

Coesistenza, concorso, prevalenza delle altre forme conciliative, rispetto alla mediazione civile e commerciale

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

L'analisi della vicenda relativa alla contemporanea esistenza di tante procedure conciliative deve essere preceduta da una evidenza preliminare:

oltre alle materie per le quali l'art. 5, co. 1 del D.Lgl.

n. 28/2010 dispone il preventivo esperimento della Mediazione finalizzata alla conciliazione (azioni in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari), vi sono molte altre situazioni, riguardanti specifici settori economici o di rilevanza sociale, per le quali la legge di riferimento stabilisce il preventivo esercizio della conciliazione, quale condizione di procedibilità per l'azione giudiziale.

Tali materie, sono i procedimenti riguardanti il Diritto di Autore (ex art. 9, co. 1 del D.Lgl. 9-4-2003, n. 68 in attuazione della Direttiva europea 2001/29/CE); i contratti di subfornitura (ex art. 10 della L. 18-6-1998, n. 192; controversie tra operatori di comunicazione ed utenti, escluse quelle riguardanti il recupero dei crediti per le prestazioni effettuate, (ex L. 31-7-1997, n. 249, delibera Autorità di Garanzia nelle Comunicazioni

n. 173/07/CONS del 18-4-2007 e D.Lgl. 1-8-2003, n. 259); controversie relative ai contratti agrari (ex art. 46 della L. 3-5-1982, n. 283); questioni riguardanti la proprietà industriale (ex art. 199 del D.Lgl. 10-2-2005, n. 30).

In tutti questi casi, trattandosi di competenze specifiche non c'è alcun concorso tra le diverse forme illustrate, in quanto ciascuna viene utilizzata secondo il diritto che si intende far valere e la materia cui inerisce.

Stesso discorso vale anche per le altre forme conciliative non rafforzate dalla condizione di procedibilità propedeutica alla azione giudiziale e, pertanto, meramente facoltative, contemplate in diverse regole anteriori al Decreto n. 28/2010 (conciliazioni presso le Camere di Commercio, conciliazioni paritetiche come quelle previste da Telecom Italia, Poste Italiane, Enel, Trenitalia, Eni, Camera di Conciliazione della Consob, conciliazione Federutility, conciliazione ex art. 36 della L. n. 165/2001 sulle pari opportunità, la conciliazione sulle affiliazioni commerciali di cui all'art. 7 della L. n. 129/2004, la conciliazione prevista dall'art. 2 della L. n. 580/1993 in materia di servizi turistici, la conciliazione prevista dal codice della navigazione di cui all'art. 598 del R.D. n. 327/1942).

Ferme restando queste specifiche forme conciliative, obbligatorie o facoltative, ed alla luce dell'intervento legislativo del 2010 relativo alla Mediazione come procedura generale in materia civile e commerciale, emerge la problematica sulla possibilità di scelta da parte dell'interessato tra quest'ultima procedura e quelle specifiche anteriori, allorché un soggetto per far valere un diritto che rientrerebbe in una delle ipotesi particolari di cui sopra, voglia, invece, rivolgersi ad un Organismo di mediazione previsto dal Decreto n. 28/2010, per questioni diverse da quelle obbligatorie indicate dall'art. 5 dello stesso decreto.

Il problema va studiato sotto almeno tre profili principali:

- la portata generale della Mediazione;

- il carattere, o meno, della specialità delle forme anteriori di conciliazione;

- l'osservanza della condizione di procedibilità, ove questa sia prevista.

Non c'è dubbio che la Mediazione Civile e Commerciale istituita con il D.Lgl. n. 28 del 2010 è procedimento di carattere generale; tanto si desume sia dalla legge delega n. 69/2009, che dalla normativa stessa di emanazione delegata.

In particolare, l'art. 2, co. 1 del D.Lgl. n. 28/2010 assume che "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto".

Aggiunge, al secondo comma, che "il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche, relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle Carte dei Servizi".

Da quanto si rileva dalla citata norma, l'accesso è consentito liberamente per ogni questione di carattere civile e commerciale e che non sono precluse le altre forme segnatamente individuate (negoziazioni volontarie e paritetiche).

Una analisi letterale porta a ritenere che può essere intrapresa la mediazione per qualsiasi oggetto nell'ambito civile-commerciale e che la esistenza della procedura di Mediazione non elimina, né comprime, altre forme parimenti libere e volontarie, lasciando, però, trasparire quasi una concessione fatta dal legislatore nel riconoscere all'interessato anche la possibilità di utilizzare una diversa procedura, rivelando chiaramente l'intenzione di dare prevalenza al nuovo strumento conciliativo; è, però, opportuna, per tutte le altre forme, una analisi distinta tra le conciliazioni volontarie ed obbligatorie.

Rispetto alle forme facoltative di conciliazione diverse dalla Mediazione, interpretando estensivamente il citato secondo comma dell'art. 2 del D.Lgl. n. 28/2010, si può affermare che esse sono alternativamente concorrenti con la Mediazione, tranne, ovviamente, se la previsione di adire la conciliazione specifica di "settore" sia prevista in apposita clausola contrattuale.

Potrebbe sorgere qui la opportunità, sotto questo profilo, di rivedere i contratti in essere, soprattutto quelli dei servizi di pubblica utilità o diffusi, ma, ancor più farlo in riferimento ai contratti da stipularsi, in costanza della vigente normativa sulla Mediazione, lasciando, così, al singolo (in genere un utente) di poter scegliere il modello di conciliazione nel quale egli ripone maggiore fiducia o migliore aspettativa, eliminando clausole contrattuali che indicano la sede e l'organo conciliativo proposto dal contraente più forte.

Più complicata, invece, si presenta la situazione in cui, per la particolare specificità della materia, il legislatore anteriore al Decreto n. 28/2010 ha previsto l'obbligo preventivo della conciliazione, sotto forma di condizione di procedibilità, dinanzi a specifici organi composti secondo un preciso dettato legislativo.

La risposta può essere data solo partendo dal concetto di fondo che ha guidato il legislatore europeo prima, e nazionale poi, relativamente alla istituzione della Mediazione.

Questa si caratterizza per la informalità rituale e sostanziale, per l'affidamento dato alla capacità delle parti e del mediatore nella ricerca, anche con arguta ed intuitiva creatività, del punto di incontro dell'interesse reciproco, ma, soprattutto per l'autogestione.

A ciò si aggiunge che l'art. 8, co. 4, del Decreto n. 28/2010, consente l'intervento di un esperto ausiliario del mediatore, oltre la possibilità del sostegno tecnico dei difensori e dei consulenti di parte.

La Mediazione, quindi, è, verosimilmente, in grado di garantire più efficacemente la partecipazione attiva dei diretti interessati, l'autonomia decisionale e la dichiarata indipendenza e terzietà del mediatore, rispetto ad altre procedure che appaiono più formali ed ingessate, pure nelle ipotesi in cui si verta in materie particolari che richiedono speciali competenze tecniche, supplendo con la nomina di un esperto interno (mediatore ausiliario di cui all'art. 8, co. 1) od esterno iscritto negli albi dei consulenti presso i Tribunali (art. 8, co. 4).

Posto, quindi, che la Mediazione può assolvere bene al suo compito istituzionale, anche per i casi particolari, resta da verificare se, tra essa e le forme obbligatorie già previste e preesistenti per specifiche materie, corra un rapporto tra "generale e Speciale" sotto il profilo normativo.

Appare evidente che non emerge da alcuna parte che il legislatore abbia voluto considerare le materie, diverse da quelle di cui all'art. 5, co. 1 del Decreto n. 28/2010, sottoposte alla condizione di procedibilità, come speciali per il solo fatto che esse sono riferite a situazioni particolari, la cui trattazione richiede, in molti casi, conoscenze specialistiche.

Invero, tra classi di materie la cui formazione non ha la capacità e forza di prevalere su regole comuni, per il semplice fatto che non esistono sottostanti leggi generali, rispetto alle quali fungerebbero da *lex specialis*; inoltre, anche se fossero speciali le norme regolatrici della materia, certamente non potrebbero esserlo le regole processuali; prova ne è che sono affidate al Tribunale ordinario, nella previsione contenziosa.

Molto più semplicemente, il legislatore anteriore al 2010, per alcuni casi che involgevano diritti su materie particolari, ha ritenuto opportuno prevedere una forma conciliativa tipica, in assenza di una procedura per la composizione stragiudiziale organica e di sistema, come il Decreto n. 28/2010, allo scopo di forzare gli interessati a tentare un bonario accordo, rispetto ad una lite, allorché posti dinanzi a soggetti esperti, la cui indicazione e qualifica era stata astrattamente e preventivamente prevista dalla

legge.

La assenza del carattere della specialità e la garanzia, altrettanto predeterminata, fornita dalla Mediazione, consente di affermare il libero concorso tra questa e le altre forme, quantunque siano definite obbligatorie (ma solo in conseguenza della prevista condizione di procedibilità).

Invero, la condizione di procedibilità che ognuna delle precitate forme di conciliazione obbligatoria prevede non è affatto un ostacolo, giacchè essa, pur essendo contenuta in specifiche norme che la prevedono, per ciascuna di quelle materie, la obbligatorietà della preventiva sperimentazione della conciliazione persegue una finalità di carattere generale, rappresentata dall'imposizione alle parti in lite di confrontarsi dinanzi ad un soggetto, terzo e riconosciuto idoneo dalla legge, prima di ricorrere alla giurisdizione.

Tale compito è assolto efficacemente dal procedimento della Mediazione, rappresentando, questo, proprio l'elemento fondante

e la ragione stessa della emanazione del Decreto n. 28/2010; vi sono, quindi, validi argomenti per ritenere che si possa utilizzare la Mediazione come procedura equipollente ed alternativamente concorrente con le altre forme di conciliazione per le quali le leggi regolatrici di specifiche materie hanno previsto, nel loro testo, regole particolari di tentativo di bonario componimento obbligatoriamente propedeutiche alla azione giurisdizionale.

E' auspicabile, comunque, che il futuro legislatore si ponga il problema e si premuri di compendiare in una unica procedura i tanti modelli, la cui plurale e contemporanea esistenza non ha alcuna ragione di essere, anzi, concorre a mantenere l'attuale atteggiamento distaccato e poco convinto degli interessati, rispetto alla stessa potenzialità della conciliazione come strumento di composizione delle controversie.

La procedura unica di mediazione finalizzata alla conciliazione costituirebbe, così, un vero e proprio codice di rito per la fase precontenziosa, suscettibile di eventuali ampliamenti e specificazioni, ma sempre nell'ambito di una trattazione sistematica.

Avv. Pasquale Rossi
Presidente di I.S.G.E.U.S.A. (Associazione per le scienze
giuridiche, economiche e sociali)

<https://www.diritto.it/coesistenza-concorso-prevalenza-delle-altre-forme-conciliative-rispetto-alla-mediazione-civile-e-commerciale/>