché al versamento di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto nonché al rimborso delle indennità corrisposte al mediatore e, nel caso, all'esperto.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto. Si ha, dunque, un'inversione del principio della soccombenza per il solo fatto di ... non essersi voluti/potuti adeguare alla volontà di un terzo. E poco importa che la ripetizione delle spese sia prevista nel solo caso in cui la decisione del giudice corrisponde interamente o parzialmente al contenuto della proposta fatta dal mediatore. Ciò per due motivi: a valle, perché il giudice potrebbe avere una tentazione forte a considerare come meritevole di accoglimento la proposta del mediatore formulata ad esito di un iter nel quale il mediatore ha, almeno così potrebbe credere il giudice, avuto accesso a molte più informazioni di quante siano a disposizione del giudice stesso.

Ma molto prima, a monte: il solo fatto che il giudice possa tenere in conto la proposta è elemento sufficiente a scardinare l'intero istituto della mediazione e a renderne superfluo o addirittura dannoso lo svolgimento.

Nessuna parte in mediazione, consapevole del "potere" che risiede nelle mani del mediatore, potere con effetti a cascata anche nel giudizio successivo, si aprirebbe più, fornendo al mediatore quegli elementi di conoscenza non solo della controversia, ma anche - spesso - delle debolezze e dei reali interessi perseguiti da cui, nella quasi totalità dei casi, si crea l'*humus* per l'individuazione del successivo accordo. Se anche le parti dovessero partecipare all'incontro conciliativo, il loro comportamento sarà verosimilmente preparato e studiato ad arte, in quanto condizionato da tale "potere". Diventerà irrilevante se poi il giudice deciderà in linea con la proposta. Alla proposta si arriverà ad esito di una mediazione snaturata.

La mediazione così strutturata non funzionerà e sarà relegata al destino che già ha avuto la conciliazione di lavoro in sede di DPL o quella davanti al giudice in prima udienza. Quasi sempre un pura, obbligatoria, formalità, inutile per le parti e inutile per l'auspicato (dal Legislatore) effetto deflativo.

La scelta operata dal Legislatore, che è in contrasto anche con la posizione precedentemente assunta laddove era stata introdotta la conciliazione nel settore societario (la proposta in quel caso poteva - e non doveva - essere fatta solo su richiesta di entrambe le parti), davvero non si spiega.

Pare in un certo qual modo di rivivere l'esperienza già vissuta nel 2003 quando il Legislatore, adottando il decreto legislativo n. 5/2003 in materia, tra l'altro, di conciliazione societaria, aveva commesso il medesimo errore salvo poi accorgersene e provvedere prontamente alla correzione mediante l'emanazione del decreto legislativo (cd. correttivo) n. 37/2004 dove all'art. 4 si leggeva "*all'articolo 40, comma 2, primo periodo, le parole: «Il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungano un accordo» sono sostituite dalle parole: «Se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione, ove non sia raggiunto l'accordo»*".

Nella situazione odierna, ciò che è più sorprendente è che il Legislatore, illustrando il decreto, sembrava aver correttamente rappresentato la natura della mediazione e delle tecniche ad essa connesse. All'art. 11 della relazione illustrativa allo schema di decreto si legge addirittura: "*qualora l'accordo amichevole non sia raggiunto, il mediatore formula, **su richiesta delle parti**, una proposta e la reazione delle parti a tale proposta determina gli altri due possibili esiti del procedimento*". Della richiesta congiunta, tuttavia, nel testo del decreto non è rimasta traccia.

Sembra di trovarsi di fronte ad un giallo. Che fine ha fatto la richiesta delle parti? Si tratta di una svista, o di una cancellazione dell'ultimo minuto richiesta da qualche potente lobby?

Non è facile districarsi, tanto più considerando, ancora, che nella relazione illustrativa, il Legislatore aveva fatto una chiara scelta di campo per la mediazione cd. facilitativa. Si legge infatti nella relazione all'art. 11, che il mediatore è un "*facilitatore di un accordo amichevole tra le parti*", laddove "*il raggiungimento di un accordo amichevole è fortemente stimolato dal decreto, che intende promuovere la composizione bonaria, non basata sul modello avversariale. Anche in questo caso ci troviamo davanti a una conciliazione, i cui contenuti non scaturiscono tuttavia da una proposta conciliativa espressa*". E ancora, con una digressione ineccepibile da un punto di vista tecnico/teorico e meritevole della miglior attenzione "*E' infatti noto che la moderna mediazione, ispirata alla logica della composizione anche facilitativa della lite, si caratterizza per il fatto di utilizzare tecniche diverse da quelle che contraddistinguono il processo ordinario; tra queste vi è quella che suggerisce al mediatore di ascoltare le parti anche separatamente, onde assumere informazioni che la parte potrebbe non essere propensa a rivelare davanti alla controparte,*

*ma che sono comunque utili al mediatore per ricercare l'accordo. A garanzia della buona riuscita delle sessioni separate, vi è dunque il dovere del mediatore di non rivelare quanto appreso in quella sede neppure alle altre parti del procedimento durante le sessioni comuni e di non trasfondere le informazioni nella proposta o nel verbale che chiudono la mediazione"* (art. 9 della Relazione). Riferimenti alla mediazione facilitativa compaiono in più passaggi della Relazione.

Il *révirément* fatto con l'introduzione della proposta obbligatoria da parte del mediatore davvero non si spiega.

L'augurio è che il Legislatore possa rivedere il testo del decreto, reinserendo quella discrezionalità della proposta del mediatore, da farsi solo sull'accordo delle parti, che aveva peraltro già ritenuto meritevole di diventare norma nel non lontano 2005, quando furono emessi i decreti in materia di conciliazione societaria.

Una piccola modifica per non cancellare, come si suole dire "a colpi di decreto", tutto quanto di buono per l'ADR è stato già fatto in Italia in questi anni e, guardando al futuro, le prospettive stesse di sviluppo e successo della mediazione.



**[www.forumarbit.org](http://www.forumarbit.org)**

**email: [info@forumarbit.org](mailto:info@forumarbit.org)**

**ArbIt - Italian Forum on Arbitration and ADR**, nasce dall'iniziativa di un gruppo di giovani specialisti dell'arbitrato internazionale e dei metodi alternativi di soluzione delle controversie in Italia.

L'obiettivo principale di *ArbIt* è la promozione del ricorso all'arbitrato e dell'ADR come efficace strumento di soluzione delle controversie internazionali e lo sviluppo della relativa cultura in Italia e all'estero.

L'arbitrato commerciale e l'arbitrato in materia di investimenti esteri, così come la mediazione in materia commerciale, hanno conosciuto, nel corso degli ultimi venti anni, uno sviluppo eccezionale a livello mondiale. Questo sviluppo ha solo parzialmente riguardato l'Italia, dove l'arbitrato si è sviluppato più lentamente che altrove. I promotori di *ArbIt* sono persuasi che l'impegno dei professionisti italiani sia indispensabile per la crescita del settore ed il miglioramento della normativa nazionale.

*ArbIt* intende perseguire i propri obiettivi attraverso varie iniziative quali:

- la creazione di un *network* dei professionisti attivi in Italia nei settori dell'arbitrato e dell'ADR che faciliti la circolazione delle informazioni e l'aggiornamento;
- l'organizzazione di convegni, corsi e seminari aventi ad oggetto il diritto e la prassi dell'arbitrato internazionale, che ne diffondano la conoscenza e la cultura;
- la presentazione di proposte volte all'ammodernamento della normativa in materia di arbitrato in particolare in quei settori dove la stessa appaia inadeguata o del tutto carente;
- la diffusione delle informazioni rilevanti e delle posizioni di *ArbIt* attraverso interventi sugli organi di stampa e pubblicazioni di natura scientifica;
- la collaborazione e lo sviluppo dei rapporti con le istituzioni arbitrali italiane ed estere;
- la condivisione delle iniziative e il confronto con gruppi di natura analoga attivi in altri paesi;
- l'instaurazione e lo sviluppo di rapporti con associazioni di categoria e professionali al fine di fornire un supporto mirante alla maggiore diffusione dell'arbitrato tra le imprese e i professionisti.