

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/03/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31286-la-media-conciliazione-la-nuova-nata-tra-le-adr>

Autore: Belluardo Serena

La media-conciliazione: la nuova nata tra le “ADR”

LA MEDIA-CONCILIAZIONE: LA NUOVA NATA TRA LE “ADR”

di Serena Belluardo 26/01/2011

Il 21 marzo 2011 entrerà in vigore definitivamente il D.Lgs. n. 28/2010 che disciplina la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, dagli esperti del settore chiamata ormai, “media-conciliazione”. L’anno di proroga ha riguardato essenzialmente la c.d. mediazione obbligatoria prevista dall’art. 5, comma 1, ossia il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per l’azione civile in tribunale. L’articolo riguarda le seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. A ben vedere, ricomprende gran parte del contenzioso civile e commerciale, per questo si prevede una mole di lavoro per i futuri mediatori e un carico in meno per i tribunali, almeno per il primo periodo. C’è chi ha parlato di incostituzionalità del decreto legislativo, in questa sua parte, per il fatto di limitare il diritto all’accesso alla giustizia ex art. 24 della Costituzione, ma la Corte Costituzionale si è più volte pronunciata negativamente. Essa ha dichiarato infatti che un tentativo di conciliazione, come semplice condizione di procedibilità, non comprimendo in modo eccessivo, in termini di tempo e costi, sul cittadino, nè lede affatto il suo diritto all’accesso alla giustizia, che non deve essere inteso come sinonimo di diritto all’accesso al magistrato. La mediazione è alternativa alla giustizia ordinaria nel senso di aggiuntiva, non sostitutiva. La giustizia civile deve essere intesa come servizio al cittadino e alle imprese e non può più essere offerto esclusivamente dallo Stato. Invocando proprio il principio dell’art. 24 bisogna diffondere forme di giustizia alternative anche fuori dai tribunali.

ADR: presupposti e obiettivi

Con l’acronimo “ADR” si intende indicare tutte quelle forme alternative alla giustizia ordinaria per la risoluzione delle controversie: “Alternative Dispute Resolution” rispetto ai tribunali ed alle sentenze dei giudici. La “A” di Alternative è stata anche tradotta e trasformata in “Amicable”, “Adequate”, “Appropriate”, per indicare il carattere benevolo e bonario che contrassegna queste forme di ricerca di risoluzioni dei conflitti, ma l’originaria “Alternative” risulta più appropriata in quanto tra le procedure di ARD si fa rientrare anche l’Arbitrato che per formalità e decisione finale, si avvicina molto alla giustizia ordinaria. L’alternative si contrappone al traditional, ossia ai metodi tradizionali di risoluzione delle controversie che sono la giustizia ordinaria e la giustizia personale, cioè l’utilizzo della forza e della violenza per procurarsi autonomamente ragione e soddisfazione. Il rapporto finale per entrambe le scelte sarà di “win-loose” o peggio di “loose-loose”, lontano dalla filosofia del “doppio vincitore”, tipica delle ADR, che tende invece alla massima soddisfazione per entrambe le parti, quindi ad un “win-win”. Dispute si traduce in “conflitto”, condizione in cui due litiganti vengono separati da ciò che li accomuna. In un conflitto vi sono sempre interessi latenti che nell’economia del tempo del giudizio non possono emergere, ma che da un’analisi più profonda e accurata riescono ad esternarsi e permettere di trovare la soluzione ottimale. Resolution, in fine, indica la soluzione migliore, quella che porta alla massima soddisfazione per tutti, con più vantaggi e meno svantaggi possibili.

Riguardo i presupposti necessari per pervenire ad una procedura di ADR dobbiamo indicarne sicuramente tre: la disponibilità del diritto, la volontarietà delle parti alla negoziazione e la non contrarietà del procedimento a ordine pubblico, buon costume e norme imperative di legge.

- Per i diritti indisponibili (come il diritto al nome, all'immagine, agli status parentali, agli alimenti, i diritti dei lavoratori) si esclude qualsiasi forma alternativa alla giustizia ordinaria, mentre per quelli disponibili è ammessa, ed anche ben vista, la possibilità di tentare vie diverse per prevenire o comporre una lite;
- La volontarietà di entrambe le parti è indispensabile non solo per attivare la procedura, ma anche per permetterne la prosecuzione e raggiungere una soluzione che non sia fittizia, ma reale e duratura. Nulla esclude, comunque, che le parti successivamente possano richiedere lo stesso una tutela giurisdizionale.
- Ovviamente, il conflitto in esame non deve riguardare fattispecie illecite, immorali o illegali per le quali nessuna forma di giustizia o di tutela è concepibile.

Vediamo ora, quali sono gli obiettivi che le ADR perseguono:

- **Riduzione di tempi e costi**

Scegliere una procedura ADR al posto della giustizia ordinaria permette alla parte di ridurre enormemente i tempi che la terranno bloccata al procedimento. Il nostro paese non gode certo fama per velocità, efficienza e funzionalità della macchina della giustizia. Se nel penale ci fermiamo a tre-quattro anni, ci sono processi civili che durano anche dieci-dodici anni, con conseguenze stremanti in termini di stato psicologico, fisico ed economico per le parti, sia soccombenti che vincitrici. Quello che le ADR vogliono fare è proprio rendere minimo ed essenziale questo stress, individuando a priori i termini massimi di durata delle procedure e l'ammontare dei costi economici che le parti dovranno affrontare.

- **Miglioramento della *qualità dell'accordo***

Quando una decisione viene imposta, soprattutto se si è costretti giuridicamente ad accettarla, essa verrà attuata a malincuore o, addirittura, potrebbe anche essere volutamente ignorata in attesa di ulteriori conseguenze negative. Quando, invece, la soluzione alla lite viene raggiunta bonariamente, di comune accordo, con reciproche concessioni, ma anche con reciproche soddisfazioni, l'esecuzione ed il rispetto della decisione presa avverrà naturalmente. Le parti hanno voluto entrambe quella soluzione, l'hanno trovata insieme e ne sono paghe per cui nessuna logica circostanza potrà indurle a disattenderla.

- **Miglioramento dell'*efficienza dei tribunali***

Sottraendo una mole di cause e di lavoro alla giustizia ordinaria certamente quelle che rimarranno di sua esclusiva competenza saranno affrontate con maggior attenzione ed efficienza, sia nell'operato che nella tempistica. Circa 600mila cause sono in attesa di passare dalla mediazione obbligatoria e se si aggiungono tutte quelle liti che volontariamente potrebbero essere risolte in procedure alternative rispetto ai tribunali, si capisce bene come il lavoro della giustizia potrebbe essere snellito e meglio organizzato.

- **Facilitare e migliorare l'*accesso alla giustizia***

Chi vede la mediazione obbligatoria come intralcio all'accesso alla giustizia, come limite a questo diritto costituzionalmente garantito e tutelato, sbaglia punto di vista. Le ADR sono strumenti che agevolano e sostengono la tutela giurisdizionale, permettendo che questa si

svolga al meglio. Esse offrono al cittadino un'alternativa valida ed efficace che può precedere o sostituire la giustizia ordinaria senza mai negarne l'accesso. Le ADR sono complementari al procedimento davanti al giudice, sono in grado di evitarlo e non impongono una rinuncia al diritto di tutela del cittadino, ma aggiungono legittime scelte al panorama difensivo delle parti in lite.

In conclusione, possiamo dire che le procedure di ADR sono alternative-aggiuntive e non sostitutive alla tutela giurisdizionale, hanno un flessibilità di procedimento che permette di trovare soluzioni che si addicano alla natura della lite, non legate ad un rigido formalismo. Il ricorso ad esse è progressivo e sistematico, potendo provare più ADR consecutivamente prima di intentare una causa ed infine, sono svolte da operatori preparati e formati ad hoc con esperienza e professionalità controllata e garantita.

ADR: differenziazioni

Tra le procedure di ADR si possono riscontrare somiglianze, ma anche differenziazioni importanti. Ci sono istituti molto vicini alla giustizia ordinaria come l'arbitrato, dove il terzo neutrale e imparziale si trova a dover prendere una posizione rispetto alla controversia e decidere su torti e ragioni in maniera vincolante per la parti in causa. Per questo l'arbitrato, pur essendo una ADR, si allontana dalla natura amichevole e bonaria delle altre procedure e anzi si discosta da esse per il fatto di essere un procedimento alternativo-sostitutivo della giustizia ordinaria, purchè volontariamente e liberamente scelto da entrambe le parti. Ci sono ADR che vengono richieste e proposte direttamente dal giudice durante le varie fasi del procedimento giudiziale, riconducibili alla sua attività endoprocessuale, con la nomina da parte sua del terzo che lo sostituirà nel giudizio. Le ADR convenzionali, invece, si caratterizzano per il fatto che stanno al di fuori di qualsiasi procedura giudiziaria, il terzo imparziale si limita ad assistere e accompagnare le parti nella negoziazione, a suggerire proposte di accordo, ma mai a prendere parte con un giudizio di merito e con una decisione vincolante.

Se poi spostiamo la nostra attenzione al panorama europeo o internazionale in genere, i paragoni e le alternative sono vaste. Numerosi sono stati gli interventi della Comunità Europea per agevolare e incentivare l'utilizzo di queste procedure alternative con la speranza di estendere e garantire maggiormente la tutela dei cittadini europei. Normativamente parlando, si ricordano due Raccomandazioni (n.257/1998, n. 310/2003), un Libro Verde (Bruxelles 2002) e una Direttiva CE (n.52/2008) con cui le istituzioni europee sono intervenute per proclamare i principi imprescindibili da attuare in qualsiasi procedimento risolutivo di controversie quali: indipendenza, imparzialità, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza, equità. L'obiettivo è rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e assicurare loro un elevato livello di protezione, nonché sollecitare l'accesso a procedure alternative che avessero lo stesso grado di tutela della giustizia ordinaria prevista da ogni singolo stato membro. Lo stesso procedimento oggi chiamato media-conciliazione, sia in Italia che in diversi paesi esteri viene chiamato con terminologie diverse. Nei paesi di common law si parla di mediation, in quelli di civil law di conciliazione. Le caratteristiche proprie del soggetto-terzo si differenziano da paese a paese, come la possibilità di fare proposte, dare pareri o consigli, prendere posizione o facilitare solo la

comunicazione e la negoziazione tra le parti. Oramai la tendenza, soprattutto in ambito europeo, è quella di un'armonizzazione delle discipline e di una analogia nei profili, nei procedimenti e nelle funzioni, a garanzia di maggiore fiducia dei cittadini nella validità ed efficacia di tale strumento di tutela. Oggi la differenza terminologica tra mediazione e conciliazione sta non più nelle diverse caratteristiche del terzo-imparziale, ma nel fatto che la mediazione definisce l'istituto e il procedimento, mentre la conciliazione individua il risultato, l'esito positivo del procedimento compiuto, la composizione della controversia esaminata.

L'Arbitrato

La prima procedura ADR che richiede autonoma trattazione è l'arbitrato, disciplinato dagli artt. 806 e ss. del codice di procedura civile, modificati dal D.Lgs. n. 40/2006. L'articolo dice: “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”. Si tratta di un processo fra privati e davanti ad un soggetto privato per risolvere controversie relative a rapporti giuridici preesistenti. Il ricorso all'arbitrato può essere anche predeterminato in contratti di vario genere, con apposita clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.), nella quale le parti stabiliscono che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri. In questo caso, se contenuta in contratti standard o “di massa”, quindi predisposti unilateralmente, si tratterebbe di clausola vessatoria che deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria e richiederebbe quindi l'apposita sottoscrizione della parte aderente. La procedura arbitrale può essere organizzata ad hoc, cioè con la scelta delle parti dell'arbitro o arbitri in forma privata ed in sede privata o presso tribunali arbitrali scelti, oppure può essere svolta presso organismi appositamente predisposti con regolamenti, tariffe ed elenchi di professionisti (c.d. “procedura amministrata”). Prima del D.Lgs. n. 40/2006 si distingueva più nettamente *l'arbitrato rituale*, che sarebbe quello previsto e disciplinato dal codice di procedura civile il quale risolve la controversia con gli stessi poteri ed effetti della giustizia ordinaria, e l'arbitrato irrituale, nato dalla prassi e gestito più liberamente nelle forme e nelle procedure. L'utilizzo sempre più frequente della procedura irrituale ha indotto il legislatore ad intervenire per dare maggiore certezza e sistematicità alla disciplina introducendo vari articoli nel codice di procedura civile riferiti alla forma irrituale di questo istituto. Ovviamente, l'aggiunta regolamentazione, anche di tale forma procedimentale, nel codice ha fatto diminuire il carattere informale e la libertà di gestione che contrassegnava prima l'arbitrato irrituale. Rimangono, comunque, i differenti effetti della decisione arbitrale, detta “lodo”, tra la forma rituale e irrituale. Infatti, mentre il lodo di un arbitrato rituale può essere omologato e diventare titolo esecutivo come una vera sentenza, il lodo di un arbitrato irrituale rimane pur sempre una decisione negoziale con valore di contratto-transazione tra privati. La scelta del procedimento rituale o irrituale si individua dalla clausola che lo prevede: sarà irrituale ove le parti dispensano esplicitamente gli arbitri da “ogni formalità di procedura” e danno valore di contratto alla decisione che si raggiungerà oppure dove indicheranno gli arbitri come “amichevoli compositori” della lite. L'arbitro o gli arbitri (sempre di numero dispari perché devono arrivare ad una decisione definitiva) possono decidere o secondo diritto o secondo equità. Queste due formule hanno una significativa rilevanza perché costringono o meno l'arbitro ad attenersi al merito della causa e alle norme di diritto sostanziale per la sua decisione. L'equità o “giustizia del caso concreto” (Aristotele) consiste non nel creare nuovo diritto, ma nell'adattare il diritto già esistente al caso concreto ed alle sue esigenze e caratteristiche. La procedura stragiudiziale dell'arbitrato si differenzia dalla altre forme di ADR per il fatto che, se

scelta liberamente dalle parti, si sostituisce definitivamente alla giustizia ordinaria e gli arbitri sono chiamati a dirimere la controversia sottoposta loro prendendo una decisione netta che individui torti e ragioni senza possibilità di appello. Confrontando poi, l'arbitrato con la media-conciliazione notiamo analogie, ma soprattutto diffidenze. In comune essi hanno senz'altro la presenza di due parti contrastanti, di una lite e di un terzo neutrale, ma già la funzione e i poteri del terzo sono sufficienti per allontanare e differenziare questi due istituti. L'arbitro o gli arbitri, che devono sempre essere di numero dispari perché dovranno arrivare a prendere una decisione anche a maggioranza se occorre, hanno il potere, delegato dalle parti, di stabilire torti e ragioni e le parti dovranno sottostare alla loro risoluzione definitiva. Il lodo arbitrale, che ad ogni modo concluderà il procedimento, quando omologato, è paragonabile ad una sentenza e avrà effetto di titolo esecutivo. La procedura sarà, comunque, quella regolamentata dal codice e da essa l'arbitro non potrà, in alcun modo, distaccarsi. Il mediatore, invece, può essere solo o accompagnato da altri mediatori ausiliari, anche di numero pari, e non dovrà entrare necessariamente nel merito della causa per comprendere e definire chi abbia diritto a che cosa. Il mediatore deve semplicemente aiutare le parti a comprendersi, a ricercare i loro reali interessi e trovare da sole una soluzione alla lite, trovare insieme un accordo amichevole. La conciliazione potrebbe anche non avvenire ed in questo caso il mediatore verbalizzerà il mancato accordo senza conseguenze vincolanti per nessuna delle parti e senza escludere la possibilità per le stesse di adire in giudizio per la stessa controversia. Infine, il procedimento di mediazione è libero e informale, permettendo così al mediatore di poter spaziare in tutti gli ambiti ritenuti opportuni, con approcci interdisciplinari, per tentare di dirimere al meglio la controversia.

L'Arbitraggio

Da tenere ben distinto dall'arbitrato è l'arbitraggio previsto dall'art. 1349 del codice civile, in materia di contratti. L'articolo intitolato *"determinazione dell'oggetto"* così recita: << Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento...se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo >>. È chiaro il riferimento ad uno degli elementi essenziali del contratto, cioè l'oggetto che, se indeterminato o indeterminabile, rende il contratto nullo. Se la determinazione dell'oggetto è dalle parti rimessa ad un terzo, detto arbitratore, siamo nella fattispecie dell'arbitraggio, procedimento in cui un soggetto estraneo al contratto ne determinerà un elemento essenziale, integrando l'atto già valido, ma incompleto. Si nota bene che non ci troviamo di fronte ad una controversia, ma semplicemente davanti ad una indeterminatezza che sarà sanata con le modalità a priori stabilite. Tra le funzioni dell'arbitratore esula qualsiasi scopo di componimento di lite e manca qualsiasi necessità di contraddittorio tra le parti che si sono limitate a conferire solamente l'incarico ed il rispettivo potere al terzo. Solitamente l'arbitratore decide con equo apprezzamento (*"arbitrium boni viri"*) e non sceglie mai senza alcun limite o indicazione ad opera delle parti stesse che circoscrivono gli ambiti entro cui il terzo può giostrare nella sua decisione. La legge prevede anche

che le parti possano affidarsi al mero arbitrio del terzo, ma in questo caso potranno impugnare la sua decisione solo se riescono a dimostrarne il dolo. Quando l'arbitratore è un tecnico specializzato in un determinato settore e viene scelto dalle parti proprio per queste sue competenze, allora si potrebbe rientrare nell'ambito della perizia tecnica o perizia contrattuale, di cui parleremo successivamente.

La Transazione

L'art. 1965 c.c. definisce la transazione così: "Contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, su diritti disponibili, pongono fine ad una lite o la prevengono, potendo creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi". Siamo di nuovo all'interno di un conflitto, di una controversia già sorta tra due parti o che potrebbe sorgere (controversia reale o potenziale). È il comune esempio di negoziazione privata per raggiungere un accordo tra le parti. Solitamente la transazione non viene gestita direttamente dalle parti interessate, ma da i loro legali che, conoscendo i limiti minimi e massimi del potere conferitogli con la procura a transigere, cercheranno di raggiungere l'obiettivo stabilito o avvicinarvisi il più possibile. Anche la transazione è considerata una valida ed efficace alternativa alla giustizia ordinaria e viene tentata, su consiglio degli avvocati, quasi sempre prima di iniziare una causa. La materia del contendere è determinata, ma nulla toglie che le parti possano creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi. La transazione è l'ADR che più si avvicina alla media-conciliazione perché è un tentativo amichevole di negoziazione tra le parti per raggiungere un accordo favorevole ad entrambe, ma manca la figura centrale e fondamentale della conciliazione che è, appunto, il mediatore, il terzo neutrale e imparziale che facilita la comunicazione e funge da "navetta" delle proposte e delle richieste delle parti. Altra differenza è la presenza costante dei legali che avranno il compito di redigere insieme il nuovo accordo raggiunto, mentre non indispensabile è la partecipazione delle parti interessate che potrebbero anche delegare e mancare all'incontro. L'accordo che si determina in una transazione è e rimane un negozio privato che mai potrebbe essere omologato e diventare titolo esecutivo a differenza di un verbale di conciliazione.

La Perizia

Gli artt. 198 c.p.c. e ss. disciplinano il c.d. "Esame contabile" in questo modo: << Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti...Se le parti si conciliano si redige processo verbale sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico...il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale. Se la conciliazione non riesce, il consulente espone i risultati delle indagini e il suo parere in una relazione...>>. La consulenza o perizia consiste nell'incarico dato a terzi esperti, detti periti, con conoscenza ed esperienza nel settore, di svolgere constatazioni o accertamenti di natura tecnica, che le parti si impegnano ad accettare come espressione diretta della loro volontà. Ci possono essere accostamenti tra perizia e arbitrato, ma l'attività dell'esperto è circoscritta ad un'indagine esclusivamente tecnica, escludendo decisioni discrezionali che caratterizzano, invece, l'attività degli arbitri. Le parti solitamente escludono poteri di risoluzione delle questioni ai periti, ma i risultati delle consulenze saranno indicativi per la decisione del giudice. Si parla di "perizia contrattuale" che serve solo a quantificare un aspetto tecnico di un rapporto giuridico preesistente che trova le parti in disaccordo, non derogando alla competenza dell'autorità giudiziaria che, anzi, ne fa spesso utilizzo. L'esito della perizia ha,

comunque, un suo valore vincolante; non decide sulla questione giuridica, ma solo su un suo aspetto particolarmente complesso e tecnicistico. Ove la discordia fosse individuata esclusivamente su quell’aspetto, allora la perizia verrebbe a coincidere con l’arbitrato. Un accostamento potrebbe essere fatto anche con la mediazione c.d. “valutativa”, dove il terzo è anche un esperto della materia del contendere, però la diversità sta, anche qui, nel fatto che il mediatore non si limita alla valutazione della questione tecnica, ma scava più nel profondo dei rapporti delle parti, ha la possibilità di estendere la “torta negoziale” e di trovare un accordo al di là e al di fuori del disaccordo specifico. A confermarne la differenza è l’art. 8, comma 4 del D.Lgs. n. 28/2010 che prevede la possibilità per il mediatore, durante il procedimento, di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, considerando quest’ultimi soggetti più competenti e più tecnici in materia, che possano collaborare con lui per la ricerca di un accordo.

La Conciliazione paritetica

La conciliazione paritetica è un mezzo di risoluzione delle controversie che si svolge attraverso il confronto tra consumatore ed azienda, per il tramite di loro rispettivi rappresentanti, i quali vengono definiti “conciliatori”. Il servizio e le procedure vengono preventivamente individuati in appositi Protocolli d’Intesa firmati tra le imprese stesse che forniscono il servizio al loro interno (specie di “ufficio reclami”) e le associazioni di categoria. In base agli accordi, il consumatore che intende esporre reclamo contro un comportamento scorretto dell’impresa, presenta la domanda all’associazione alla quale è iscritto e dalla quale intende farsi rappresentare. La segreteria convoca la Commissione di conciliazione formata da un rappresentante dell’azienda e da un rappresentante dell’associazione dei consumatori. Se le due parti, rappresentanti gli interessi dei rispettivi clienti, all’incontro stabilito presumono di aver trovato una soluzione alla controversia, redigono un verbale con un’ipotesi d’accordo il quale verrà poi inviato al consumatore che ha presentato il reclamo. Il cliente, se si ritiene soddisfatto delle offerte presentate nell’ipotesi d’accordo, può accettare e firmarlo, verbalizzandolo in seguito con un atto avente valore transattivo che estinguerà la controversia definitivamente. Ove il cliente non si consideri sufficientemente tutelato o risarcito da quell’accordo può rifiutare, sia esplicitamente che implicitamente la proposta, rifiuto che verrà comunque, indicato in un verbale di mancato accordo. Questa ADR ha ottenuto subito un crescente successo in Italia (il primo Protocollo d’intesa è stato firmato nel 1989 dall’allora Sip, oggi Telecom Italia, e diverse associazioni dei consumatori) e una rapida diffusione in tutto il territorio nazionale. La scelta di tale strumento pone indubbi vantaggi, sia per le imprese che possono risolvere in maniera efficiente ed economicamente vantaggiosa un numero elevato di controversie di natura seriale (permettendo, altresì di conservare la fidelizzazione della clientela) sia per i consumatori consentendo loro di ottenere soluzioni rapide, economiche e particolarmente efficaci rispetto a controversie che spesso, data l’esiguità del loro valore economico, difficilmente vengono portate davanti alla giustizia ordinaria, troppo cara e troppo lenta. Nonostante l’utilizzo dello stesso termine “conciliazione”, quella paritetica si differenzia per molti aspetti dalla media-conciliazione. Il fine ultimo è identico: trovare un accordo bonario ed evitare la causa civile in tribunale, ma le modalità di svolgimento e l’efficacia finale dell’accordo sono diverse. Nella conciliazione paritetica partecipano solo i rappresentanti delle parti e non le parti interessate direttamente, anzi la loro presenza è vietata, mentre nella media-conciliazione la presenza delle parti è caratterizzante e indispensabile per far emergere gli interessi e i bisogni che si nascondono dietro le loro posizioni. Ancora, nella conciliazione paritetica manca completamente una figura terza che potrebbe

intercedere tra i rappresentanti di categoria per suggerire o aiutarli nel raggiungimento dell'accordo. La negoziazione si svolge solo tra i soggetti scelti non dalle parti rappresentate, ma direttamente tra l'impresa che offre il servizio e l'associazione, mentre il mediatore facilitativo, imparziale, neutrale, fondamentale nella media-conciliazione, viene nominato dall'organismo appositamente istituito con garanzie di professionalità e trasparenza. Infine, il verbale di accordo di una conciliazione paritetica è, e resta un accordo privato, mentre quello di una mediazione potrebbe essere omologato ed acquisire efficacia esecutiva.

La Media-conciliazione

Per concludere l'analisi sulle procedure di ADR più conosciute e utilizzate nel nostro paese, dobbiamo, adesso, parlare della mediazione civile e commerciale, conosciuta anche come media-conciliazione o come semplice conciliazione, disciplinata di recente dal D.Lgs. 28/2010 e dal D.M. 180/2010. Il termine conciliazione traduce la parola inglese "mediation" ed è stato in passato utilizzato per evitare confusioni con un altro istituto, già conosciuto e disciplinato dal nostro codice civile, ossia la "mediazione di affari", ex art. 1754 c.c. dove un mediatore, mettendo in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza, ha diritto ad una provvigione da ciascuna parte se l'affare si è concluso per effetto del suo intervento. Da qualche anno il legislatore ha introdotto una figura di mediazione nell'ambito della disciplina della separazione dei coniugi, divorzio e affidamento dei figli all'art. 155sexies c.c., novellato dalla legge 54/2006, secondo cui: << il giudice sentite e ottenuto il consenso delle parti può rinviare l'adozione di provvedimenti...per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo per l'interesse morale e materiale dei figli >>. In altri interventi normativi,ogniqualvolta il legislatore ha voluto riferirsi a tentativi bonari di risoluzione di liti o controversie all'interno o fuori da procedimenti giudiziari in corso, ha sempre parlato di conciliazione (vedi il caso della separazione dei coniugi, del giudice di Pace in sede non contenziosa, delle Commissioni nei Dipartimenti Provinciali per le cause di lavoro, degli Ispettorati Provinciali dell'Agricoltura per le cause agrarie, delle Commissioni tributarie, dei Co.re.com e delle CCIAA). La definizione di conciliazione era: procedura in cui un terzo soggetto neutrale facilita la comunicazione e la negoziazione fra le parti coinvolte in una controversia al fine di promuovere la risoluzione consensuale tramite un accordo. La conciliazione stragiudiziale professionale, come procedura autonoma di ADR, è stata creata ed applicata per la prima volta dalle Camere di Commercio a seguito della emanazione della legge 580 del 1993 per il "*Riordinamento delle Camere di Commercio, industria, artigianato, agricoltura*" che ha contemplato la creazione di commissioni conciliative per la risoluzione di controversie tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori. Le leggi di settore degli anni successivi hanno quasi tutte ripetuto la previsione di una procedura conciliativa, facoltativa e mai sostitutiva della tutela giudiziaria (Legge n. 481/95 per le controversie tra utenti e gestori dei servizi di pubblica utilità, Legge n. 192/98 sulla subfornitura nell'ambito delle attività produttive, Legge n. 281/98 per le controversie tra consumatori e imprese e tra imprese, Legge 135/2001 sulla fornitura di servizi turistici tra imprenditori e tra consumatori ed imprenditori). La prima disciplina più dettagliata è stata introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2003 riguardante la riforma societaria. Agli artt. 38, 39 e 40 esso prevedeva per tutte le controversie in ambito societario, un tentativo di conciliazione davanti alle CCIAA, per la risoluzione amichevole delle stesse. Leggi successive, come la n. 129/2004 sul franchising, la n. 206/2005 introduttiva del Codice del Consumo, la n. 84/2006 sui servizi di tintoria

e lavanderia e la n. 55/2006 sui Patti di famiglia, hanno tutte demandato davanti al conciliatore le eventuali controversie in materia. Si potevano distinguere conciliazioni facoltative (rapporti di consumo tra consumatore e professionista, contratti turistici, lavori pubblici, infrastrutture e trasporti, affiliazione commerciale, mercato finanziari, servizi di tintoria e lavanderia) e conciliazioni obbligatorie (in materia di lavoro, subfornitura, attività produttive, servizi pubblici, scioglimento del matrimonio, telecomunicazioni), dove il tentativo di conciliare era preventivo all'azione giudiziale. Con la legge di riforma del processo civile la n. 69 del 2009, intitolata: "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", all'art. 60 il legislatore ha delegato il Governo a formulare una nuova e completa disciplina sulla mediazione-conciliazione civile e commerciale, regolando e rispettando, con uno o più decreti, tutti i diciassette punti individuati nella delega. Il D.Lgs. n. 28/2010 ha definitivamente riordinato e regolamentato la disciplina della mediazione civile eliminando quei dubbi e quelle incertezze operative che avevano, nel passato, potuto rallentare l'utilizzo e l'efficacia di una procedura di ADR così importante e significativa.

L'art.1 definisce la mediazione come quell'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. Il mediatore è la persona che, individualmente o collegialmente, svolge la mediazione rimanendo privo, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo. La conciliazione diventa l'esito del procedimento, la composizione della controversia a seguito dello svolgimento della mediazione. All'art. 2 si individuano come oggetto della procedura tutte le controversie vertenti su diritti disponibili, non precludendo e quindi, non sostituendo, ma aggiungendosi alle negoziazioni volontarie e paritetiche. Nessuna formalità è prevista per gli atti a pena di nullità e la durata massima dell'intero procedimento non può superare i quattro mesi. Accanto alla mediazione facoltativa, l'art. 5 introduce al comma 1, la mediazione obbligatoria, come condizione di procedibilità per la domanda giudiziale, per numerosissime materie civili e commerciali, e al comma 2, la mediazione demandata dal giudice che può verificarsi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, nonché al comma 5, la mediazione prevista da una clausola contrattuale, che su eccezione di parte obbliga il giudice a sospendere il processo e a fissare un'udienza successiva al termine massimo stabilito dalla legge, per permettere il tentativo di mediazione di fronte all'organismo indicato. La fiducia nel procedimento è rafforzata dalle norme che prevedono i doveri di riservatezza e segretezza sulle informazioni acquisite, la professionalità e la competenza del mediatore, la qualità e la trasparenza che devono garantire gli organismi che svolgeranno il servizio, l'efficacia esecutiva che può acquistare il verbale di conciliazione, la certezza su tempi e costi, le agevolazioni fiscali. Su tutti i punti poco chiari e generici del decreto legislativo è intervenuto il D.M. 180/2010, regolando i criteri e le modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi accreditati dal Ministero di Giustizia, per svolgere il servizio di mediazione e i criteri e le modalità di iscrizione e tenuta dell'elenco degli enti formatori per la mediazione, nonché le indennità prestabilite per legge che le parti dovranno pagare per usufruire del servizio.

Conclusioni

A conclusione di questo lavoro di analisi e descrizione delle più conosciute e diffuse ADR in Italia, potremmo, in base a studi statistici effettuati da organi ad hoc in collaborazione con Unioncamere, Camere di Commercio, Camere arbitrali, Corecom e organismi accreditati dal Ministero di Giustizia, fare una classifica delle richieste, dell'utilizzo e degli esiti delle diverse procedure. Riferendoci ai dati del 2008-2010, dai quali si desume che tutte le procedure alternative alla giustizia ordinaria sono in crescita, la conciliazione occupa il primo posto con il 90% delle domande di procedimento. La materia più contestata è quella delle telecomunicazioni, ma tra conciliazioni paritetiche, quelle del Corecom e quelle esperite presso organismi amministrati all'esterno e all'interno delle CCIAA, queste ultime hanno ispirato maggiormente la fiducia dei consumatori, per la natura pubblica dell'ente che offre il servizio, ritenuta ancora garanzia di maggior neutralità. Il valore economico delle controversie è piuttosto contenuto, ma è raddoppiato nell'ultimo anno. Le forme di ADR hanno risposto, finora, ad esigenze di legalità e giustizia per i cittadini-consumatori per controversie di modico valore e relativi ai loro traffici quotidiani. Piuttosto che deflazionare i processi ordinari si sono aggiunte, dando soddisfazione ad interessi ed esigenze che altrimenti, dati i tempi ed i costi dei procedimenti giudiziari, non sarebbero neanche emersi. La partecipazione delle imprese, a parte i servizi direttamente offerti, è ancora scarsa, ma l'introduzione nei contratti standardizzati di clausole che prevedano direttamente la competenza di organismi accreditati per la risoluzione delle future eventuali controversie, favorirà l'incremento dei loro interventi. Il legislatore ha sicuramente promosso e incentivato, normativamente ed economicamente, la diffusione di questi servizi, anche a costo di essere tacciato di incostituzionalità per l'obbligatorietà imposta. Solo tra qualche mese o, più precisamente, tra qualche anno, dopo che diventerà esecutivo in toto il D.Lgs. n.28/2010, potremo rifare statistiche ed analisi di settore e valutare e giudicare la positività o meno del suo intervento. Gli enti privati stanno raggiungendo, se non superando, quelli pubblici, nell'organizzazione e nella preparazione del necessario per fornire tutti i tipi di procedimenti richiesti e previsti, e a questo punto, la forte concorrenza non potrà fare altro che aumentare la qualità e l'efficienza dei servizi resi e diminuire i costi e le spese, a tutto vantaggio per i cittadini.